

ERNESTO C. WAYAR_

Doctor en derecho. Juez por concurso de la Cámara Federal de Tucumán. Profesor titular ordinario de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Tucumán.

TOMO II

**MORA. EJECUCIÓN FORZADA
MEDIDAS PRECAUTORIAS Y ACCIONES
PAGO POR CONSIGNACIÓN. CLASIFICACIÓN
RECONOCIMIENTO. TRANSMISIÓN
EXTINCIÓN. PRESCRIPCIÓN**

DERECHO CIVIL

OBLIGACIONES

ERNESTO C. WAYAR

SEGUNDA EDICIÓN



LexisNexis*

Wayar, Ernesto C. *
Derecho Civil Tomo II: Obligaciones -
2a ed. - Buenos Aires: tesis Nexis Argentina, 2007.
v. II, 960 p.; 23x16 cm.

ISBN 978-987-592-301-0

1. Derecho Civil. I. Título
CDD346

ISBN: 978-987-592-301-0

© LEXISNEXIS ARGENTINA S.A.
Administración y redacción
Carlos Pellegrini 887, 3° piso
Tel.: (54-11) 5236-8800 - Fax.: (54-11) 5239-1881

Ventas
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030
Lavalle 1280 - Tel.: (54-11) 5235-5430
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5236-1044
Fax.: (54-11) 5239-1879
infoOlexisnexus.com.ar
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

***A la Cámara Federal
de Apelaciones de Tucumán***

***A la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Tucumán***

ÍNDICE

CAPÍTULO VII MORA DEL DEUDOR

A) DEFINICIÓN Y REQUISITOS

§ 217. Método.....	1
§ 218. Definición.....	2
§ 219. Requinientos. Enumeración.....	2
§ 220. El retardo.....	3
§ 221. La imputabilidad.....	5
§ 222. Constitución en mora. La interpelación.....	12
a) Terminología.....	12
b) Interpelación. Concepto y caracteres.....	13
c) Naturaleza..... jurídica.....	15
d) Los sujetos.....	18
e) Forma.....	19
f) Prueba.....	21
g) Condiciones que debe reunir.....	22
h) Función.....	24

B) SISTEMA DE CONSTITUCIÓN EN MORA

§ 223. Introducción.....	24

I) Supuestos comprendidos en el art. 509

§ 224. Mora automática. Alcances del primer párrafo del art. 509.....	25
a) Obligaciones con plazo cierto.....	25
b) Obligaciones con plazo incierto.....	26
c) Excepciones a la regla de mora automática.....	29
d) Otros supuestos de mora sin interpelación.....	29
§ 225. El segundo párrafo del art. 509. Mora mediante interpelación.....	30

§ 226. La determinación judicial del plazo (tercer párrafo del art. 509)	32
a) Plazo "indeterminado" y obligaciones "puras"	32
b) B«zouindeteirninado" y plazo "tácito"	32
c) Supuestos particulares	33
d) Mecanismo procesal para la determinación del plazo	34
§ 227. Mora y lugar de cumplimiento	34
a) La prueba incumbe al acreedor	35
b) La prueba incumbe al deudor	36

D) Supuestos no contemplados en el art 509

§ 228. Enunciación	38
§ 229. Obligaciones puras y simples	38
§ 230. Obligaciones de no hacer	40

III) Supuestos excluidos del régimen de constitución en mora

§ 231. Obligaciones nacidas de hechos ilícitos	42
a) Planteo del problema. Las soluciones propuestas	42
b) Se excluye la teoría de la mora	43
§ 232. El incumplimiento definitivo	45
§ 233. El plazo esencial	45

C) CONSECUENCIAS Y EXTINCIÓN DE LA SITUACIÓN DE MORA

§ 234. Consecuencias	46
§ 235. Cesación de la mora	47
a) El derecho de pagar después de la mora	47
b) Las ofertas reales	48
c) Imposibilidad de pago	48
d) Renuncia del acreedor	48
§ 236. Breve comentario sobre el régimen de la mora del deudor en el Proyecto de Código Civil de 1998	49
a) Requisitos de la mora	49
b) Los supuestos de mora automática	52
c) Liberación o atenuación de los efectos de la mora automática	56
d) Interpelación	57
e) Demora justificada	57
f) Conclusiones	57

CAPÍTULO Vm

EJECUCIÓN FORZADA Y MEDIOS COMPULSIVOS

A) EJECUCIÓN FORZADA

§ 237. Introducción.....	59
§ 238. Ejecución forzada. Concepto.....	60
§ 239. Ejecución directa.....	61
a) Obligaciones de dar.....	62
b) Obligaciones de hacer.....	64
c) Obligaciones de no hacer.....	65
§ 240. Ejecución por otro.....	65
a) Cuándo procede.....	65
b) La autorización judicial.....	67

B) MEDIOS COMPULSIVOS

§ 241. Concepto e importancia.....	67

C) CONDENACIONES CONMINATORIAS ("ASTREINTES")

§ 242. Concepto. Su incorporación a nuestro derecho.....	70
§ 243. Naturaleza jurídica.....	71
§ 244. Fundamentos y caracteres.....	73
a) Fundamentos.....	73
b) Caracteres.....*	74
§ 245. Ejecutabilidad por el beneficiario.....	74
a) ¿Desde cuándo son ejecutables?.....	75
b) ¿Cómo se concilia la ejecutabilidad de las "astreintes" con su carácter provisorio?.....	76
§246. Requisitos.....	
§ 247. Ámbito de aplicación.....	
a) Obligaciones.....	
b) Deberes jurídicos no patrimoniales.....	
§ 248. Fijación del monto. Su relación con los daños y perjuicios. Cesación de las <i>astreintes</i>	
a) Criterio para fijar el monto.....	
b) Relación entre el monto de la condena por " <i>astreintes</i> " y la cuantía de los daños y perjuicios.....	
c) Cese de las " <i>astreintes</i> ".....	

D) LA CLÁUSULA PENAL

§ 249. Método. Ubicación de la materia.....	84
§ 250. Concepto, naturaleza y funciones.....	86
a) La definición legal.....	86
b) Naturaleza y funciones.....	88
§ 251. Caracteres. Clasificación.....	89
a) Caracteres.....	89
b) Clasificación.....	91
§ 252. Inmutabilidad de la cláusula penal.....	92
a) Inmutabilidad. Noción.....	93
b) Inmutabilidad relativa.....	94
§ 253. Elementos.....	102
a) Los sujetos.....	102
b) El objeto.....	103
c) La causa-fuente.....	104
d) La causa-fin.....	104
e) La forma.....	104
§ 254. Exigibilidad.....	106
a) Incumplimiento de la obligación principal.....	106
b) Constitución en mora del incumplidor respecto de la obligación principal..	107
c) Imputabilidad del incumplimiento de la principal.....	109
d) El daflo.....	110
§ 255. Efectos. Prescripción.....	110
a) Cláusula compensatoria.....	111
b) La cláusula moratoria.....	112
c) Efectos particulares en las obligaciones con pluralidad de sujetos.....	112
d) Prescripción.....	113

CAPÍTULO IX

POTESTAD JURÍDICA DEL ACREEDOR SOBRE
EL PATRIMONIO DEL DEUDOR

A) GENERALIDADES. MEDIDAS CAUTELARES

§ 256. Introducción. Plan de exposición.....	115
§ 257. El patrimonio del deudor como garantía común.....	116
a) Fundamentos del principio.....	H7
b) Límites.....	117
§ 258. Pluralidad de patrimonios.....	118
§ 259. Las medidas cautelares.....	119

B) LA ACCIÓN SUBROGATORIA

§ 260. Concepto y fundamentos de esta acción.....	122
§ 261. Naturaleza y caracteres.....	123
§ 262. Carácter conservatorio.....	125
§ 263. Derechos y acciones subrogables.....	126
a) Regla general.....	126
b) Excepciones.....	127
§ 264. Supuestos controvertidos.....	128
§ 265. Legitimación activa.....	130
§ 266. Condiciones para el ejercicio de la acción.....	130
§ 267. Efectos.....	133
a) Efectos entre el acreedor subrogante (actor) y el tercero (demandado)	133
b) Efectos entre el acreedor subrogante y el deudor subrogado.....	135
c) Efectos entre el deudor subrogado y el tercero demandado.....	136
d) Efectos entre el subrogante y otros acreedores del subrogado.....	136

C) LAS ACCIONES DIRECTAS

§ 268. Noción. Carácter excepcional.....	137
§ 269. Condiciones de ejercicio. Efectos.....	137
§ 270. Distintos casos de acción directa.....	138
§ 271. Comparación con la acción subrogatoria.....	139

D) LA ACCIÓN REVOCATORIA O PAUANA

§ 272. Noción. Método.....	139
a) Noción.....	139
b) Método.....	140
§ 273. Naturaleza y caracteres. Legitimación.....	140
a) Naturaleza de la acción revocatoria Inoponibilidad.....	140
b) Caracteres.....	141
c) Legitimación.....	141
§ 274. Requisitos.....	142
a) Requisitos generales.....	142
b) Actos a título gratuito.....	143
c) Actos a título oneroso. Requisitos especúleos.....	143
§ 275. Efectos.....	144
a) Principio general. Inoponibilidad.....	144
b) Respecto del acreedor demandante.....	145
c) Respecto del adquirente.....	145
d) Respecto del subadquirente.....	145

e) Obligación de restituir.....	146
f) Respecto de otros acreedores del enajenante.....	147
§ 276. Prescripción. Diferencia con la acción subrogatoria.....	147
a) Prescripción.....	147
b) Diferencia con la acción subrogatoria.....	147
§ 277. Relaciones con la acción revocatoria concursal.....	148
a) Actos ineficaces de pleno derecho.....	148
b) Actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos.....	148
c) Acción concedida a los acreedores.....	149
d) La acción revocatoria ordinaria.....	149

E) LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

§ 278. Introducción.....	149
a) Método: los problemas a considerar.....	149
b) Concepto de simulación.....	150
c) Naturaleza.....	151
d) Elementos.....	152
§ 279. Clases.....	154
a) Simulación absoluta y relativa.....	155
b) Simulación lícita e ilícita.....	155
c) Simulación total o parcial.....	156
§ 280. Acción de simulación.....	158
a) Noción.....	158
b) Caracteres.....	158
c) Naturaleza de la ineficacia.....	158
§ 281. Acción de simulación entre partes.....	159
a) Legitimación.....	159
b) Cuándo procede la acción.....	159
c) Prueba de la simulación entre partes. El contradocumento.....	160
d) Efectos de la acción de simulación entre partes.....	160
§ 282. Acción de simulación planteada por terceros.....	161
a) Legitimación activa.....	161
b) Legitimación pasiva.....	161
c) No se necesita que haya insolvencia.....	162
d) Prueba.....	162
e) Efectos.....	163
§ 283. Relaciones con la acción revocatoria Posibilidad de acumular ambas acciones.....	164
a) Relaciones con la acción revocatoria.....	164
b) Posibilidad de acumular ambas acciones.....	164

CAPtruboX

LA MORA DEL ACREEDOR

A) INTRODUCCIÓN

§ 284. Los efectos de la obligación respecto del deudor.....	167
§ 285. Tesis que niega la posibilidad de que exista la mora del acreedor.....	168
§ 286. Mora del deudor y mora del acreedor. Unidad o dualidad.....	171
a) Tesis de la dualidad.....	171
b) Tesis de la unidad.....«	171
§ 287. La mora del acreedor y el pago por consignación en nuestro derecho.....	173
a) Planteo del problema.....	173
b) Primera tesis; en nuestro derecho sólo es posible la consignación.....	174
c) Es necesario distinguir la mora del acreedor del pago por consignación. . . .	175
d) Derecho comparado.....	177

B) CONCEPTO DE MORA DEL ACREEDOR

§ 288. Concepto de mora del acreedor.....	177
a) Ausencia de una definición en el Código Civil.....	178
b) Obligación cumplióle.....	178
c) Rehusar ofertas reales.....	179
d) Posibilidad de aceptación tardía.....	180
§ 289. Requisitos. Enumeración.....	180
a) Presupuestos.....	180
b) Elementos esenciales.....	181
c) Circunstancias.....-	182

C) REQUISITOS

§ 290. Los requisitos esenciales. Ámbito de aplicación.....	182
a) Oferta real de pago.....	182
b) Falta de cooperación del acreedor.....	186
c) La falta de cooperación, ¿debe ser imputable al acreedor?.....	189
d) Ámbito de aplicación de la mora "creditorW.....	191

D) EFECTOS Y EXTINCIÓN

§ 291. Efectos. Enumeración.....	192
§ 292. Cesa, en su caso, la mora del deudor.....	193
a) La no cooperación del acreedor en las obligaciones con plazo expreso.....	193

b) Supuesto en que el deudor ya está en mora.....	194
c) Aplicaciones ^.....	194
§ 293. Transfiere los riesgos al patrimonio del acreedor.....	195
§ 294. Detiene el curso de intereses a cargo del deudor.....	197
a) En relación con la consignación posterior a la mora " <i>creditoris</i> "......	197
b) Con relación a los intereses compensatorios.....	198
§ 295. Consignación. Daños y perjuicios.....	199
a) El deudor queda habilitado para pagar por consignación.....	199
b) El acreedor debe responder por los daños y perjuicios siempre que el deudor aporte la prueba.....	200
§ 296. Extinción de la mora del acreedor.....	200
§ 297. Breve referencia a la mora del acreedor en el Proyecto de Código Civil de 1998	201

CAPÍTULO XI

LOS SUBROGADOS DEL CUMPLIMIENTO.

EL PAGO POR CONSIGNACIÓN

A) INTRODUCCIÓN

§ 298. El pago por consignación: un modo subrogado del cumplimiento.....	203
§ 299. El pago por consignación.....	204
a) Preliminares.....	204
b) El/método del Código Civil.....	205
c) Apreciación crítica del método.....	205
d) La cuestión en los proyectos de reformas.....	206
§ 300. Concepto, caracteres y fundamento.....	207
a) Concepto.....	207
b) Caracteres del pago por consignación.....	209
c) Procedimiento y juez competente.....	211
d) Fundamento del pago por consignación.....	211
§ 301. Naturaleza jurídica.....	212

B) CUÁNDO PROCEDE LA CONSIGNACIÓN.

LOS SUPUESTOS DEL ART. 757

302. Introducción.....	213
a) Los supuestos enumerados en el art. 757 del Cód. Civil.....	214
b) Carácter meramente enunciativo del art. 757.....	214
§ 303. Negativa del acreedor a recibir el pago.....	214
§ 304. Incapacidad del acreedor para recibir el pago.....	214

§ 305. Acreedor ausente.....	215
a) Ausencia declarada judicialmente.....	215
§ 306. Dudas en el derecho del acreedor.....	216
a) Incertidumbre en el derecho del acreedor.....	217
b) Acreedor desconocido.....	217
§ 307. Embargo, retención o gravamen sobre el derecho de crédito.....	217
a) Crédito embargado.....	218
b) Retención de la deuda.....	218
c) Deuda prendada.....	218
§ 308. Pérdida del título.....	218
§ 309. Redención de hipotecas.....	219
§ 310. Otras causales no enumeradas en el art 757.....	219

C) PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS

§ 311. Método. Presupuestos.....	220
§ 312. Primer presupuesto: existencia de un deber de cumplimiento.....	220
a) Obligaciones de dar.....	220
b) Obligaciones naturales.....	220
c) Obligaciones de hacer o de no hacer.....	221
§ 313. Segundo presupuesto: "ejecutabilidad" de la obligación (deuda en estado de ser cumplida).....	223
a) Los sujetos y el objeto deben ser determinados.....	223
b) La iliquidez de la deuda no impide la consignación.....	224
§ 314. Tercer presupuesto: existencia de dificultades reales que imposibiliten el pago directo.....	224
§ 315. Las causales que autorizan la consignación, ¿deben ser imputables al acreedor?.....	224
§ 316. Elementos del pago por consignación.....	225
a) Diligencias previas al depósito judicial. Ofertas reales.....	225
b) Caracteres que debe reunir el depósito.....	226
c) Iniciativa del deudor.....	227
d) "Animas solvendT.....	227

D) LOS REQUISITOS

§ 317. Enumeración.....	227
§ 318. Requisito relativo a las personas: los sujetos legitimados.....	227
§ 319. La legitimación activa.....	228
a) Naturaleza del derecho del tercero.....	229
b) Consignación por un tercero no interesado.....	229
c) Consignación intentada por un incapaz.....	230

5	320.	La	legitimación	pasiva	230
§ 321.	Requisitos atinentes al objeto de la prestación que se le consigna				230
	a)	Respecto del principio de identidad			230
	b)	Respecto del principio de integridad			231
	c)	Integridad del pago y abuso del derecho			231
§ 322.	La consignación y el tiempo de pago: el principio de puntualidad				232
	a)	Carácter	de	la	regla
	b)	La consignación puede ser tardía			
	c)	Reconocimiento	de	la	jurisprudencia
§ 323.	Requisitos relativos al lugar				233
§ 324.	Pago por consignación y modo de cumplimiento				233

E) CONSECUENCIAS DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

§ 325.	Los efectos de la consignación. Desde cuándo se producen				234
§ 326.	Efectos de la consignación antes de ser aceptada por el acreedor o declarada válida por sentencia judicial				234
	a)	La cosa u objeto depositado en consignación, ¿a quién pertenece?			234
	b)	Si bien la cosa depositada no sale del patrimonio del deudor, queda "a disposición del acreedor". Alcances			236
§ 327.	Influencia de la situación jurídica del consignante (concursos, embargos, etc.) sobre la cosa depositada mientras la consignación no se perfecciona				236
	a)	Concurso del deudor consignante. Efectos del concurso sobre la cosa depositada			237
	b)	Embargo sobre el objeto consignado			237
	c)	Retiro del objeto consignado			240
§ 328.	Aceptación de la consignación por el acreedor. Desde cuándo se producen los efectos de la consignación aceptada				240
	a)	Principio general. Su alcance			240
	b)	Los incs. 4 y 6 del art 757 y la aceptación del acreedor			241
§ 329.	Obligación de pronunciarse				241
	a)	El silencio del acreedor. Incontestación de demanda. Respuestas evasivas			241
	b)	Aceptación de la consignación con reservas			243
	c)	Aceptación de la consignación y rechazo del procedimiento			244
	d)	Aceptación de la consignación con reservas sobre la "causa" del pago			244
	e)	Sujetos legitimados para aceptar la consignación			244
§ 330.	Consignación impugnada por el acreedor				245
	a)	Retiro del depósito por el consignante			245
	b)	Supuestos en los cuales el depositante no puede retirar lo depositado			246
	c)	Efectos del retiro de los fondos por el consignante			246
	d)	Los efectos que subsisten, pese al retiro del depósito			247

§ 331. La sentencia convalidante. Cuándo se considera consumado el "pago".	247
a) Primera postura: los efectos del pago se producen "desde el día del depósito"	247
;by Segunda postura: k» efectos del pago <i>secovn^umt^desátlAoc^catíóad</i> » la demanda"	248
c) Tercera opinión. Debe distinguirse: si la impugnación es justificada, el pago se perfeccionaron la sentencia; si es injustificada, el efecto pago se retrotrae al día del depósito.	248
d) La tesis que se propone.	249

*F) EFECTOS DE LA CONSIGNACIÓN DESPUÉS
DE SU PERFECCIONAMIENTO*

§ 332. Efectos de la consignación perfecta. Enumeración.	249
§ 333. Suspensión del curso de intereses. Imposibilidad de incrementar la cuantía del depósito.	250
a) Suspensión de intereses.	250
b) Imposibilidad de incrementar la cuantía del depósito.	250
§ 334. Traslación de los riesgos.	250
a) El régimen de riesgos antes del perfeccionamiento de la consignación.	250
b) Régimen de riesgos después del perfeccionamiento de la consignación.	251
§ 335. Retiro del depósito después del perfeccionamiento de la consignación.	251
§ 336. Gastos del depósito y costas del juicio.	252
a) Primera postura: se debe aplicar sin restricciones el art. 760.	253
b) Segunda opinión: el art. 760 no puede modificar las disposiciones procesales sobre costas.	253
c) Tercera postura: el art 760 del Cód. Civil no debe ser aplicado con carácter absoluto. Son admitidas las excepciones contenidas en las legislaciones procesales.	253
d) La tesis que se propone.	254
§ 337. Influencias de la consignación sobre otros juicios entre las mismas partes.	254
§ 338. La consignación y los juicios ordinarios.	254
a) Planteo del problema.	254
b) El " <i>forum connaatatis</i> ".	254
c) El principio de prevención.	255
§ 339. La consignación y los juicios ejecutivos.	255
a) Planteo del problema.	255
b) Consignación y juicio ejecutivo: posibilidad de oponer "litispendencia" o "excepción de pago" en el juicio ejecutivo, en virtud de una consignación anterior.	255
c) Excepción de "litispendencia".	256

d) Excepción de pago.....	256
é) Juicio ejecutivo y consignación: posibilidad de consignar luego de la intimación de pago ordenada en el juicio ejecutivo.....	256
§ 340. La consignación y los juicios de desalojo.....	257
a) Cobro de alquileres y juicio por consignación.....	257
b) Juicio de desalojo por falta de pago y consignación.....	257

G) MODOS DE REALIZAR LA CONSIGNACIÓN SEGÚN LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN

§ 341. Introducción.....	257
§ 342. Consignación de cosas ciertas.....	258
a) Intimación judicial.....	258
b) Carácter de la intimación.....	258
c) El depósito de las llaves en la locación de cosas.....	259
d) Después de la intimación judicial, puede el deudor liberarse de la custodia de la cosa y solicitar la designación de depositario judicial.....	260
e) Consignación de cosas perecederas.....	261
§ 343. Consignación de cosas inciertas.....	261
a) Cuando la elección corresponde al deudor.....	261
b) Cuando la elección corresponde al acreedor.....	262
c) Solución análoga para las obligaciones de objeto alternativo.....	262
§ 344. Obligaciones de hacer y de no hacer. Obligaciones de dinero.....	262
a) Obligaciones de hacer y de no hacer. Remisión.....	262
b) Obligaciones de dar sumas de dinero.....	262

H) DACIÓN EN PAGO

§ 345. Introducción. Conceptos.....	263
a) Concepto restringido.....	263
b) Concepto amplio.....	264
c) Unidad de régimen jurídico.....	265
§ 346. Naturaleza jurídica. Régimen jurídico aplicable.....	265
a) Es nominado.....	265
b) Es un contrato mixto.....	266
c) Es extintivo.....	266
d) Es parcialmente típico. Régimen jurídico aplicable.....	268
§ 347. Requisitos. Comparación con otras figuras. Efectos.....	269
> a) Requisitos: capacidad. Representación.....	269
b) Comparación con otras figuras.....	270
c) Efectos.....	271

CAPÍTULO XH

CLASES DE OBLIGACIONES. OBLIGACIONES CIVILES Y NATURALES.
OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS

A) INTRODUCCIÓN

§ 348. Clasificación según el Código Civil.....—.....	273
§ 349. Cuadro sinóptico.....	274
§ 350. Otras clasificaciones.....	275

B) OBLIGACIONES NATURALES

§ 351. Concepto y caracteres de las obligaciones naturales.....	276
§ 352. Breve referencia histórica.....•	277
§ 353. Naturaleza jurídica.....	278
a) Teoría que niega a la obligación natural.....	278
b) Teoría que asimila la obligación natural a los deberes morales.	279
c) Teoría de la obligación natural como puro débito.....	28
d) Teoría de la obligación natural como expresión del derecho natural.	281
§ 354. Fundamento de la obligación natural.....	281
§ 355. Derecho comparado.....	284
a) Legislaciones que omiten mencionar a las obligaciones naturales (sistema es- pañol).....f.....•	284
b) Legislaciones que mencionan sólo incidental mente a las obligaciones natu- rales (sistema francés).....	285
c) Legislaciones que contienen un régimen jurídico para las obligaciones natu- rales (sistema hispanoamericano).....•	286
§ 356. Obligaciones naturales y deberes morales. Diferencias.....	286
§ 357. Casos. La enumeración legal.....	288
a) Obligaciones contraídas por incapaces dotados de discernimiento.	288
b) Obligaciones prescriptas.....	289
c) Obligaciones nacidas de actos celebrados sin las formalidades requeridas..	290
d) Obligaciones no reconocidas en juicio.....—.....	292
e) Las obligaciones nacidas de juegos tolerados pero desprovistos de acción..	293
§ 358. Carácter de la enumeración. Otros supuestos.....	294
§ 359. Efectos.....-	295
a) Irrepetibilidad del pago voluntario.....».....••.....	295
b) La conversión del crédito. Pago parcial.....».....	297
c) Inexigibilidad del saldo en caso de pago parcial.....—.....	297
d) Las garantías reales o personales constituidas por terceros son ejecutables.	297
e) El deudor tiens derecho a pagar.....	298

C) OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS

§ 360. Importancia de la clasificación. Método.....	298
§ 361. El criterio para establecer la clasificación.....	299
§ 362. Concepto de obligación principal y obligación accesoria	300
§ 363. Principio general. Excepciones.....	302
a) Obligaciones naturales y obligaciones nulas.....	302
b) Casos en que la accesoria decide la suerte de la principal.....	302
c) Casos en que la accesoria tiene un régimen jurídico propio diferente al que rige la principal.....	303
§ 364. Las obligaciones accesorias y los deberes secundarios de acreedor y deudor...	303
§ 365. Especies.....	304
a) Clases de obligaciones accesorias según el art. 524.....	304
b) Derechos accesorios.....	305
c) Otros casos de accesoriedad. Las cláusulas accesorias	305
§ 366. Efectos.....	306

CAPfRuLoXffl

CLASES DE OBLIGACIONES. OBLIGACIONES
CON MODALIDADES. CONDICIONES*A) INTRODUCCIÓN*

§ 367. Método.....	307
§ 368. Modalidades. Concepto.....	308
a) Obligación pura....."	309
b) Obligación modal.....	309

B) OBLIGACIONES CONDICIONALES

I) Conceptos generales

§ 369. Condición. Concepto y caracteres.....	309
§ 370. Forma y prueba de la cláusula que contiene la condición.....	311
a) Forma.....	311
b) Prueba.....	312
§ 371. El hecho en el que consiste la condición.....	312
a) Requisitos del hecho condicionante.....	313
b) Prueba del hecho condicionante.....	314
§ 372. Semejanzas y diferencias de la "condición" con otras figuras.....	315
a) Diferencias con la " <i>conditio iuris</i> ".....	315

b) Diferencias con el plazo.....	316
c) Diferencias con el caso.....	316
O) Clasificación de las condiciones	
§ 373. Clases de condiciones. Enunciación.....	317
§ 374. Suspensivas y resolutorias. Remisión.....	317
§ 375. Permitidas y prohibidas.....	317
a) Condiciones permitidas.....	318
b) Condiciones prohibidas porque se refieren a hechos material o científicamente imposibles.....	318
c) Condiciones prohibidas por ilicitud.....	319
§ 376. Condiciones referidas a hechos en sí mismos lícitos pero expresamente prohibidas por la ley.....	321
a) Las referidas al domicilio.....	321
b) Las referidas a las creencias religiosas.....	322
c) Las referidas a la libertad matrimonial.....	323
§ 377. Condiciones causales, potestativas y mixtas.....	324
a) Causales.....	324
b) Potestativas.....	324
c) Mixtas.....	325
d) Importancia práctica de esta clasificación.....	325
§ 378. Positivas y negativas.....	326
§ 379. Condición simple y múltiple.....	326
a) Condición conjunta.....	326
b) Condición disyunta.....	326
III) Cumplimiento e incumplimiento de la condición	
§ 380. Cumplimiento del hecho condicionante.....	327
a) Cómo deben cumplirse.....	327
b) A quién corresponde cumplir.....	329
c) En qué casos se considera que está cumplida la condición. Cumplimiento ficto.....	329
d) En qué casos se considera que no está cumplido el hecho condicionante.....	333
§ 381. Tiempo en que debe cumplirse.....	334
a) Cuando se ha fijado un plazo.....	334
b) Cuando no se ha fijado un plazo.....	334
IV) Efectos de las condiciones	
§ 382. El método. Dos cuestiones previas.....	336
§ 383. El principio de retroactividad.....	336
a) Planteo de la cuestión. Importancia.....	336

b) Retroactividad.....	337
c) Irretroactividad.....	337
d) El sistema en nuestro Código Civil.....	338
} 384. Condiciones suspensivas y resolutorias.....	338
a) Doctrinas que niegan la distinción.....	338
b) Una y otra categoría según el Código Civil.....	339
c) Calificación de la condición en caso de duda.....	339

1) Efectos de las condiciones suspensivas

1385. Caracterización de la condición suspensiva.....	340
S 386. Naturaleza de la obligación mientras está pendiente la condición suspensiva...	341
a) Tesis que niega la existencia del crédito.....	341
b) Tesis que admite la existencia de un derecho de crédito eventual.....	342
c) Tesis que afirma que un crédito condicional es un derecho " <i>sui generis</i> "....	343
1387. Efectos mientras está pendiente la condición.....	344
a) Ejecución. Repetición de lo pagado.....	344
b) Transmisión.....	345
c) Medidas de conservación.....	345
d) Otros efectos.....	347
§ 388. Efectos en caso de que fracase la condición.....	347
a) Efectos cuando la cosa no ha sido entregada al acreedor.....	347
b) Efectos cuando la cosa ha sido entregada al acreedor.....	348
§ 389. Efectos en caso de que la condición se cumpla.....	351
a) Muebles.....	351
b) Inmuebles.....	352
c) Derechos del acreedor perjudicado.....	355
§ 390. Otros efectos derivados del cumplimiento de la condición.....	355
a) Actos de administración.....	355
b) Riesgos, pérdida y deterioro. Aumentos y mejoras.....	355
§ 391. Los efectos, en caso de cumplimiento o incumplimiento de la condición, se producen de pleno derecho.....	356

2) Efectos de las condiciones resolutorias

§ 392. Planteo del problema.....	356
§ 393. Efectos mientras está pendiente la condición.....	356
§ 394. Efectos en caso de que la condición fracase.....	357
a) Principio general.....	357
b) Efectos que se producen cuando la cosa ha permanecido en poder del deudor	357
§ 395. Efectos en caso de que la condición se cumpla.....	358
a) Efectos cuando la cosa no ha sido entregada al acreedor.....	358
b) Efectos cuando la cosa ha sido entregada al acreedor.....	359

§ 396. Los efectos de la condición resolutoria ¿se producen de pleno derecho*?	360
a) Necesidad de nueva tradición a favor del deudor.....	361
b) Situación del usufructuario obligado a restituir.....	361

C) OBLIGACIONES CON PLAZO

6 397. Método.....	361
§ 398. Remisiones.....	362
5 399. "Plazo", "límite" y "término".....	362
a) Plazo.....	363
b) El límite.....	363
c) El término.....;	363
d) Gráfico.....•	364
1400. Caracteres.....	364
§ 401. Clasificación de los plazos. Remisión.....	364
1402. El plazo y el interés de las partes.....	365
§ 403. Plazo suspensivo. Efectos.....	366
a) Efectos antes del vencimiento del plazo—c.....	367
b) Efectos después del vencimiento del plazo.....	368
§ 404. Plazo resolutorio. Efectos.....	368
a) Antes del vencimiento.....	368
b) Después del vencimiento.....	369
§ 405. Caducidad de los plazos. Remisión.....	369

D) OBLIGACIONES CON CARGO

§ 406. Noción, terminología y ámbito de aplicación.....	369
8 407. Concepto.....	371
§ 408. Naturaleza. Diferencias con otras figuras.....	372
a) El cargo y la causa objetiva del negocio jurídico.....	372
b) El cargo como "motivo relevante" o "presuposición".....	373
c) El cargo y la teoría de las "bases del negocio".....	373
d) El cargo como obligación accesoria.....••	374
8 409. Diferencias con otras figuras.....	375
a) Con la condición.....	375
b) Con el plazo.....	375
c) Con el mandato.....•	376
d) Con los simples consejos.....-	377
§ 410. Caracteres y elementos.....	377
a) Caracteres.....	377
b) Elementos.....;	377

5 411. Requisitos.....»****.....*	378
a) Cargo de objeto imposible.....	378
b) Cargo de objeto ilícito.....!i.r. -	380
c) El cargo debe ser serio.....	380
§ 412. Clases.....**	380
a) Cargo simple.....	381
b) Cargo - condición suspensiva.....	382
c) Cargo - condición resolutoria (cargo resolutorio).....	382
§ 413. Efectos.....	383
a) Circunstancias en que se debe cumplir el cargo.....	383
b) Fallecimiento de la persona obligada al cumplimiento.....	384
c) A quién se reconoce acción para reclamar por su incumplimiento.....	384
d) Extensión de la responsabilidad.....	385

CAPÍTULO XIV

CLASES DE OBLIGACIONES. OBLIGACIONES
CON RELACIÓN AL OBJETO

§ 414. Método y plan de exposición.....«	387

A) OBLIGACIONES DE DAR SEGÚN LA NATURALEZA DEL OBJETO

§ 415. Obligación de dar.....	388

I) Obligaciones de dar cosas ciertas

§ 416. Concepto y reglas generales.....	389
a) Extensión de la obligación de dar.....	389
b) Deberes del deudor.....	389
§ 417. Distintos efectos según la finalidad de la entrega.....	391

1) Obligación de dar una cosa cierta para constituir sobre ella algún derecho real

§ 418. Planteo de la cuestión.....,	391
§ 419. La teoría del título y el modo.....,	391
a) Los tres sistemas.....	392
b) La cuestión en nuestro derecho.....	405
c) La compraventa (título) como "causa-fuente remota" de la adquisición de derechos reales.....	406
d) La tradición o inscripción registral (modo) como "causa-fuente inmediata" para adquirir derechos reales.....	406

§ 420. Los modos de adquisición y la publicidad de las mutaciones reales. Efectos entre partes.....	407
a) Muebles en general.....	408
b) Automotores.....	408
c) Inmuebles.....	408
d) Buques y aeronaves.....	408
e) Efectos entre partes.....	410
§ 421. Los riesgos. El principio " <i>res perit domino</i> ".....	410
a) Pérdida o deterioro de la cosa sin culpa del deudor, antes de la entrega. . . .	410
b) Pérdida o deterioro de la cosa por culpa del deudor, antes de la entrega.. . .	412
§ 422. ¿Se acepta en nuestro derecho la teoría del equivalente o " <i>aestimatio rei</i> " como concepto autónomo, distinto del " <i>id quod interest</i> ".....	413
§ 423. Los aumentos y mejoras de la cosa. El principio " <i>res crescit domino</i> ".	416
a) Aumentos.....	416
b) Mejoras.....	417
§ 424. Los frutos de la cosa.....	421
§ 425. Efectos con relación a terceros. Conflictos entre acreedores.....	422
i 426. Conflicto entre terceros cuando a uno de ellos se le ha dado la posesión. Principio general.....	423
a) Cosas muebles.....	423
b) Cosas inmuebles. Método y remisión.....	425
§ 427. Indemnización a favor del acreedor frustrado.....	426
§ 428. Conflicto entre terceros cuando a ninguno de ellos se le ha dado la posesión...	426
2) Obligación de dar una cosa cierta para restituirla a su dueño	
§ 429. La hipótesis a considerar. Obligaciones "contractuales" de restituir.....	427
§ 430. Efectos entre las partes.....	427
a) Riesgos por pérdida o deterioro.....	427
b) Aumentos y mejoras naturales.....	428
c) Aumentos y mejoras hechas por el deudor.....	428
d) Los frutos.....	430
§ 431. Efectos con relación a terceros.....	431
a) Planteo de la cuestión.....	431
b) Muebles.....	431
c) Inmuebles.....	431
3) Obligación de dar una cosa cierta para conceder su uso	
§ 432. Ubicación de la materia. Remisión.....	432

II) Obligaciones de dar cosas inciertas

§ 433. Noción y división.....	432

4)Obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles

§ 434. Obligaciones comprendidas.....	434
§ 435. Necesidad de elección de la cosa. Régimen.....	434
a) Quién debe hacer la elección.....	434
b) Criterio de selección: calidad media.....	435
c) Criterio para elegir una cosa de género limitado.....	435
§ 436. Cuándo se entiende realizada la elección.....	436
a) Tesis de la separación.....	436
b) Tesis de la tradición.....	436
c) Tesis de la declaración unilateral recepticia.....	436
§ 437. Efectos.....	437
a) Con anterioridad a la elección.....	437
b) Incumplimiento de la obligación de elegir.....	438
c) Después de la elección.....	438

2) Obligaciones de dar cantidades de cosas

§ 438. Noción. Innecesariedad de mantener normas particulares.....	439
§ 439. Individualización de la cantidad.....«—	439
§ 440. Efectos y régimen de los riesgos.....	440
a) Antes de la individualización.....	440
b) Después de la individualización.....	440
c) Incumplimiento.....	441

HI) Obligaciones de dar sumas de dinero

§ 441. Remisión.....	442

B) OBLIGACIONES DE DAR SEGÚN LA COMPLEJIDAD DEL OBJETO

§ 442. Ubicación del tema. División.....	442

I) Obligaciones alternativas

§ 443. Definición legal y caracteres.....~	443
§ 444. Diferencias con otras obligaciones <.....	444
r a) Con las de género limitado.....	444
b) Con las facultativas.....~	445
§ 445. La elección. El derecho de opción.....ç*	445

a) A quién corresponde la elección. Terminología.....	446
b) Momento en que se consuma la elección.....	446
c) Forma y criterio para efectuar la elección.....Y...*...'	446\$'
§ 446. Efectos de la elección. El principio de concentración.....	448
a) Concentración e irrevocabilidad.....	449
b) Prestaciones periódicas.....	449
c) Supuesto de evicción o de vicios redhibitorios en la cosa elegida.....	449
d) Divisibilidad e indivisibilidad.....	450
§ 447. Efectos derivados de la independencia de las prestaciones.....	450
a) Alcances.....	451
b) Efectos.....	452
§ 448. Régimen de los riesgos. Método.....	452
§ 449. Cuando la contingencia afecta a una de las prestaciones.....	453
a) Contingencias ocurridas sin culpa de las partes.....	453
b) Contingencias ocurridas por culpa del deudor.....	454
c) Contingencias ocurridas por culpa del acreedor.....••	455
§ 450. Cuando la contingencia afecta a todas las prestaciones.....	456
a) Contingencias ocurridas sin culpa de las partes.....	456
b) Contingencias ocurridas por culpa del deudor.....	456
c) Contingencias ocurridas por culpa del acreedor.....	457
d) Contingencias por caso fortuito y por culpa de una de las partes.....	458

ü) Obligaciones facultativas

5 451. Concepto y naturaleza.....	459
a) Concepto.....~	459
b) Naturaleza.....	460
§ 452. Caracteres y ámbito.....	460
a) Caracteres.....	460
b) Fuentes.....	461
§ 453. Cuándo debe considerarse ejercida la opción de pago por el deudor.....	461
a) Tesis de la declaración.....	461
b) Tesis del cumplimiento.....	461
c) Renuncia del deudor a su facultad.....	462
§454. Efectos.....	462

C) OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER

§455. Método.....	463

I) Obligaciones de hacer

§ 456. La obligación "de hacer". Los temas a considerar.....	464
§ 457. El cumplimiento específico o " <i>in natura</i> ".....:	464
a) Aplicación de las reglas generales.....	464
b) Prohibición para el deudor de optar por el pago de la indemnización.....	464
§ 458. Ejecución forzada.....:	465
§ 459. Ejecución por otro.....	466
a) Cuándo procede.....	466
b) La autorización o venia judicial.....	466
§ 460. El cumplimiento defectuoso y su sanción.....	467
§ 461. Imposibilidad de cumplimiento.....	468

II) Obligaciones de no hacer

§ 462. La obligación de no hacer.....	469
§ 463. Las reglas aplicables.....	469
a) Ejecución forzada o por otro.....	469
b) Imposibilidad de cumplimiento.....	470

CAPÍTULO XV

CLASES DE OBLIGACIONES CON RELACIÓN AL OBJETO.
OBLIGACIONES DE DAR DINERO

A) INTRODUCCIÓN

5 464. Una necesaria reflexión preliminar.....	471
a) El derecho civil como categoría histórica.....	472
b) La "descodificación". La legislación especial.....	473
c) La constitucionalización del derecho civil.....	475
d) Conclusiones.....	475
1465. Las materias a tratar.....	476

B) NOCIONES GENERALES

§ 466. La economía y el derecho. Incumbencias sobre el dinero.....	476
§ 467. Concepto de dinero (papel moneda). Importancia.....	478
§ 468. Obligaciones de dar dinero.....	479
§ 469. Caracteres del dinero.....	480
§ 470. Funciones del dinero. Análisis crítico.....	481
§ 471. Breve reseña histórica de la moneda.....	482
a) Del trueque a la aparición de la moneda.....	482

b) De la moneda metálica a la moneda de papel.....	483
c) De la moneda de papel al papel moneda.....	484
d) La moneda de curso legal y forzoso.....	484
§ 472. Clases de monedas.....	485
a) Moneda metálica.....	485
b) Moneda de papel.....	485
c) Moneda fiduciaria.....	486
d) Papel moneda.....	486
e) Moneda escritural, giral o bancaria.....	486
f) Lacuasiraoneda.....	486
§ 473. Circulación monetaria: distintas especies.....	487
a) Curso legal.....	487
b) Curso forzoso.....	487
c) Curso convertible.....	487
§ 474. Síntesis del sistema monetario argentino.....	487
a) Las monedas.....	487
b) El régimen monetario a través de tres períodos.....	488
§ 475. La inflación y el papel moneda. Los efectos económicos.....	490
a) demisión monetaria como causa de inflación.....	490
b) Clases de inflación.....	491
c) Principales consecuencias económicas.....	492
§ 476. Los efectos jurídicos de la inflación.....	492
a) Perjuicio para el acreedor.....	492
b) Perjuicio para el deudor.....	493

C) TEORÍAS SOBRE EL VALOR DE LA MONEDA

§ 477. Teorías sobre el valor de la moneda. Enunciación.....	494
§ 478. El nominalismo. Definición.....	494
§ 479. Fundamentos del nominalismo.....	495
§ 480. Nominalismo absoluto y nominalismo moderado.....	495
§ 481. El valorismo.....	496

D) NOMINALISMO Y VALORISMO EN NUESTRO DERECHO

§ 482. El principio nominalista en el Código Civil.....	497
§ 483. De un nominalismo absoluto a un nominalismo flexible.....	498

I) Deudas de valor y deudas de dinero

§ 484. Deudas de dinero y deudas de valor.....	499
a) Planteo de la cuestión.....	499

b) Obligación "de dinero" y obligación "de valor". Conceptos.....	500
c) Importancia de la obligación de valor.....	500
d) ¿Hasta cuándo la obligación es de valor?.....	501
e) Tesis según la cual toda obligación es de valor.....	501
§ 484 bis. La subsistencia de la clasificación.....	502
§ 485. Principales supuestos de obligaciones de valor.....	503

II) Los mecanismos indexatorios. Las cláusulas de actualización

§ 486. Planteo de la cuestión.....	505
§ 487. La indexación. Los procedimientos indexatorios.....	505
§ 488. Las cláusulas de actualización.....	506
§ 489. Prohibición de indexar y de pactar cláusulas de actualización.....	507
§ 490. Otros instrumentos usados para corregir el nominalismo.....	507
§ 491. Los excesos del valorismo. La desindexación.....	508
a) Planteo del problema.....	508
b) Se mantiene vigente la ley 24.283.....	509
c) La interpretación de la ley 24.283.....	510

III) Las obligaciones en moneda extranjera

1492. La cuestión en el Código Civil, en la Ley de Convertibilidad y en la legislación de emergencia de enero de 2002.....	511
a) El Código Civil (la primera versión del art 617).....	511
b) La Ley de Convertibilidad 23.928.....	512
c) La legislación de emergencia de enero de 2002.....	512
§ 493. Supresión del derecho de conversión.....	512
§ 494. Sobre "el curso" de la moneda extranjera.....	513
a) Tesis que le niega curso legal.....	513
b) Tesis que le reconoce curso legal.....	513
§ 495. Régimen jurídico de la obligación en moneda extranjera.....	515

E) RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS INTERESES

§ 496. Intereses. Concepto, caracteres y clasificación.....	516
a) Concepto económico.....	516
b) Concepto jurídico.....	516
c) Caracteres.....	518
d) Clases.....	518

I) Distintas clases de intereses

§ 497. Interés compensatorio. Concepto. La regla general.....	520
a) Concepto y justificación.....	520
b) Regla general.....	520
§ 498. El pacto de intereses. Los intereses compensatorios legales.....	521
a) Pacto de intereses.....	521
b) Intereses compensatorios legales.....	521
c) Curso de los intereses compensatorios.....	522
§ 499. Interés moratorio.....	523
a) Planteo de la cuestión.....	523
b) Concepto. Diferencias con el compensatorio.....	523
§ 500. Régimen jurídico de los intereses moratorios.....	524
a) Curso de los intereses.....	524
b) Tasa de interés moratorio.....	524
c) Tasa judicial, ¿activa o pasiva?.....	525
d) e) plenario "Alaniz" (23/3/2003). Ratificación de la tasa pasiva.....	526
e) Petición expresa.....	527
§ 501. La extensión del resarcimiento.....	528
a) Se responde hasta el límite de los intereses moratorios.....	528
b) Se debe reparar el "daño mayor".....	530
c) Los intereses "punitivos" como especie de moratorios pactados.....	530
§ 502. Posibilidad de acumular los intereses compensatorios a los moratorios.....	531
§ 503. Los intereses y las deudas de valor. ¿Desde cuándo corren los intereses en la obli-	
gación de indemnizar?.....	532
a) Planteo del problema.....	532
b) Evolución de la jurisprudencia.....	532
§ 504. Intereses sancionatorios.....*	533
a) Relación con los códigos de procedimientos.....	534
b) Requisitos.....	534
c) Las facultades del juez.....	534
d) Los límites de la sanción.....	535
§ 505. La tasa de interés.....	535
a) Gasificación.....	535
b) Distintas tasas.....	535

II) Acumulación de intereses. El anatocismo y la usura

§ 506. Capitalización de intereses.....	537
a) Noción.....	537
b) Régimen del Código Civil según la versión de Vélez Sarsfield.....	538
c) Régimen de la Ley de Convertibilidad.....	538

5 507. Análisis crítico de la cuestión.....	539
a) Tesis de la acumulación amplia.....	539
. . . . b),Tesis déla acumulación moderada.....	540
c) El anatocismo en la ley 25.065 de Tarjetas de Crédito.....	544
5 508. La usura.....	544
§ 509. Determinación de la tasa usuraria.....	545
§ 510. Reducción de intereses excesivos.....	546
a) El derecho aplicable.....	546
b) Extensión de la nulidad.....	547
c) Las facultades del juez para proceder de oficio.....	547
§ 511. Los intereses y la Ley de Defensa del Consumidor.....	547
a) La obligación dineraria como "relación de consumo".....	548
b) La obligación dineraria en los contratos por adhesión.....	549
§ 512. La extinción de la obligación de pagar intereses.....	551
a) Supuesto de pago total.....	552
b) Pago parcial.....	552
1513. El pago "a mejor fortuna" en las obligaciones dineradas.....	553

F) LAS OBLIGACIONES DINERARIAS Y LA EMERGENCIA ECONÓMICA

§ 514. Introducción.....	553
a) La emergencia.....	554
b) La legislación de emergencia Enunciación de las leyes, decretos y principales fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.	554
c) Las obligaciones comprendidas.....	556
§ 515. El principio general del decreto 214/2002.....	557
a) Depósitos bancarios. Deudas de las entidades financieras.....	557
b) Deudas de los particulares con entidades financieras.....	565
c) Deudas entre particulares.....	565
§ 516. Obligaciones anteriores y en curso de ejecución en pesos.....	569
§ 517. Los remedios posibles.....	569
§ 518. Incidencia de la mora del deudor.....	570
a) Planteo de la cuestión respecto de la obligación en dólares.....	570
b) La mora como fundamento de la no pesificación.....	570
c) La mora no es fundamento suficiente para excluir la pesificación.	570
1519. Obligaciones posteriores.....	572

CAPÍTULO XVI

CLASES DE OBLIGACIONES CON RELACIÓN A LOS SUJETOS.

" OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

A) INTRODUCCIÓN

§ 520. Las obligaciones en relación con el número de sujetos.....	573
§ 521. El método del Código Civil.....	575
§ 522. Las materias a tratar. Terminología y método de exposición.....*	576

B) DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD. CRITERIO DE DISTINCIÓN

§ 523. Obligaciones mancomunadas: principio general.....	577
§ 524. Criterios para establecer la distinción.....	577
a) Divisibilidad natural.....	577
b) Divisibilidad intelectual.....	577
c) Indivisibilidad convencional.....	578
§ 525. TXcuestión en nuestro derecho.....	578
a) El criterio aceptado.....	579
b) El criterio desechado.....	579
c) Polémica en tomo al criterio de la ^divisibilidad convencional.....	579
§ 526. Divisibilidad de la prestación y del objeto.....	582

C) OBLIGACIONES DIVISIBLES (SIMPLEMENTE MANCOMUNADAS)

I 527. Concepto y requisitos.....	582
§ 528. El principio de fraccionamiento: la descomposición de la obligación.....	583
§ 529. Casos de obligaciones divisibles.....	583
§ 530. Método. Enumeración de los efectos.....	584
§ 531. Exigibilidad, pago e insolvencia de uno de los deudores.....	585
a) Exigibilidad. Proporción del fraccionamiento.....	585
b) Pago.....	585
c) Insolvencia de uno de los deudores.....~	588
§ 532. Prescripción y cosa juzgada.....	589
a) Prescripción.....	589
b) Cosa juzgada.....	589
§ 533. Mora, culpa y cláusula penal.....	589
a) Mora y culpa.....	589
b) Cláusula penal.....	589
§ 534. Otros medios de extinción (novación, remisión de la deuda, transacción y compensación).....	590

D) OBLIGACIONES INDIVISIBLES

§ 535. Concepto y requisitos.....	590
f 536. Clases de indivisibilidad.....	591
a) Según el criterio para establecerla.....	591
b) Según la actuación de los deudores en el cumplimiento.....	591
§ 537. Casos de indivisibilidad.....	591
§ 538. Efectos entre partes. El criterio de propagación. Su influencia.....	592
§ 539. Exigibilidad del objeto debido. Propagación de los efectos.....	593
a) Indivisibilidad común o regular.....	593
b) Indivisibilidad irregular o impropia.....	594
§ 540. Pago. Propagación de los efectos.....	595
a) Elección del acreedor a quien pagar.....	595
b) Principio de prevención.....	595
§ 541. Insolvencia de uno de los deudores. Sus efectos se propagan.....	596
a) Cuando, pese a la insolvencia de un deudor, el cumplimiento " <i>in natura</i> " es <i>todavía</i> <i>posible</i>	596
b) Cuando el cumplimiento específico se ha vuelto imposible poruña causa im- putable a los deudores.....».....	596
§ 542. Prescripción. Los efectos se propagan.....	597
a) Propagación de efectos. Crítica.....	597
b) El artículo 688.....	598
c) Límites a la propagación.....	598
§ 543. Efectos que no se propagan. La cosa juzgada.....	599
a) Tesis mixta.....	599
b) Tesis de la no propagación de efectos. La relatividad de la cosa juzgada....	600
1544. Mora.....	600
§ 545. Culpa o dolo.....	601
i 546. Transacción.....	602
§ 547. Remisión o quita de la deuda. No propagación activa y propagación pasiva....	602
a) Varios acreedores y un único deudor.....	602
b) Varios deudores y un único acreedor.....	603
§ 548. Novación.....	604
a) Varios acreedores y un único deudor.....	604
b) Varios deudores y un único acreedor.....	604

E) RELACIONES DE LOS CODEUDORES O DE LOS COACREEDORES ENTRE SÍ

§ 549. M&oda.....	605
§ 550. "Distribución" y "contribución". Conceptos.....	605
a) Distribución.....	605
b) Contribución.....	605

§ 551. Criterio legal para distribuir o para contribuir_____	606
a) Según la voluntad expresa de las partes.....~.,.....	606
b) Según las circunstancias de la obligación.....	606
c) Regla residual.....	607

CAPÍTULO XVII

CLASES DE OBLIGACIONES CON RELACIÓN A LOS SUJETOS. OBLIGACIONES SOLIDARIAS

A) CONCEPTOS GENERALES

§ 552. La mancomunación: sus especies. Método.....	609
§ 553. Obligación solidaria. La definición legal.....	609
§ 554. Fundamentos de la solidaridad.....	610
a) Teoría del mandato tácito.....	610
b) Teoría del interés común.....	611
§ 555. Caracteres.....	611
a) Pluralidad de vínculos coligados.....	611
b) Carácter excepcional. La solidaridad no se presume. Prueba.....	612
§ 556. Naturaleza jurídica: unidad o pluralidad de vínculos_____	612
§ 557. Fuentes.....	615
a) Solidaridad convencional...^,.....	615
b) Solidaridad legal.....	616
c) Inexistencia de solidaridad judicial_____	617
§ 558. Clases.....	617
§ 559. Polémica en torno a las obligaciones <i>in solidum</i>	617
§ 560. Semejanzas y diferencias con figuras jurídicas afines_____	619
a) Con la obligación indivisible.....	619
b) Con la fianza.....	621

B) SOLIDARIDAD PASIVA

5 561. Importancia. Método. Efectos.....	621
a) Método. Efectos.....	622

I) Efectos entre partes

§ 562. Clasificación y enumeración.....	622

1) Efectos principales

§ 563. Primer efecto esencial: obligación de pagar la totalidad de la deuda	623

§ 564. Si se demanda a un deudor, ¿es necesario probar su insolvencia para poder demandar a los otros?.....	624
a) Tesis de la insolvencia del demandado.....	624
b) Tesis que hace prevalecer el derecho de los acreedores a demandar sucesivamente a los otros deudores.....	624
§ 565. Segundo efecto esencial: la extinción de la obligación por pago u otros medios (novación, compensación, remisión de la deuda, transacción y confusión).	626
a) Pago.....	626
b) Novación, compensación y remisión de deuda.....	626
c) Confusión y transacción.....	626
2) Efectos secundarios	
§ 566. Mora y culpa.....	627
a) Delimitación de la materia a tratar.....	627
b) Antecedentes históricos y de derecho comparado.....	628
c) Sistema del Código Civil argentino.....	637
§ 567. Consecuencias de la teoría de la pluralidad de vínculos sobre la culpa y el curso /de los intereses. Los supuestos del art. 702.....	640
a) Pluralidad de vínculos y diversos factores de atribución de responsabilidad	640
b) Curso de los intereses.....	641
c) Los supuestos previstos en el art. 702.....	641
§ 568. La mora del acreedor en la solidaridad pasiva.....	643
§ 569. Prescripción.....	644
a) Iniciación.....	644
b) Interrupción.....	644
c) Suspensión.....	645
§ 570. Cosa juzgada.....	645
a) Planteo del problema.....	645
b) La solución de la ley 17.711. El párrafo agregado al art. 715.....	646
c) Sentencia que rechaza la demanda.....	646
§ 571. Indemnización de los daños y perjuicios.....	647

U) Efectos de la solidaridad entre los codeudores

§ 572. Planteo del problema. El principio de contribución.....	647
§ 573. Las acciones recursorias o de regreso. Límite.....	648
a) Acciones típicas.....	648
b) Subrogación legal.....	648
c) Límites de la acción de regreso.....	648
d) Supuesto de pago parcial.....	649

§ 574. Insolvencia de uno de los deudores.....	649
a) Regla general.....;	649
p y í i s p i í ^ f é ^	650
§ 575. Contribución en caso de extinción de la obligación por otros medios	651

C) SOLIDARIDAD ACTIVA

§ 576. Importancia Efectos. Método.....	651
§ 577. Efectos principales.....	652
a) Derecho al pago íntegro.....	652
b) Extinción de la obligación.....	652
§ 578. Efectos secundarios. Enumeración.....	653
§ 579. La situación de mora en la solidaridad activa.....	653
a) El deudor puesto en mora por un acreedor, lo está, en principio, respecto de todos los acreedores.....	653
b) La puesta en mora de uno de los acreedores implica la mora de los demás.	654
§ 580. Demanda de intereses.....	654
§ 581. Prescripción.....	655
§ 582. Cosa juzgada.....	655
§ 583. Indemnización de los daños y perjuicios.....	655
§ 584. Relaciones de los coacreedores entre sí.....	656

TU) Efectos comunes a la solidaridad activa y pasiva

§ 585. Defensas comunes y defensas personales	656
§ 586. Fallecimiento de un codeudor o coacreedor solidarios.....	657
§ 587. Extinción de la solidaridad.....	658
a) Renuncia absoluta o general.....	658
b) Renuncia relativa o individual.....	659
c) Forma de la renuncia. Renuncia tácita.....	659

TV) Otras hipótesis de obligaciones con varios sujetos

§ 588. Los supuestos a considerar.....¿.....	660
§ 589. Obligaciones disyuntas	660
§ 590. Obligaciones concurrentes. Remisión.....	661

CAPÍTULO XVUI

TRANSMISIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

A) TRANSMISIÓN

§ 591. Concepto.....	663
§ 592. Formas y fuentes de la transmisión.....	663
S 593. Principio general y excepciones.....	664
{ 594. Plan de exposición.....	665
§ 595. Breve referencia a la transmisión por causa de muerte.....	665
a) Antecedentes históricos.....	665
b) La universalización de la regla.....	666
c) El sistema en nuestro derecho.....	666

I) Transmisión de créditos, el pago con subrogación

§ 596. Método. El pago con subrogación como hipótesis de transmisión del crédito..	666
§ 597. La descripción legal.....	667
f 598. Naturaleza del pago con subrogación.....	668
a) Teorías del pago.....	668
b) Teorías de la transmisión.....	669
c) Tesis de la naturaleza jurídica propia.....	670
§ 599. Comparación con la novación por cambio de acreedor.....	671
§ 600. Clases. Enunciación.....	671

1) Subrogación convencional

§ 601. Necesidad de acuerdo (contrato).....	672
§ 602. Subrogación por acuerdo entre el acreedor y el tercero.....	672
a) Requisitos.....	672
b) Régimen legal aplicable. Diferencias con el contrato de cesión de créditos	674
§ 603. Subrogación por acuerdo entre el deudor y el tercero.....	676

2) Subrogación legal

§ 604. Concepto de subrogación legal.....	677
§ 605. Los distintos casos previstos en el art 768.....	677
a) Pago al acreedor preferente.....	678
b) Pago del coobligado (remisiones).....	678
c) Pago del tercero poseedor de un inmueble hipotecado.....	679
d) Pago del heredero beneficiario.....	680
§ 606. Pago del tercero no interesado. Importancia y remisión.....	680

3) Efectos de la subrogación

§ 607. Principio general.....	680
§ 608. limitaciones.....	681
a) Se extiende hasta el límite de lo pagado.....	681
b) Límites impuestos por las propias partes.....	681
c) En las obligaciones mancomunadas.....*	681
§ 609. Supuesto de pago parcial.....*	682

JJ) Transmisión de deudas

§ 610. Concepto de transmisión de deuda.....	682
§ 611. Planteo de la cuestión a la que da lugar.....	683
a) Breve referencia a los antecedentes históricos.....	683
b) Derecho comparado.....	684
§ 612. La cuestión en nuestro derecho.....	685
§ 613. Naturaleza. Método.....	687
§ 614. La transmisión de deuda <i>strictu sensu</i> . Nombre y requisitos.....	687
a) Nombre: contrato de asunción privativa de deuda.....	687
b) Requisitos.....	688
§ 615. Efectos.....	689
a) Reglas aplicables. El contenido normativo del contrato.....	689
b) Principales efectos.....	689
§ 616. Otra situación impropia de transmisión de deudas.....	690
§ 617. Acumulación de deudores.....	691
§ 618. Promesa de liberación.....	691

B) RECONOCIMIENTO

§ 619. Nociones preliminares.....	691
a) Los significados de la palabra "reconocimiento" en el derecho de las obligaciones.....	691
b) Derecho comparado.....	692
§ 620. La cuestión en nuestro derecho.....	692
a) Código Civil.....	692
b) Los proyectos de reformas.....	692
§ 621. Método del Código Civil, Crítica.....	693
§ 622. Concepto de reconocimiento.....	694
a) La definición legal.....	694
b) El concepto en la doctrina.....	694
§ 623. Naturaleza jurídica.....	695
§ 624. Requisitos.....	696
§ 625. Caracteres.....	697

626. Diferencias con otras figuras.....'	698
a) Con la novación.....	698
b) Con la confirmación.....	698
c) Con la transacción.....	699
§ 627. Especies. Formas de expresar el reconocimiento.....	699
a) Manifestación expresa.....	699
b) Manifestación tácita.....	699
§ 628. Efectos.....	700
§ 629. Diferencias entre el título anterior y el nuevo.....	700

CAPÍTULO XLX

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES. LOS CONTRATOS EXTINTIVOS

A) INTRODUCCIÓN

§ 630. Noción preliminar.....	701
§ 631. Enunciación de los modos de extinción.....	701
a) Enunciación de los medios de extinción del art. 724 y su nota.....	702
b) Otras posibles causales de extinción.....	703
§ 632. Clasificación de los medios de extinción.....	704
§ 633. Método de exposición.....	705
a) Contratos extintivos.....»	705
b) Hechos extintivos.....	705
c) Pago y dación en pago. Remisión.....	706

B) NOVACIÓN

§ 634. Concepto.....	706
§ 635. Naturaleza.....	706
§ 636. Importancia actual de la novación.....	709
§ 637. Requisitos.....	709
a) Presupuestos.....	710
§ 638. Elementos.....	713
a) Forma y prueba.....	713
§ 639. El contenido normativo. Sus cláusulas esenciales.....	713
a) Extinción. Sus alcances.....	714
b) La nueva obligación.....	716
c) Diferencias entre una y otra.....	717
§ 640. Clases. Novación objetiva Género y especies.....	717

§ 641. Novación por cambio de causa-fuente.....	7,18 ,
a) Casos de novación "causal".....	719
...-]>} El art. 813. Entrega de documentos.....	'719
§ 642. Novación por cambio de objeto.....	721
§ 643. Cambios que no producen novación.....	721
§ 644. Novación por modificaciones relativas al vínculo jurídico.....	723
1645. Novación subjetiva Clases.....	724
§ 646. Novación por cambio de acreedor.....	724
a) Naturaleza y consentimiento.....	724
b) Diferencia con la cesión de créditos —.....	725
c) Diferencias con el pago con subrogación. Remisión.....	725
§ 647. Novación por cambio de deudor.....	725
a) Delegación.....	J. 726
b) Expromisión.....	728
c) Requisitos.....	729
d) Insolvencia del nuevo deudor.....	730
§ 648. Novación legal.....	731
§ 649. Efectos. Remisiones.....	732

C) TRANSACCIÓN

§ 650. La definición legal.....	732
§ 651. Naturaleza.....	733
a) Tesis de la convención liberatoria.....	' 733
b) Tesis del contrato.....	734
§ 652. Caracteres.....	735
§ 653. Diferencia con otras figuras.....	736
a) Con la renuncia.....	736
b) Transacción judicial y sentencia.....	737
§ 654. Requisitos. Los presupuestos.....	737
a) Capacidad.....	737
b) Representación.....	739
c) Preexistente situación de incertidumbre (<i>res dubia</i>).....	740
§ 655. Elementos esenciales. Forma.....	740
a) Forma de las transacciones sobre derechos litigiosos.....	740
b) Otras transacciones formales.....	744
c) Prueba.....	745
§ 656. El contenido normativo. Enunciación de las cláusulas esenciales.....	745
§ 657. Derechos que pueden ser objeto de transacción.....	746
a) Principio general.....	746
b) Derechos sobre los que no se puede transigir.....	746
§ 658. Concesiones recíprocas	' 748

f 659. Finalidad extintiva. Remisión.....	749
§ 660. Efectos.....	749
a) Efecto vinculatorio.....	750
b) Efecto extintivo.....	750
c) Efecto declarativo.....	751
d) Efectos de las transacciones en las obligaciones de sujeto plural. Remisión	753
e) Efectos procesales de la transacción judicial.....	753
§ 661. Efectos respecto de terceros. Oponibilidad de la transacción y relatividad de ios contratos.....	754
a) La tesis de la oponibilidad.....	755
b) Tesis de inoponibilidad.....	757
§ 662. Nulidad de las transacciones.....	760
§ 663. Nulidad por vicios de la voluntad.....	761
§ 664. Nulidad por aparición de nuevos documentos.....	762
§ 665. Sentencia anterior desconocida que Invalida la transacción.....	763
§ 666. Nulidad por falta de causa.....	765
a) Planteo del problema.....	765
b) Se trata de una transacción anulabie.....	765
c) Fundamentos de la nulidad.....	765
§ 667. Errores aritméticos.....	766

D) RENUNCIA DE LOS DERECHOS DEL ACREEDOR

§ 668. Introducción.....	766
§ 669. Renuncia de los derechos del acreedor. Concepto.....	767
§ 670. Naturaleza.....	768
a) Tesis del acto jurídico unilateral.....	768
b) Tesis del acto jurídico bilateral.....	769
c) Tesis del contrato.....	769
§ 671. Caracteres.....	771
§ 672. Diferencias con la remisión de la deuda.....	771
§ 673. Subespecies.....	773
§ 674. Presupuestos. Capacidad.....	774
a) Renuncias gratuitas.....	774
b) Renuncias onerosas.....	775
§ 675. Elementos.....	775
a) Forma.....	775
b) Contenido.....	776
§ 676. Efectos.....	778
§ 677. Retracción.....	778
a) Régimen aplicable a la retractación.....	778
b) Efectos respecto de terceros.....	779

E) REMISIÓN DE LA DEUDA

§ 678. Concepto y régimen aplicable.....	780
a) Concepto.....	780
b) Régimen aplicable.....	781
§ 679. Naturaleza^ caracteres y subtipos.....	781
a) Caracteres.....	781
b) Subtipos.....	781
§ 680. Elementos: forma.....	782
a) Remisión expresa.....	782
b) Remisión tácita.....	783
c) Remisión tácita por entrega del documento original.....	783
c) Presunción de entrega voluntaria.....	785
§ 681. Efectos.....	785
a) Pluralidad de acreedores o deudores.....	786
b) Remisión y fianza.....	786
§ 682. Restitución de la cosa dada en prenda.....	788

CAPÍTULO XX

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES. HECHOS EXTINTIVOS

§ 683. Introducción.....	791

A) COMPENSACIÓN

§ 684. Definición legal.....	791
§ 685. Naturaleza.....	792
§ 686. Funciones e importancia práctica.....	794
a) Funciones.....	794
b) Importancia práctica.....	794
§ 687. Distintas especies de compensación. Método.....	795

I) COMPENSACIÓN LEGAL

§ 688. Noción y enunciación de sus requisitos.....	796
§ 689. El supuesto de hecho. Reciprocidad.....	797
a) Sobre el requisito de la reciprocidad.....	797
b) Indiferencia de la causa fuente de las obligaciones de las partes.....	798
c) Derecho propio.....	799
§ 690. Exigibilidad.....	799

§ 691. Liquidez.....	800
a) Tesis que niega la necesidad de liquidez.....	801
b) Tesis que considera justificado el requisito de liquidez.....	801
c) El sistema de nuestro Código Civil.....	802
§ 692. Créditos y deudas expeditos.....	803
§ 693. Créditos embargables.....	803
§ 694. Obligaciones de objeto fungible.....	804
§ 695. Obligaciones no compensables.....	806
a) Créditos embargados o dados en prenda.....	806
b) Créditos transmitidos a terceros.....	806
c) Concurso de acreedores de alguna de las partes.....	808
d) Daños y perjuicios por despojo.....	808
e) Depósito irregular.....	809
§ 696. Compensación de las deudas con el Estado.....	810

U) OTRAS ESPECIES DE COMPENSACIÓN

§ 697. Contrato de compensación (compensación facultativa o voluntaria).....	811
§ 698. Caracteres y efectos.....	812
§ 699. Compensación judicial.....	813

IU) EFECTOS DE LA COMPENSACIÓN

§ 700. Efecto esencial y efectos secundarios.....	814
§ 701. Desde cuándo se producen.....	814
a) Compensación legal.....	814
b) Compensación voluntaria.....	815
c) Compensación judicial.....	816
§ 702. Compensación por el fiador.....	816
§ 703. Compensación en las obligaciones solidarias.....	816

B) CONFUSIÓN

§ 704. Concepto y naturaleza.....	817
§ 705. Requisitos.....	817
§ 706. Casos en que puede producirse confusión.....	818
a) Sucesión universal.....	818
b) Sucesión por título singular.....	819
§ 707. Especie de confusión.....	819
§ 708. Ámbito de aplicación. Derechos que pueden extinguirse por confusión.....	819
§ 709. Efectos de la confusión. Efecto extintivo.....	820

5 710. Algunos efectos en particular.....•	821
a) Confusión y fianza.....	821
b) Pluralidad de acreedor «deudores».....••	82.1
§ 711. Cese de la confusión.....	822

C) IMPOSIBILIDAD DE PAGO

§ 712. Introducción.....	822
§ 713. Imposibilidad de pago. Concepto.....	823
§ 714. Efecto esencial. Principio.....	823
§ 715. Requisitos.....	823
§ 716. Imposibilidad de pago y no culpa.....	824
§ 717. Imposibilidad de pago y caso fortuito.....	825
§ 718. Asunción del riesgo o caso fortuito por el deudor.....	825
§ 719. Prueba de la imposibilidad de pago.....»	826
§ 720. Aplicaciones del principio.....	826
a) Obligaciones de dar cosas ciertas.....	826
b) Obligaciones de género limitado.....•••	826
c) Obligaciones de dar cosas inciertas.....•	827
§ 721. Efecto restitutorio.....••	827
§ 722. Imposibilidad transitoria.....	827

D) PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

D INTRODUCCIÓN

§ 723. Nociones generales sobre prescripción.....	828
§ 724. El método del Código Civil. Las dos especies.....	829
§ 725. La prescripción liberatoria.....	830
a) Breve reseña histórica.....	831
b) Definición y elementos.....	831
§ 726. Importancia. Fundamentos de la prescripción.....	832
§ 727. Naturaleza jurídica.....••	833
a) Tesis que afirma la extinción del derecho.....	833
b) Tesis que afirma la extinción de la acción.....	834
§ 728. Prescripción y caducidad. Diferencias.....	835
a) Notas comunes.....	836
b) Diferencias.....	836
§ 729. Caracteres.....	838
§ 730. Sujetos.....-	839

ÍNDICE

§ 731. Objeto. Acciones y derechos prescriptibles.....	840
a) Principio general.....	840
b) Excepciones.....	840

II) CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN

1º) INICIACIÓN

§ 732. Iniciación. Principio general.....	842
§ 733. Aplicaciones particulares del principio.».....	842
a) Obligaciones con plazo cierto y sujetas a condición suspensiva.....	842
b) Obligación de garantía por evicción. Obligación de saneamiento.....	843
c) Acciones que tutelan derechos eventuales.....	843
d) Obligaciones puras y simples.....	844
e) Obligaciones con plazo incfeterminado propiamente dicho ("sin plazo", art. 509)	844
0 Obligaciones con intereses.....TM.....	845
g) Obligaciones recíprocas.....	845
h) Obligaciones originadas en vicios redhibitorios.....	846
i) Responsabilidad civil extracontractual.....	846

2º) SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN

§ 734. Suspensión e interrupción. Concepto y diferencias.....	847
a) Suspensión.....	847
byinterrupción.....	847
§ 735. Suspensión de la prescripción. Causas.....••	848
a) Causas. Sistema del Código Civil.....	848
b) Causas que no suspenden el curso de la prescripción.....	850
§ 736. Imposibilidad de obrar.....	851
a) Fuerza mayor.....	851
b) Maniobras dolosas del deudor.....	851
§ 737. Efectos de la suspensión de la prescripción.....	851
§ 738. Interrupción de la prescripción. Causas.....	851
a) Demanda judicial.....	852
b) Reconocimiento de deuda....;—.'.....•«.....,.....	853
c) Compromiso arbitral.....«~.....	854
§ 739. Efectos.....	854
a) Relatividad.....	854
b) Respetto del fiador.....	854

IU) PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

§ 740. Plazos de prescripción. Principio general.....	855

§ 741. El sistema en nuestro derecho.....»».....««»»	855,
a) Prescripción de diez años.....	855
b) Prescripción de cinco años.....	856
c) Prescripción de cuatro años.....	856
d) Prescripción de dos años.....	856
e) Prescripción de un año.....;	857
0 Prescripción de seis meses.....	857
g) Prescripción de tres meses.....	857
§ 742. Validez de las cláusulas que amplían o abrevian el plazo.....	858
§ 743. Efectos. Cómo se producen. Hasta cuándo puede ser opuesta.....	858
a) Cómo se producen.....	858
b) Hasta cuándo puede ser opuesta.....	858
§ 744. Renuncia.....	858
índice de autores citados en los tomos l y ü.....	859
índice alfabético de materias.....	881
índice de artículos del Código Civil.....	897

CAPftruLovn
MORA DEL DEUDOR

A) DEFINICIÓN Y REQUISITOS

§ 217. MÉTODO

Cabe formular una advertencia sobre el método:

Cuando la doctrina debe examinar lo concerniente a la mora, la ejecución forzada y la indemnización sustitutiva, suele encarar ese examen en el siguiente orden: se ocupa primero de la ejecución forzada, luego de la mora y por último de la indemnización en caso de incumplimiento¹. A ese método se le puede objetar que, en rigor, la mora *precede* tanto a la ejecución forzada como a la indemnización sustitutiva, ya que ni una ni otra podrá tener lugar si antes el deudor no ha quedado en mora. ¿Por qué? Porque la mora no es otra cosa que un incumplimiento relativo² y, como tal, un *presupuesto* de toda ejecución forzada y de toda indemnización sustitutiva. La mora supone —por definición— que el cumplimiento tardío es todavía posible y útil³, para perseguir este resultado por un medio coactivo, es lógicamente necesario la previa mora del deudor. Siendo así, se juzga oportuno tratar primero sobre el régimen de la mora y luego sobre la ejecución forzada, que es una de sus consecuencias⁴.

¹ Así, por ejemplo, Jambas, *Obligaciones*, t. I, caps. V y VI, págs. 81 y ss.

² Se soslaya, por ahora, el debate acerca de si es la mora o el retardo el concepto que prevalece (sobre el particular, *infra* § 220). Sólo se sostiene que no se puede intentar la ejecución forzada si antes el deudor no ha incurrido en "inejecución" utilizando esta expresión en el sentido que se le adjudicó en *supra* § 216, e.

³ Compagnucci de Caso, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t. I, art. 508, § 2, p. 103; CN. Civ. Sala G, 1678/1985, "E.D.", 116-267.

⁴ Recuérdese que por las razones dadas *supra* § 79, a, I), entre los "efectos" de la mora sólo se incluye la ejecución forzada "directa", en tanto que la indemnización sustitutiva (por incumplimiento) es tratada en uno de los capítulos de la teoría de la responsabilidad.

§ 218. DEFINICIÓN

La mora⁵ puede ser definida como *una situación anormal de retraso en el cumplimiento, por la que atraviesa una obligación exigible, cuando por una causa imputable, el deudor no satisface oportunamente, la expectativa del acreedor, o éste rehusa las ofertas reales que se formulan, y que subsiste mientras la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, sea posible y útil*.

La mora admite un concepto único, en el sentido de que en él están comprendidas tanto la mora del deudor (*mora debitoris*), como la mora del acreedor (*mora creditoris*)⁷. Sin embargo, por imposición del método adoptado (*supra* § 80), en el presente Capítulo sólo se abordará la mora del deudor, en tanto que la del acreedor será tratada antes del pago por consignación, entre los efectos que la obligación produce respecto del deudor.

§ 219. REQUISITOS. ENUMERACIÓN

Los requisitos para que se produzca la mora del deudor pueden ser clasificados en presupuestos, elementos y circunstancias impeditivas⁸.

I) Con el nombre de "presupuestos" se identifica a todos aquellos requisitos que deben necesariamente existir con anterioridad a la constitución en mora, ya que ésta no puede configurarse sin ellos, aunque el hecho de que todos ellos concurren no significa que el deudor vaya a caer —fatalmente— en mora. En ese sentido, son requisitos necesarios pero no suficientes. Son presupuestos de la mora del deudor: 1°) que preexista un deber jurídico impuesto por una relación de obligación; 2°) que ese deber jurídico sea exigible; 3°) que el acreedor

⁵ Este capítulo será elaborado tomando como base lo expuesto en nuestro *Tratado de la mora* (Abaco, Buenos Aires, 1981), con las debidas correcciones e incorporando los pronunciamientos que la doctrina y la jurisprudencia emitieron con posterioridad a aquella fecha, con el fin de ofrecer una síntesis corregida y actualizada de este tema.

⁶ Sobre esta definición: Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. L 3^a ed., n° 154, p. 229; Ramírez, *Indemnización de daños y perjuicios*, L JH- A, p. 209; Vocos, *La mora en las obligaciones cuyo lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor*, en "Prudentia Iuris", n° 7, agosto 1982, p. 93. Comp. López Cabana, *La demora en el derecho privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, § 17, p. 92. Sobre la crítica que formula Padilla (*La mora en las obligaciones*, p. 50), ver la respuesta dada *supra* § 211, nota n° 44. Para un estudio de la cuestión en el marco del derecho español: Gema Díez-Picazo, *La mora y la responsabilidad contractual*, p. 415.

⁷ Ello sin perjuicio de que en el lugar oportuno (*infra* §§ 286 y siguientes) se exponga una descripción de la mora del acreedor (*mora creditoris*) elaborada a partir de esta definición.

⁸ Esta clasificación, ya expuesta en nuestro *Tratado de la mora*, § 40, p. 261, es compartida por Vocos, *La mora en las obligaciones cuyo lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor*, en "Prudentia Iuris", n° 7, agosto 1982, p. 94, nota n° 57. Entre los trabajos más recientes, comparan Gema Díez-Picazo, *La mora y la responsabilidad contractual*, p. 419.

haya prestado la cooperación que exija la naturaleza de la obligación⁹ que la obtención del bien debido al acreedor, aunque tardía, sea posible y útil.

II) Los "elementos" son aquellos requisitos que revisten carácter esencial, ya que son necesarios y suficientes. Son necesarios, como los presupuestos, porque no puede haber mora sin la concurrencia de todos ellos, pero, a diferencia de aquéllos son, además, suficientes, porque cuando se presentan el deudor está irremediabilmente en mora. Con arreglo a las disposiciones de nuestro Código (arts. 508, 509, 510, 511, 512, etc.) y a los principios que lo informan, es dable afirmar que la mora del deudor se integra con los siguientes elementos esenciales: 1º) el retardo; 2º) la inmutabilidad; y, 3º) la constitución en mora.

DI) Las "circunstancias" son todos aquellos factores que impiden la configuración de la situación de mora y que tienen origen en la ausencia de alguno de los presupuestos o en la falta de alguno de los elementos. Así, por ejemplo, son factores impeditivos la circunstancia de que la obligación no sea exigible, o la falta de cooperación del acreedor (ausencia de presupuestos), o la inmutabilidad del retardo o la omisión del acreedor en efectuar la interpelación, en los casos en que ésta sea la forma constitutiva (falta de elementos)¹⁰.

Sólo se analizarán, en razón de su importancia, los elementos esenciales.

§ 220. EL RETARDO

El retardo tiene lugar cuando transcurre el tiempo de pago sin que se haya cumplido la obligación. Se presenta como un *transcurso* que corre desde que la obligación se ha hecho exigible hasta el momento de verificarse el cumplimiento tardío o hasta que se extingue el vínculo por cualquier otro medio. En tanto transcurso, es una "porción" de tiempo que, al ser captado por el derecho, se convierte en un hecho jurídico. Estudiando la relación que existe entre el retardo y la mora, la doctrina¹⁰ ha puesto definitivamente en claro sus semejanzas y diferencias: la mora y el retardo se asemejan porque en uno y otro caso se demora el cumplimiento de la obligación, pero se diferencian porque mientras

⁹ La jurisprudencia se ha referido en numerosas oportunidades a los *factores impeditivos* de la mora del deudor: S.C.B.A., "J.A.", 1966-IV-56; C.Esp., Sala IV, Civ. y Com., "J.A.", 21-1974-241; C.N.Civ., Sala C, "LA.", 23-1974-215; *idem*, Sala D, "E.D.", 49-522; *idem*, Sala A, "E.D.", 62-369.

¹⁰ Ver. Castán Tobeñas, *Derecho civil español*, t. IH, p. 200; Cano, *La mora*, p. 16; Espín Cánovas, *Manual de derecho civil* vol. III, p. 204; Llerena, *Concordancias y comentarios*, t. 1, comentario al art. 509, p. 233; Salvat y Galli, *Obligaciones*, 1.1, n° 88; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 91, p. 72; Busso, *Código Civil*, t. III, comentario al art. 509, n° 26 y 27, p. 259; Lafaille, *Tratado*, t. VI, *Obligaciones*, vol. I, n° 159, p. 158; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 128; Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, n° 157, p. 231; Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 102 p. 126.

en el primer caso el atraso debe ser *imputable* al deudor quien, además, debe quedar *constituido* en mora; en el segundo caso no se requiere ni que la demora sea *imputable*-al deudor, ni que éste quede *constituido* en ese estado¹¹. Para que se configure el retardo es suficiente el mero transcurso.

Es sabido que cuando la obligación no se cumple se produce una serie de efectos muy graves para el deudor. La doctrina ha aceptado desde siempre, sin mayores discrepancias, que tales efectos eran consecuencia de la mora. Pero se ha puesto en duda esta afirmación y se ha llegado a sostener que esos efectos no provienen de la mora sino del simple retardo. La mora, se ha dicho¹², con el componente subjetivo que le es propio (la culpa), "forma parte de una artificiosa regulación" que debería ser desechada, para ubicar en su lugar al retardo, al cual se adjudica relevancia suficiente como para hacer derivar de él las consecuencias que, por tradición, se atribuyen a la mora. Los argumentos de esta tesis pueden ser reseñados así: a) la culpa ha dejado de ser el fundamento de la responsabilidad por incumplimiento ya que ha sido reemplazada por factores objetivos; b) la interpelación ha sido suprimida, quedando reducida a supuestos de excepción.

Estos argumentos no son convincentes, porque: 1º) si bien los factores objetivos han incrementado su importancia, es dudoso que la culpa haya sido *suprimida* como fundamento de responsabilidad por incumplimiento; 2º) si bien la interpelación ha visto reducido su campo de aplicación, continúa siendo para ciertas obligaciones (p.ej. las de plazo tácito) un elemento importante; 3º) por otra parte, la tesis que se rechaza se funda en que la función única y exclusiva de la interpelación es la de constatar la culpa del deudor; no es verdad, la interpelación, como se verá en su momento, cumple otras funciones; 4º) el mero transcurso del tiempo, tal la esencia del retardo, es insuficiente para generar la responsabilidad del deudor; debe existir siempre un *factor de atribución* que justifique esa responsabilidad ».

¹¹ Es importante no confundir el *retardo* con las hipótesis de mora *automática*. En las obligaciones a plazo, por ejemplo, puesto que no es necesaria la interpelación (art. 509, primer párrafo), el mero vencimiento del plazo equivale a mora del deudor. Pero que así sea no significa la consagración del retardo y la devaluación de la mora, pues el deudor no afrontará las consecuencias que se derivan del no cumplimiento por el solo y simple hecho del retardo, sino porque la ley presume que ese retardo le es *imputable* y porque el vencimiento del plazo tuvo el mismo efecto *constitutivo* que la interpelación, ya que es el tiempo el que interpela por el hombre (*dies interpellat pro homine*).

¹² López Cabana, *La demora en el derecho privado*, ps. 11 y 12 del exordio.

¹³ En una de las tantas asambleas de juristas que se celebran, se ha declarado: "En nuestro derecho el simple retraso o retardo (denominado por cierta doctrina extranjera como *retraso relevante*) no tiene existencia jurídica con independencia de la mora. Antes bien, es el elemento objetivo de esta última" {*Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil*, celebradas en Mercedes, Provincia de Buenos Aires en 1983}. De acuerdo con esta conclusión: Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, n° 157, p. 231.

Nada obsta a que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 1197), acuerden que el simple retardo sea suficiente para producir algunas consecuencias propias de la mora, por ejemplo, el funcionamiento de la cláusula resolutoria (art. 1204) o el pago de una cláusula penal (arts. 654 y 655). Pero en tal caso, ya no se tratará de un simple retardo, en el sentido aquí referido, sino de un retardo jurídicamente calificado por voluntad de las partes.

La doctrina suele identificar el simple retardo con las hipótesis de mora *sin interpelación*. A partir de esa premisa, esa doctrina se empeña en alegar y defender la tesis de que el simple retardo produce importantes efectos¹⁴. Claro que los produce, pero no como simple y mero retardo, sino como una especie de mora automática. Aquí no me estoy refiriendo a esa especie de retardo (mora *sin interpelación* o mora automática), sino al retardo que, en tanto transcurso, es sólo uno de los elementos de la situación jurídica de mora; en rigor, me estoy refiriendo al retardo que puede convertirse en situación de mora siempre, claro está, que concurra en la especie un factor de atribución, aunque no sea necesaria la interpelación del acreedor. Distinta es la cuestión cuando se pretende hacer prevalecer el retardo sobre la mora, pero no como una impugnación a la situación jurídica de mora considerada en sí misma, sino procurando demostrar con ello que la inmutabilidad *subjetiva*—fundada en la culpa o en el dolo del obligado—es artificiosa, producto del laboratorio jurídico, irreal e inservible como con exageración se la ha calificado¹⁵.

§ 221. LA IMPUTABILIDAD

Pese a la disputa que hoy reina en la materia, se puede decir sin temor a errar que la doctrina mayoritaria¹⁶ afirma que para que haya mora es menester que el incumplimiento material (retardo) sea *atribuible* a la culpa (*lato sensu*)

¹⁴ Ésa es, por ejemplo, la tesis que defiende Gema Díez-Picazo, *La mora y la responsabilidad contractual*, p. 398, para el derecho español. En el sistema del derecho español, se comprende la preocupación por adjudicarle efectos al "simple retardo", pues allí, si la mora automática no ha sido pactada en el contrato, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora; por consiguiente, supóngase una obligación con plazo cierto de vencimiento en la que no se ha pactado la mora automática; al vencimiento del plazo, si el deudor no cumple y el acreedor no lo interpela, el deudor no estará en mora sino en retardo. Si a "ese" retardo se le quiere adjudicar efectos, como p.ej. el de habilitar al contratante que ha cumplido su obligación para que ejerza la potestad de resolver el contrato ante el retardo del otro, la tesis es aceptable porque con ella, seguramente, se podrán remediar posibles injusticias. Pero en nuestro derecho, esta tesis no es necesaria, ya que estando consagrada la mora automática para las obligaciones a plazo y siendo la interpelación sólo exigible en determinadas hipótesis, el simple retardo al que se refiere Gema Díez-Picazo es aquí directamente mora.

¹⁵ La exageración es de Bueres, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t II, comentario al art. 511, § 1, p. 122.

¹⁶ En la doctrina argentina la tesis que afirma que la mora es una situación "culpable" se im-

del deudor La jurisprudencia, a su turno, también ha consagrado —si se atiende la mayoría de los pronunciamientos— la idea de que la mora es una si-

pone por abrumadora mayoría: Salvat y Galli, *Obligaciones*, t 1, n° 87, p. 103; Lafaille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", vol. I, n° 164, p. 163; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, t 1, p. 123; Busso, *Código Civil*, t III, comentario al art. 509, n° 14, p. 257; Bibiloni, *Anteproyecto*, t. II, comentario al art. 1019, p. 3; De Gásperi y Morello, *Derecho civil*, "Obligaciones", t. U, n° 786, p. 218; Llerena, *Concordancias y comentarios*, t 1, p. 329; L. Segovia, *Código Civil*, t I, nota al art. 511, n° 14, p. 125; Machado, *Exposición y comentario*, t II, comentario al art 513, p. 169; Colmo, *De las obligaciones en general*, nos 95 y 118, ps. 75 y 92; Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. n, § 420, p. 140; Llamb&s, *Obligaciones*, 11, n° 98, p. 125; Greco, *La mora*, p. 479; Moisset de Espanés, *La mora y la reforma*, "J. A.", 1968-V-798; H. Racciatti, *Algunas observaciones sobre la reforma del Código Civil en materia de mora*, "J.A.", 1969-Sec. Doct.-237; J. Carranza, *Reflexiones críticas acerca de la mora*, "Revista del Colegio de Abogados de Córdoba", n°4-1978, p. 33; M. A. Piantoni, *La mora del deudor*, p. 99; Mayo, en Belluscio (dir. Jy Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art 508, n° 3, p. 588, citan°7; Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 191, p. 84; Ramella, *La resolución por incumplimiento*, § 22, p. 69; Gagliardo, *La mora*, p. 19; Verdaguer González, *Consideraciones en tomo a la mora*, "Revista Jurídica" de la Pac. de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, n° 21-1970, p. 236; Colombres Garmendia, *Algo más sobre ja mora automática*, "L.L.", 152-491; IV Congreso Nacional de Derecho Civil, *Actas*, 11, p. 291.

¹⁷ Entre los romanistas no hay discrepancia con respecto a que, en el derecho romano, era necesaria la "culpa" en el obligado para que pudiera configurarse la mora: Maynz, *Curso de derecho romano*, t II, § 179, p. 50; Molitor, *Obligations en droit romain*, 1.1, n° 357; Van Wetter, *Obligaciones*, 11, § 18; Windscheid, *Diritto delle pandette*, t II, § 278. Entre los autores italianos se pronuncian en el mismo sentido: G. Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, t U, n°44, p. 86; J. P. Chironi, *La culpa en el derecho civil moderno*, n° 325, p. 787; R. De Ruggiero, *Instituciones de derecho civil*, t. II, vol. I, p. 140; D. Barbero, *Sistema de derecho privado*, t III, p. 68; R. Miccio, *I diritti di crédito*, vol I, n° 36, p. 179; F. Messineo, *Manual*, t. TV, § 119, p. 331\Trabucchi, *Instituciones de derecho civil*, t. II, n°240, p. 73; L. Barassi, *La teoría gene rale delle obbligazioni*, vol. III, p. 253; E. Valsecchi, *Sul principio dies tnterpellat pro nomine*, en "Rev. Dir. Comm.", vol. LIV, p. 284. En contra, estiman que la mora se configura con el mero retardo: Osti, *Deviazio ni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, en "Riv. Trim. Dir. Proc. Civ." año 1954, p. 593; Cottino, *Vimposibilita sopravvenuta delta prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1953, p. 113. Entre los españoles la tesis culpabilista es mayoritaria: Castán Tobeñas, *Derecho civil español*, t. III, p. 201; J. Puig Peña, *Tratado de derecho civil español*, t IV, vol. I, "Teoría general de la obligación", p. 223; Valverde y Valverde, *Tratado de derecho civil*, t. ni, p. 107; De Diego, *Curso de derecho civil*, t V, "Obligaciones", p. 71; Espín Cánovas, *Manual de derecho civil*, vol. HI p. 204; Albaladejo García, *Instituciones*, 11, "Parte general y obligaciones", p. 574; Santos Briz, *Derecho civil*, l. JE, "Obligaciones", p. 538; Díez-Picazo y Guitón, *Sistema de derecho civil*, t. II, n° 13, p. 156; Cano, *La mora*, p. 27; J. Cardenal Fernández, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, p. 55; F. Soto Nieto, *El caso fortuito y lafiuna mayor (Los riesgos en la contratación)*, p. 110. Una ubicación particular merece la opinión de J. Puig Brutau: si bien de lege Joto reconoce que la mora no se configura sin culpa del deudor, propicia, de legeferenda, la posibilidad de prescindir del aludido elemento subjetivo: *Fundamentos del derecho civil*, 11, vol. D, p. 427. En Francia, late-sis culpabilista es también mayoritaria: Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, 1.1, n° 468, p. 495; R. Demogue, *Des obligations*, t VI. n' 231, p. 250; Saleilles, *Obligations*, n° 29, p. 26; L. Josserand, *Derecho civil*, t. n, vol. I, "Obligaciones", n° 618, p. 496; J. Carbonnier, *Derecho civil*, t. n, vol. II, "Obligaciones", p. 300. Para el derecho alemán: Enneccerus y Lehmann,

tuación *culpable*¹⁸. Esa misma doctrina y jurisprudencia sostiene que, por excepción, para que un deudor deba soportar las derivaciones de la mora, sin haber obrado con culpa, es necesario que la ley haya previsto un *factor objetivo* que permita atribuirle esas consecuencias con prescindencia del obrar culpable. El retardo, pues, debe —*siempre*— ser imputable al deudor, sea a título de dolo o culpa, sea en virtud de un factor objetivo. El retardo no imputable no impone responsabilidad (doctrina del art. 509, *in fine*).

La cuestión se ha de centrar, en consecuencia, en el estudio del "factor de atribución". Nadie podría dejar de estar de acuerdo, en efecto, en que el retardo o mero transcurso del tiempo sólo traerá consecuencias para el deudor, si ese retardo le es jurídicamente imputable. Pero la discusión se toma en apariencia inconciliable cuando se trata de determinar a título de qué habrá que hacerse esa imputación. Quieren unos que esa imputación sea sólo y exclusivamente objetiva —quieren otros que esa imputación sea subjetiva, que se haga en razón de la culpabilidad del obligado *— En razón del método adoptado, esta cuestión deberá ser encarada en otro lugar²¹; por ahora, baste con señalar que, a mi juicio, la responsabilidad llamada contractual, de la cual la mora es uno de sus presupuestos, reconoce como *principio general* la imputabilidad subjetiva, de la que no se puede prescindir si de valorar conductas humanas se trata, sin que esta afirmación sea desmentida por el régimen de la carga de la prueba; es decir, que el acreedor esté dispensado de probar la culpa del deudor y que éste sólo pueda liberarse acreditando la concurrencia de una *causa ajena*²² no significa, como

Tratado de derecho civil t. U, vol. L "Obligaciones", § 51, p. 257; K. Larenz, *Derecho de obligaciones*, t. L 5 22, p. 339; J. W. Hedemann, *Tratado de derecho cMl*, vol. JE, "Obligaciones", § 21, II, p. 178. Entre los autores brasileños cabe mencionar a Clóvis Bevilacqua, *Código Civil*, I IL comentario al art 955, n° 1, p. 90; Caio M. da Silva Pereira, *Institug SedesdireitocMl*, vol. IL n° 171, p. 268; Orlando Gomes, *Obrigacdes*, p. 203. La fórmula culpabilista halará como se comprueba en el B.G.B. (§ 285), y en el Cód. Civil italiano de 1942 (art 1218).

¹⁸ C.N.Civ., Sala E, "L.L.", 104-497; *idem*. Sala F, "L.L.", 110-394; *idem*, Sala B, "L.L.", 1975-B-622; *idem*. Sala A, "ED.", 62-161; Cám. Civ. y Com. Córdoba en pleno, 15/12/1977, "J.A.", 1978-11-377; C.N.Civ., Sala F, 26/6/1865, "L.L.", 1987-A-67; CN.Cora., Sala A, 23/12/1986, "LJL", 1987-B-507; C.SJ.N., 7/5/1987, "L.L.", 1987-B-1353. Es más, la culpabilidad del moroso es ponderada no sólo para calificarlo como tal, sino también para morigerar las sanciones que habrá de imponérsele: C.N.Civ., Sala A, 30/6/1988, "J. A.", 1989-11-148.

¹⁹ Sostienen la tesis objetivista extrema, entre otros: Bueres, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t II, comentario al art 511, 8 1, p. 122; López Cabana, *La demora en el derecho privado*, ps. 11 y 12 del *exordio*; en el derecho español*, Gema Díez-Picazo, *La mora y la responsabilidad contractual*, ps. 415 y ss.

²⁰ Ver citas contenidas en las notas 16, 17 y 18 precedentes.

²¹ La cuestión será abordada en profundidad en el tomo tercero de esta obra, que estará dedicado a la teoría general de la responsabilidad civil.

²² En otro lugar (*Tratado de la mora*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, § 54 bis) se demostró que la prueba de la *causa ajena* por parte del deudor implica, necesariamente, probar que obró sin culpa. De allí que sea posible afirmar que causa ajena = no culpa.

se afirma obsesivamente, que el elemento "culpa" haya dejado de ser importante para el derecho de las obligaciones. Es innegable y saludable incluso que los factores objetivos de atribución de responsabilidad, riesgo creado, obligación de seguridad, etc., hayan incrementado su importancia a esta altura de la historia de la humanidad; pero ello no autoriza a los corifeos de la responsabilidad objetiva a descalificar la culpa en términos tan absolutos como se pretende. ¿O es que acaso, en el futuro, la culpabilidad de los hombres dejará de ser objeto de valoración en el derecho de las obligaciones?

En el derecho italiano, si bien se dice que la corriente doctrinal dirigida a dar un fundamento subjetivo a la responsabilidad debitoria es "francamente minoritaria"²³, se termina reconociendo que esa minoría ha ejercido decisiva, notable y permanente influencia en las aplicaciones prácticas "porque a menudo en las sentencias se encuentra un eco de la tesis según la cual la culpa es el fundamento de la responsabilidad y sólo el incumplimiento culposo, o bien imputable, es fuente de responsabilidad del deudor"²⁴.

En el marco de la llamada "crisis de la culpa"²⁵ se ha sostenido que después de la reforma del año 1968, el factor atributivo de responsabilidad por mora no es la culpa, sino uno de carácter objetivo: el riesgo creado²⁶. Esta tesis se funda, en síntesis, en los siguientes argumentos: a) afirma que la interpelación tiene por única finalidad la de desnudar la culpa del deudor, porque cuando éste no ofrece una respuesta satisfactoria al acreedor que lo interpeló, está poniendo en evidencia su culpabilidad; b) luego, si el legislador ha suprimido la interpelación para las obligaciones con plazo (art 509, primer párrafo), concluye que la culpa del deudor es irrelevante, desde que a la ley ya no le interesa que pueda ofrecer una *disculpa*; el mero vencimiento determina su responsabilidad; c) por último, alega que si bien la ley permite al deudor liberarse probando que el retardo no le es imputable (art. 509, *infine*), de nada le valdrá probar su *no culpa*, pues ésta no se cuenta entre las eximentes. Se afirma, en suma, que el deudor debe probar la ocurrencia de algún suceso que interrumpa el nexo de causalidad como, por ejemplo, la culpa de la víctima (que en este caso sería el propio acreedor), la culpa de un tercero o la ocurrencia de un caso fortuito. —

Este alegato no es convincente. Para afirmarlo, se invocan los siguientes fundamentos:

²³ Si bien minoría, nótese la jerarquía de esa minoría: Bettí, Messineo, Barbero, Candian, Scuto, Biancá, Branca, Bessone, citados por Giovanna Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil*, 1.1, § 13, p. 134, cita n° 87, traducción de Kemelmajer de Carlucci.

²⁴ Tal lo afirmado por Giovanna Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil*, 11, § 13, p. 135.

²⁵ Cierta corriente de opinión sostiene que la culpa "está en crisis" para postular, a partir de allí, su supresión como fundamento de responsabilidad y su reemplazo por factores objetivos.

²⁶ Esta tesis fue expuesta por J. Mosset Iturraspe, *Imputabilidad de la mora. La mora en las obligaciones "cercabili"*, en "L.L.", 1982-A-Sec. Doct-717.

1º) Según la tesis que se rechaza, en las obligaciones a plazo el factor atributivo de responsabilidad ha dejado de ser la culpa, como consecuencia de haberse suprimido el recaudo de la interpelación. Pero que la interpelación haya sido suprimida no significa la consagración de la mora *objetiva* (sin culpa), pues ello supone adjudicar a la interpelación una función exclusiva: constatar la culpa del deudor.

2º) Ocurre, sin embargo, que la interpelación no cumple esa única función. En efecto, ella no sólo sirve para hacer conocer al deudor cuándo debe cumplir, sino también cómo, y especialmente, para hacerle saber que el acreedor está dispuesto a recibir el objeto de la prestación o que está dispuesto a realizar los actos necesarios de cooperación que faciliten el cumplimiento. El legislador del año 1968 (que dictó la ley 17.711) pudo entender que era innecesario mantener esta carga formal, desde que bien se puede presumir que el deudor debe saber que el acreedor está dispuesto a recibir lo que se le debe al tiempo de vencer el plazo. Pero ello no significa que, sin más, se deba descartar la culpa como factor atributivo de responsabilidad.

3º) En las hipótesis en que aún subsiste la necesidad de interpelar, como ocurre con las obligaciones dotadas de plazo tácito (previstas en el segundo párrafo del art. 509), bien se ve que la función de la interpelación no es dejar al descubierto la culpa del deudor, sino lo contrario: evitar que éste sea víctima de la audacia de su acreedor. Precisamente aquí sería posible la existencia de una mora *ex persona* (con interpelación), pero de tono *objetivo* (aun sin culpa del deudor). Para ello, bastaría que el legislador dispusiera que en tales obligaciones el deudor interpelado es responsable, pudiendo eximirse únicamente probando la ruptura del nexo de causalidad²⁷. La interpelación, en este caso, cumple la función de determinar el tiempo de pago, indicando que ese tiempo ha llegado, y no tiene incidencia alguna sobre el aspecto subjetivo.

4º) Con respecto a la afirmación de que entre las eximentes que autoriza el último párrafo del art. 509 no se cuenta la *no culpa*, cabe replicar a) se olvida que en nuestro derecho continúa vigente el art. 1107 y sus límites; en la llamada órbita contractual no existe un texto que establezca el carácter objetivo de la responsabilidad por incumplimiento; al contrario, la regla del art. 512 (que consagra la culpa) no fue desplazada por la reforma del año 1968; b) pero aun si se unificara el sistema de responsabilidad civil, no es seguro que vaya a estable-

²⁷ Cfr. R. Demogue, *Des obligations*, t VI, n° 12, p. 17; Ravazzoni, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1957, p. 13; Montel, *Mora del debitore*, Padova, 1930, p. 268; E. Valsecchi, *Sulla Uliceitánell'adempimento*, en "Studi in onore di Alberto Asquini", Padova, 1965, p. 2058.

²⁸

Es así, porque como lo reconocen los propios detractores de la culpa, la imputación objetiva —a falta de acuerdo de las partes— sólo puede provenir de la ley. "La subjetividad u objetividad —dice Bueres— que califica jurídicamente el retraso dimana de la ley". Bueres, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t U, comentario al art. 511, § 1, P- 123.

cerse una mora sin culpa. Lo demuestran tanto el Proyecto de Unificación de 1987 —finalmente vetado— como, y muy especialmente, el Proyecto de 1998; en el primero, Proyecto de 1987, si bien se propone unificar el sistema de responsabilidad, se concede al deudor, expresamente, la posibilidad de liberarse probando que incumplió *sin culpa*, según se desprende del segundo párrafo del art. 514 de ese Proyecto; en el segundo, Proyecto de 1968, que también propone unificar ambas órbitas de responsabilidad, se menciona expresamente que "a falta de norma legal, o de estipulación de partes, el factor de atribución es la culpa" (art. 1602, *in fine*); c) por último, ya se vio que la sola supresión de la interpelación es insuficiente para fundar un sistema de mora objetiva, máxime manteniéndose vigente el art. 512; de allí se sigue que si bien ea las obligaciones a plazo no es necesaria la interpelación, sí lo es, en principio, la culpa del deudor. Por lo demás, lo dicho no significa desconocer que en ciertos supuestos específicos la responsabilidad es objetiva, como se verá en su momento.

La tesis que pretende negar toda importancia a la culpa —o, al menos, reducirla a poco o nada— basa su argumentación en la afirmación de que el deudor no se libera probando su no culpa. Se dice: "Si, en efecto, estamos todos de acuerdo en que probada la exigibilidad del deber no cabe al deudor la posibilidad de demostrar su ausencia de culpa, la responsabilidad será objetiva, pues sólo interesa la conducta eficaz, con independencia de que el sujeto haya obrado con culpa o sin ella" TM. Pero, he ahí el error: no todos estamos de acuerdo con la afirmación de que el deudor no se libera probando su no culpa sin antes, por lo menos, ponernos de acuerdo sobre qué es aquello de que el deudor puede o no liberarse probando su no culpa. Estamos de acuerdo, por una parte, en que la prueba de la no culpa no libera al deudor de la obligación que ha contraído, pues, en efecto, él continúa obligado a cumplirla; pero, por otra parte, también debe admitirse que si prueba que obró sin culpa, esa prueba lo libera de responsabilidad por mora. La distinción es importante: una cosa es que continúe obligado a cumplir y otra que tenga la responsabilidad por mora. Por ello, cuando se afirma que la prueba de la no culpa libera al deudor, debe entenderse que lo libera de responsabilidad por mora, pero permanece obligado a cumplir la obligación. En otros términos, debe cumplir la obligación, pero no está obligado a hacerse cargo de los accesorios de la mora. En nuestro derecho, el régimen previsto para las obligaciones de dar (arts. 578, 579, 580, 581, siguientes y concordantes) brinda una prueba suficiente para fundar esta afirmación.

5°) El problema se plantea, en principio, sólo en las obligaciones de resultados —pues en las de medios se admite que el factor de atribución es la culpa— y exige distinguir, como se dijo, *de qué* no puede liberarse y *de qué* sí podría liberarse el deudor aportando la prueba de haber obrado sin culpa. Piénsese, por

²⁹ Buercs,enBueres(dñ\y)Hightcm(co^
ps. 121/122.

511, § 1,

ejemplo, en el vendedor de una cosa cierta »; este vendedor *a*) es deudor de la obligación de entregar la cosa; a ésta la identificaremos como obligación "de cumplir *in natura*"', *b*) podría llegar a ser deudor de los daños que un eventual incumplimiento temporario si provocase en el patrimonio del acreedor, hipótesis que se individualizará como obligación "de reparar el daño moratorio". Si no se parte de esta necesaria distinción, la conclusión que se obtenga será equívoca o errónea³².

Así:

a) Respecto de la obligación de *entregar la cosa* es cierto que, producido el incumplimiento, el vendedor no se liberará, no se desobligará, probando que fue diligente o que obró *sin culpa*. Aquí, la cuestión relativa a la culpa o no culpa del vendedor carece de relevancia. Si llegado el día en que la cosa debía ser entregada, el vendedor no cumple, pero el cumplimiento tardío es todavía posible y útil, ese vendedor *continúa* obligado a entregar aunque ninguna culpa tenga en el incumplimiento. Es más: pese a que el incumplimiento se deba a caso fortuito, o a una imposibilidad de pago *transitoria*, el vendedor estará obligado a cumplir una vez superado el obstáculo. Es así, porque el vendedor está obligado a entregar la cosa *en razón* del contrato que ha celebrado, sin que sea necesario que, además, haya incurrido en culpa. Es bien claro que si la cosa ya era debida en razón del contrato, ¿acaso es necesario que el vendedor sea, además, culpable de no haberla entregado para afirmar que está obligado a hacerlo?³³. No se trata aquí de un caso de *responsabilidad por daños causados por la mora*, porque esta obligación de indemnizar requiere de determinados requisitos (daño, relación de causalidad y factor de atribución), sino solamente de

³⁰ "...en la venta, el comprador quierejEvenir propietario, y no que el vendedor haga lo posible por transferirle la propiedad...;" por eso la obligación de entiegear la cosa vendida es de resultado. Le Toumeau, Philippe, *La responsabilidad civil profesional*, p. 28.

³¹ Cuando el deudor incurre en mora se advierte, nítida, la diferencia entre la obligación de cumplir *in natura* —que, por hipótesis, es todavía posible y útil— y la de reparar el daño moratorio, si lo hubiere. Los partidarios de la teoría objetiva pretenden que también en caso de mora el factor de atribución es objetivo, fundado en el riesgo, la garantía, el deber de seguridad, etc.; por ejemplo, para Pizarra el factor objetivo está dado por el deber de garantía o el riesgo creado, según los casos (PEZARRO, Daniel R., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, t. III, p. 255) y para Agoglia, Boragina y Meza ese factor es el deber de seguridad (Agoglia, María M., Boragina, Juan C. y Meza, Jorge A., *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, § 28, ps. 149 y ss.). Pero si esta afirmación de los objenvistas fuera correcta, debieran admitir que, por aplicación de la última parte del art. 509, el deudor se podría liberar de las consecuencias de la mora "probando que no le es imputable" es decir, probando que no asumió el riesgo, o que no debe garantía ni seguridad; sin embargo, esta misma doctrina dice que la única manera de liberarse que tiene el deudor es probando la causa ajena o el caso fortuito, pero estas eximentes no operan sobre el factor de atribución, sino sobre la relación de causalidad.

³² Cfr. Jordano Fraga, Francisco, *Responsabilidad contractual*, p. 40 y ss., Civitas, Madrid, 1987.

³³ Cfr. Larenz, K, *Derecho de obligaciones*, 11, p. 280 y siguientes.

cumplir con lo que se incumplió, esto es, de cumplir en especie o *in natura* la obligación nacida del contrato celebrado.

Por no efectuar el-distingo entré obligación *in natura* y obligación de reparar los daños moratorios, se toma equívoca la afirmación de los objetivistas según la cual "probado el incumplimiento, el deudor sólo se libera acreditando el caso fortuito"; es equívoca, porque en rigor, en caso de retardo (incumplimiento objetivo) ni el *casus* —cuando da lugar a un impedimento transitorio— libera al deudor de la obligación contraída. Esto es, el *casus* funciona en esta hipótesis como un eximente de responsabilidad por daño monitorio, pero no desobliga al deudor del deber de cumplir *in natura*, es decir, sin las acrecidas de la mora.

b) Respecto de la obligación de reparar el daño moratorio, su consideración requiere de un análisis distinto, pues son otros los requisitos a examinar. Por empezar, si bien ingresamos en terreno opinable, los autores que abrazan la teoría objetiva afirman que si el deudor de una obligación de resultado incurre en mora, el factor por el que se le atribuye responsabilidad es también objetivo, fundado en el riesgo o en el deber de seguridad; a partir de tal premisa, esos mismos autores aseveran que para exonerarse de responsabilidad —estando descartada la culpa como elemento imputativo—, el deudor deberá probar una causa ajena o el caso fortuito ³⁴. Sin embargo, si se ha reconocido que la mora es una situación imputable y se aseguró que el factor de atribución es objetivo, el deudor debe poder exonerarse acreditando que ese factor objetivo *no existe*, es decir, que no asumió el riesgo del contrato o que no le aseguró al acreedor la indemnización de daños, defensa que los objetivistas parecen negarle al limitar la posibilidad de exonerarse a la prueba del caso fortuito (*latro sensu*).

§ 222. CONSTITUCIÓN EN MORA. LA INTERPELACIÓN

a) Terminología

Son necesarias dos aclaraciones:

1°) Se suelen utilizar como sinónimos las expresiones *constitución en mora* e *interpelación*. Sin embargo, media entre ellas una relación de género a especie; mientras que con la primera se alude a las diferentes formas por las que el deudor puede quedar incurso en mora, por la segunda se designa una de aquellas formas en particular: la que se concreta mediante la actuación del acreedor (*interpellatio*). Tal la terminología que surge de nuestro Código Civil; en nu-

³⁴ Bueres, *Responsabilidad objetiva contractual*, en "Derecho de daños", p. 39. Hammurabi, Bs. As., 2001 y *Responsabilidad civil del escribano*, p. 62 y ss., Hammurabi, Bs. As., 1984; Pizarro, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, t W, p. 256.

meras disposiciones se condiciona la sanción a la previa *constitución en mora* del obligado, expresión a la que el legislador le acuerda un sentido general y amplí6iéstteetr, Tio-sé refiere a una forma determinada, sino a cualquier modo constitutivo de la situación de mora (v.gr. arts. 647,655,710,889,892,1322, 1833,1849,1850, etc.); la ley exige que el deudor esté constituido en mora, sin importar que ésta se produzca con o sin la intervención del acreedor. En cambio, cuando el legislador debió exigir la interpelación, como forma específica, no pudo menos que incluir en el texto del artículo respectivo la misma palabra o una equivalente³⁵.

2°) También se suelen usar como sinónimos los términos requerimiento, interpelación e intimación 3«.

Según el sistema de nuestro Código, de las formas de constitución en mora la interpelación es, sin dudarlo, la más importante.

b) Interpelación. Concepto y caracteres

La interpelación puede ser definida como "la declaración unilateral de voluntad, no formal y recepticia por la que el acreedor puede reclamar categóricamente de su deudor el cumplimiento de la prestación y en cuya virtud la ley determina, como consecuencia jurídica, aunque no haya sido querida por el acreedor, la constitución en mora del deudor". Se caracteriza por ser.

1°) Una declaración de voluntad. Se aplican, al respecto, las reglas generales.

2°) Unilateral³⁷. Para su perfeccionamiento no es necesaria la concurrencia de la voluntad del deudor, basta la declaración del acreedor.

³⁵ Sobre la terminología: J. Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, a" 195, p. 85; Gagliardo, *La mora*, p. 15; Borda, *La reforma de 1968al Código Civil*, Perrot, Buenos Aires, 1971, n" 207, p. 299.

³⁶ Otros autores le asignan distinta significación a cada término. Así, Cano, por ejemplo (*La mora*, ps. 57 y 58), dice: "El requerimiento o interpelación consiste en una declaración de voluntad, no formal pero sí inequívoca, de la terminación de la tolerancia respecto del retraso, dirigida al deudor para que la conozca En la intimación, en cambio, debe observarse el resultado de la interpelación, pues consiste en el conocimiento del deudor de la exigencia de cumplimiento de la obligación".

Cabe destacar, en este punto, la opinión de Carbonnier, para quien la interpelación sería una especie de acto bilateral. En efecto, este autor distingue, por un lado, "el acto jurídico unilateral del acreedor, y por otro lado —dice— se da el comportamiento de persistente abstención del deudor, que, tal vez, constituya una contravención diferente del incumplimiento anterior. Cabe integrar ambas situaciones y suponer, concluye Carbonnier, que entre el acreedor interpelante y el deudor interpelado, existe una tácita convención de que nazcan los nuevos efectos, representados por la carga de los riesgos y la producción de los intereses moratorios": J. Carbonnier, *Derecho civil*, t n, vol. II, "Obligaciones", p. 611, letra a Com.: CN.Com., Sala C, 31/8/1984, "E.D.", 117-650 (en este fallo se dijo que para que haya mora, a la inejecución "debe sumarse un estado de conciencia compartida entre deudor y acreedor, con arreglo al cual ambos saben o debieran saber que el retraso del primero no es tolerado por el último").

3°) Recepticia. Está incluida en la categoría de actos que las doctrinas italiana y alemana denominan *participaciones o reclamaciones*³⁸, a los que se caracteriza como declaraciones destinadas a ser conocidas por sus destinatarios, pero que producen efectos desde que son *receptadas* por ellos. La interpelación dirigida al deudor los produce desde que el reclamo ingresa en el ámbito de su dominio, pues cuando ello ocurre aquél está en condiciones de tomar conocimiento de la intimación o sólo de él depende conocerla³⁹.

4°) No formal. No está sujeta a forma ni solemnidad alguna. Impera el principio de libertad en la elección de la forma.

5°) Es un derecho potestativo del acreedor⁴⁰. Lo es, por lo siguiente: a) se trata de una *facultad* que tiene el acreedor y que en consecuencia puede dejar de utilizar⁴¹; no es forzoso que el acreedor interpele; b) si bien depende de su exclusiva voluntad, está destinada a modificar una situación jurídica *ajena*; trátase de un derecho potestativo *modificativo*⁴².

6°) Comporta una exigencia categórica de cumplimiento. La interpelación implica una declaración de voluntad *expresa, positiva, concluyente, inequívoca y coercitiva*, por la cual el acreedor reclama de su deudor el cumplimiento de la obligación ➤. Cabe enfatizar tres puntos: o) se dice que debe ser

Pero las anteriores pueden computarse como opiniones aisladas, pues la mayoría de los autores no duda del carácter unilateral de la interpelación: Cano, *La mora*, ps. 57 y 59; Busso, *Código Civil*, t. III, comentario al art. 509, n° 29, p. 259; Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 106, p. 137; J. Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 225, p. 97; M. A. Piantoni, *La mora del deudor*, p. 132.

³⁸ Cfr. Santoro Passarelli, *Doctrinas generales del derecho civil*, n° 21, p. 117; Enneccerus y Nipperdey, *Derecho civil*, 1.1, vol. II, "Parte general", § 128, p. 12.

³⁹ Es opinión unánime: Hernández Gil, *la intimación del acreedor en la mora ex persona*, en "A.D.C.", XV, n° 2, año 1962, ps. 331/364; Albaladejo García, *Instituciones*, I, "Partegeneral y obligaciones", p. 575. La jurisprudencia ha enunciado reiteradamente el carácter recepticio de la interpelación: CN.Civ., Sala A, "L.L.", 1975-A-563; C.Fed. Paraná, "J.A.", 12-1971-840. En tal sentido se ha resuelto que los despachos telegráficos devueltos por ser *desconocido* el destinatario, carecen de validez para constituir en mora, pues tratándose de una declaración recepticia sólo produce efectos a partir del momento en que llega o puede llegar a conocimiento del destinatario: CN.Civ., Sala F, "E.D.", 41-798.

⁴⁰ De acuerdo: J. Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 225, p. 97; Busso, *Código Civil*, t. III, comentario al art. 509, n° 30, p. 259; Llambías, *Obligaciones*, t. I, n° 106, p. 137; M. A. Piantoni, *La mora del deudor*, p. 133.

⁴¹ Los efectos de la mora están establecidos en interés del acreedor, quien es libre de hacerlos valer o no y aun de renunciarlos: CN.Civ., Sala G, 6/5/1985, "E.D.", 115-531.

⁴² Para un concepto de derecho potestativo *modificativo*: Messina, *Diritù potestativa* en "Nuovo Diggesto Italiano", t. IV, p. 873.

⁴³ Cfr. G. Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, t. II, n° 51, p. 92; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 92, p. 73; Salvat y Galli, *Obligaciones*, 1.1, n° 89, p. 104, etc. Lo que interesa, en suma, es que la interpelación exteriorice de manera indudable el propósito del acreedor de obtener el pago, sin que para ello deba emplear términos sacramentales: CN.Civ. y Com. Fed., Sala I, 31/3/1989, "J.A.", 1989-III-síntesis.

expresa y positiva para descartar la forma tácita; la exigencia debe ser terminante y precisa, y para ello es menester que la voluntad se manifieste por medios concretos, directos, y no que resulte inducida por hechos o circunstancias que permitirían presumir, indirecta o tácitamente, su existencia **; b) se sostiene que debe ser concluyente e inequívoca para significar qué ella no es un ruego ni una invitación, sino una exigencia terminante y categórica de pago⁴⁴. El reclamo debe ser indubitado, es decir, no deben quedar dudas en el deudor de que se le está reclamando el cumplimiento; c) por último, se afirma que debe ser coercitiva, para poner de relieve que el reclamo debe llevar explícita una advertencia al deudor: si no cumple puede ser competido a hacerlo por la fuerza.

c) *Naturaleza jurídica*

1) La interpelación como "acto semejante" aun negocio jurídico. — La interpelación⁴⁵ pertenece al género de los actos voluntarios lícitos. Pero como éstos se bifurcan en dos clases: los actos o negocios jurídicos del art 944 y los simples actos lícitos del art. 899, es necesario ubicar a la interpelación en alguna de esas especies.

Por sus características, el acto interpositorio constituye una categoría especial dentro de los simples actos⁴⁷. Es, en rigor, un acto "semejante" a un negocio jurídico o, si se quiere, es *más* que un simple acto pero *menos* que un negocio jurídico.

En efecto, dentro de la extensa gama de simples actos⁴⁸, se destacan aquellos que la doctrina denomina "actos semejantes" a los negocios jurídicos; pues

⁴⁴ En particular: J. Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 225, p. 97; A. Ramella, *La resolución por incumplimiento* p. 104. Así, si la carta documento no contiene una intimación concreta de pago ni indica suma alguna, no es idónea para constituir en mora: CN.Civ. y Com. Fed., Sala III, 30/6/1987, "J.A.", 1988-U-síntesis.

⁴⁵ En particular: Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 91, p. 74; Busso, *Código Civil*, t. IU, comentario al art. 509, n° 37, p. 260; G. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 56, etc. Sobre este tópico, la Corte Suprema resolvió que "la reclamación formulada al efectuarse el pago al Fisco, sólo expresa disconformidad con la obligación ingresada, pero no constituye un requerimiento inequívoco de devolución de lo ingresado, por lo que carece de efectos en orden a la constitución en mora". C.S.J.N., 17/2/1987, "J.A.", 1988-1-580.

⁴⁶ Para evitar equívocos, cabe aclarar que en adelante y hasta concluir lo concerniente a la naturaleza jurídica de la interpelación, a los actos jurídicos del art. 944 se los denominará *negocios jurídicos*.

⁴⁷ Cfr. Enneccerus y Nipperdey, *Derecho civil*, 1.1, vol. I, "Parte general", t. IV, § 128, p. 12; Santero Passarelli, *Doctrinas generales del derecho civil*, n° 21, ps. 115/116; Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, n° 12; Coviello, *Doctrina general del derecho civil*, n° 101, p. 344; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, comentario al art 899, p. 67. La tesis que afirma que la interpelación es un simple acto lícito ha sido compartida por Compagnucci de Caso, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art. 508, § 2, p. 109.

⁴⁸ "...Dentro de este vasto territorio, especie de bolsa vacía, pueden quedar incluidos los ac-

bien, la declaración interpelatoria puede ser considerada como un acto de esta especie. El aserto se comprueba mediante dos proposiciones: ____

1 °) En primer lugar cabe demostrar por qué la interpelación constituye una categoría especial de simple acto. Conforme se interpreta el art 899, los simples actos producen determinados efectos jurídicos aun cuando las partes sólo hayan buscado un resultado material y no hubieren perseguido *ninguna finalidad jurídica* al realizarlos; los actos "semejantes" a los negocios, en cambio, requieren del agente una voluntad *encaminada* a un fin jurídico determinado y se caracterizan porque la ley hace derivar de ellos determinados efectos, que no coinciden con los queridos por el agente; es decir, la ley desencadena esas consecuencias, las haya querido o no el declarante. Esto es así porque en el acto "semejante" al negocio se producen los efectos que la norma prescribe, si la parte lo ha realizado con *un fin determinado*, que la ley considera suficiente para otorgarle otro efecto *distinto-del* inmediatamente perseguido por el agente⁴⁹. Manifestada por el acreedor la intención de percibir el crédito, la ley, estimándola relevante, le adscribe efectos jurídicos distintos: considera al deudor constituido en mora. Cuando la ley subordina el estado de mora a la previa interpelación, sólo está exigiendo que el acreedor reclame el pago; es decir, *es suficiente que el acreedor manifieste su voluntad de obtener el cumplimiento*, para que el deudor quede, en virtud exclusiva de la ley y no de aquella declaración, incurso en mora y sancionado a soportar sus consecuencias. No es necesario que el acreedor quiera que se produzcan los efectos de la mora, es suficiente que reclame el pago.

2°) Como quedó dicho, la interpelación es más que un simple acto lícito, pero no llega a identificarse con el negocio jurídico; es sólo un acto semejante a él. ¿En qué se diferencian?⁵⁰. La diferencia resultará del concepto que se ten-

tos de naturaleza más dispar": A. Orgaz, *Hechos y actos jurídicos*, p. 20. La interpelación está situada dentro del *vasto territorio* de los simples actos lícitos; si bien forma parte de una categoría especial de simples actos, ¿con qué denominación hemos de identificarla? Orgaz advierte que ni la ley ni la doctrina le han prestado demasiada atención a esta categoría, "al punto, dice, que ni siquiera tiene denominación técnica propia". Para salvar este defecto —y atendiendo a la similitud que se observa entre la declaración interpelatoria y el negocio jurídico— la doctrina de los autores alemanes denomina a la primera acto o declaración *semejante* al negocio jurídico. El adjetivo *semejante* sirve para destacar que *no* es un negocio: Enneccerus y Lehmann, *Tratado de derecho civil*, t. II vol. I, "Obligaciones", p. 258; K. Larenz, *Derecho de obligaciones*, 11, p. 341.

En contra, afirma que el requerimiento debe ser considerado como una "declaración de voluntad negocial", J. W. Hedemann, *Tratado de derecho civil*, vol. HL "Obligaciones", p. 178, letra c.

⁴⁹ Cfr. Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, t L comentario al art. 899, p. 71.

⁵⁰ Se han sustentado distintos criterios: a) según una opinión (Enneccerus y Nipperdey, *Tratado de derecho civil*, 1.1, vol. II, "Parte general", § 128, p. 11; Santoro Passarelù, *Doctrinas generales del derecho civil*, n° 21, p. 117), mientras en los negocios jurídicos los efectos son una consecuencia directa de la voluntad del agente —*ex voluntate*—, en los actos "semejantes" las consecuencias de derecho derivan, no de la voluntad, sino de la ley —*ex lege*—; b) según otra opi-

ga de *negocio jurídico*: si por tal se entiende sólo ese tipo de acto voluntario lícito por el cual las partes regulan sus relaciones jurídicas (*lato sensu*), debe admitirse que también *los efectos* de esos actos quedan sometidos a la regulación que las partes quieran darle conforme a la autonomía de la voluntad, pudiendo, incluso, apartarse de la ley. Y, siendo así, la interpelación constitutiva de la mora no es un negocio, porque sus consecuencias no dependen ni se regulan por el querer del interpelante, sino exclusivamente por la ley, con prescindencia de la voluntad individual⁵¹.

En definitiva, por su naturaleza, la interpelación constituye un acto "semejante" a un negocio jurídico (art. 944)⁵².

II) Importancia práctica. — La discusión en torno a la naturaleza jurídica de la interpelación tiene importancia práctica con relación a diversas cuestiones.

1°) En lo que atañe a la *capacidad*, tratándose de una declaración semejante a un acto jurídico, estará sometida —por analogía— a las mismas reglas que rigen a éste; en consecuencia, cabe afirmar que para formular una declaración interpelativa válida, el sujeto debe tener capacidad de obrar, con excepción de los incapaces del art. 55 del Cód. Civil (menores adultos) 53.

2°) Como consecuencia de su naturaleza, la eficacia de la interpelación no depende de que se cumpla la voluntad del acreedor, pues los efectos que la ley le adscribe se producen aun contra la voluntad de éste. Es decir, el acreedor que interpela provoca la mora de su deudor, aun cuando lo único que buscaba, al efectuar el reclamo, era obtener el pago y no *agravar* la situación del interpelado s⁴.

nión (L. Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, n° 11), para la configuración del negocio es imprescindible que lo querido por la voluntad del agente sea congruente o coherente con la consecuencia jurídica buscada; por el contrario, en los actos "semejantes" es indiferente que el sujeto, al declarar su voluntad, quiera o no la obtención de los efectos jurídicos que la ley *añade* a aquella manifestación de voluntad.

⁵¹ De allí el acierto en las palabras de Brebbia: "Cuando el acreedor requiere el cumplimiento de la obligación al deudor, no pretende regular sus relaciones con él sino simplemente persigue la finalidad de obtener la prestación que se le debe. Ahora bien —añade—, la ley adjudica a ese propósito, evidenciado mediante el requerimiento, un efecto que se produce aunque no haya sido querido realmente por el acreedor la constitución en mora", en *Hechos y actos jurídicos*, 11, comentario al art. 899, p. 70.

⁵² De acuerdo, A. Orgaz, *Hechos y actos jurídicos*, p. 27, nota n° 1.

⁵³ La interpelación efectuada por un menor adulto (art. 55, Cód. Civil) puede ser considerada eficaz desde que tal declaración tiende a *favorecerlo*. De acuerdo: Enneccerus y Lehmann, *Tratado de derecho civil*, t. II, vol. I, "Obligaciones", § 51, II, p. 258; M. A. Piantoni, *La mora del deudor*, p. 133.

⁵⁴ No es ésta una cuestión puramente teórica. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto de solidaridad activa: cuando uno de los acreedores, sin la intención de poner al deudor en mora, formula un reclamo de pago, y luego pretende defenderlo arguyendo que su voluntad no estuvo dirigida a provocar la mora. Va de suyo que él puede renunciar a sus derechos, pero la interpelación será plenamente eficaz y válida y ella aprovechará a los otros coacreedores.

d) Los sujetos

¿Quién puede validamente interpelar? ¿A quién debe ser dirigida la interpelación?

I) *Sujeto activo*. — La interpelación debe partir, en principio, del acreedor. En su lugar, puede hacerlo un representante, legal o voluntario. ¿Es menester que el mandatario se encuentre investido de poder especial? Según pienso, no es necesario que el mandatario invoque poder especial⁵⁵, pues si él está obligado a tomar todas las medidas que las circunstancias aconsejen para conservar el crédito, en resguardo de los derechos de su mandante (doctrina de los arts. 1905, 1906, 1916, etc.), no cabe dudar de que está obligado y autorizado a formular las interpelaciones que sean necesarias; en todo caso, podrá invocar sus poderes implícitos⁵⁶. Tampoco es preciso que el deudor conozca la existencia del mandato⁵⁷, pues una vez efectuado el reclamo, queda obligado a verificar esa situación como un deber impuesto por la buena fe negocial (art. 1198).

Con respecto a si la persona designada para recibir el pago está o no autorizada a interpelar, cabe remitir al lugar donde el tema fue expuesto (*supra* § 122, a, TU).

El escribano que interviene en la formalización de una escritura, ¿está legitimado activamente para constituir en mora a la parte que no concurre a su oficina? Cabe distinguir si el escribano actúa con o sin mandato. En la medida en que no haya recibido mandato, expreso o tácito, que lo faculte a interpelar, no podrá hacerlo válidamente. Únicamente cuando el notario revista el carácter de mandatario de alguna de las partes, por aplicación de los principios generales relativos al mandato, podrá hacerlo.

H) *Sujeto pasivo*. — El destinatario directo de la interpelación es el deudor. Tratándose de una declaración *recepticia* (*supra*, aquí, letra b), cobra eficacia a partir del momento en que *entra en la esfera propia del destinatario*, de manera que sólo de él dependa, según el modo en que tenga organizada su casa o sus negocios, el que conozca o no el contenido de la declaración que se le ha dirigido. Lo que interesa es que el hecho de que sólo de él dependía conocer-

⁵⁵ G. Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, t. II, n° 49, p. 91; Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, p. 147; Busso, *Código Civil*, t. III, comentario al art. 509, n° 35, p. 259; Llambías, *Obligaciones*, t. I, n° 107, p. 138; G. Borda, *Obligaciones*, 11, n° 61, p. 81.

⁵⁶ Cfr. A. von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. II, p. 114.

⁵⁷ S.C.B.A.. "A.Y.S.N 1965-1, p. 959.

⁵⁸ Cfr. A. von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, 1.1, § 21, t. II, n° 2, p. 124. No es necesario, como ejemplifica este autor, que la carta le sea entregada en persona, sino que basta que se deposite en su buzón o se entregue en su oficina o domicilio particular a la persona que suele hacerse cargo de tales asuntos.

la, sea *verosímil*. Portal razón, es válida la interpelación aunque no llegue a conocimiento *efectivo* del deudor, por alguna causa no imputable al interpelante (p.ej., ausencia, embriaguez, etc., del interpelado). Si el conocimiento del reclamo se frustra por una causa atribuible al interpelado, tal frustración no impide que se produzcan los efectos del acto interpelatorio. Otra consecuencia del carácter recepticio de la declaración es la posibilidad que tiene el interpelante de *revocarla antes de que se haya perfeccionado*, es decir, antes de que haya entrado en la esfera propia del requerido. Después del perfeccionamiento, sólo podrá *renunciar* a los derechos derivados de la situación de mora, pero no revocar la declaración intimatoria. La distinción tiene importancia en las obligaciones con pluralidad de acreedores, ya que mientras la revocación impide que los coacreedores se vean favorecidos, la renuncia no los perjudica.

La interpelación también puede ser dirigida a un representante del deudor, legal o voluntario. Con respecto al mandatario del deudor, para precisar cuándo el reclamo surtirá efectos, corresponde establecer un *distingo*, según que el mandatario esté o no autorizado a pagar. Si está autorizado, está también habilitado para ser intimado, de manera que la recepción de la interpelación por el mandatario equivaldrá a recepción por el propio deudor. Si no está autorizado, la interpelación cobrará eficacia a partir del momento en que llegue a *conocimiento* del deudor, presentándose éste como un supuesto de excepción a la teoría de la recepción; es decir, no basta que el reclamo sea "receptado" por el mandatario, es necesario que la conozca el propio deudor⁵⁹.

e) Forma

Como ya se dijo (*supra*, aquí § 222, b), la interpelación es una declaración que puede exteriorizarse bajo cualquier forma. Rige el principio de *libertad* en la elección de las formas (art. 974, Cód. Civil). Así lo sostiene la doctrina⁶⁰ y lo interpreta pacíficamente la jurisprudencia $\Leftrightarrow$. El acreedor dispone de medios judiciales y extrajudiciales para formular la interpelación.

⁵⁹ Corap. G. Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, t. II, n° 50, p. 92.

⁶⁰ Salvat y Oalli, *Obligaciones*, 11, n° 92, p. 106; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 92, p. 73; Busso, *Código Civil* t. III, comentario al art. 509, n° 65, p. 263; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 130; Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, p. 145; G. Borda, *Obligaciones*, 11, n° 55 *quiñi*, p. 76; Llamólas, *Obligaciones*, 1.1, n° 109, p. 139; Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t II, p. 143; J. Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 225, p. 97; A. Ramella, *La resolución por incumplimiento* p. 103; M. A. Piantoni, *La mora del deudor*, p. 135; Cano, *La mora*, p. 61; Castán-Tobéas, *Derecho civil español*, t IU, p. 202; Espín Cánovas, *Manual de derecho civil*, vol. III, p. 207; A. von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, LI, p. 113; J. Puig Peña, *Tratado de derecho civil español*, t. IV, vol. I, "Teoría general de la obligación", ps. 226 y 227.

⁶¹ C.S.J.N., "J.A.", 1942-UI-667; C.N.Civ., Sala D, "E.D.", 54-476; *idem*. Sala E, "E.D.", 62-369; *idem*. Sala A, "L.L.", 93-381; *idem*, Sala D, "L.L.", 116-559, etc. Al juzgar sobre la va-

I) La constitución en mora por requerimiento judicial se verifica mediante la *notificación al deudor de cualquier resolución judicial dictada a petición del acreedor, por la cual éste exija inequívocamente el Cumplimiento*. En virtud de su carácter "recepticio", el requerimiento judicial surte efectos a partir de la notificación al obligado del auto respectivo o desde el diligenciamiento de la intimación de pago⁶²; no basta la *sola presentación* de la demanda o del escrito ante el juez si el auto que se dicta en su consecuencia no es receptado por el requerido. No quita esta consecuencia el hecho de que la demanda sea interpuesta ante juez *incompetente* o resultara posteriormente *nula* por defectos de forma o sea *desistida* por el actor, porque si bien esa demanda no producirá sus *efectos propios*, sirve para canalizar la voluntad del acreedor y es ello lo que cuenta a los fines interpelatorios.

Por último, cabe puntualizar dos cuestiones: a) puede acontecer que luego de notificada una demanda se opere —por inactividad del acreedor— *laperención* de la instancia; tal perención, ¿borra el efecto interpelatorio de la notificación de la demanda? No, porque la perención de la instancia aniquila los efectos *procesales* de los actos cumplidos en el proceso y el efecto de la declaración interpelatoria no es procesal sino *sustancial*; la perención, en suma, no puede alterar los derechos de fondo⁶³; b) la notificación del auto que dispone trabar una medida cautelar *con carácter preventivo* —por *sisóla*—no tiene virtualidad suficiente para provocar la mora del deudor. La razón es que, en tal caso, el acreedor sólo pretende asegurar o garantizar su crédito, pero el efectivo reclamo de cumplimiento se verificará con posterioridad, al promover la demanda principal⁶⁴; esto es evidente cuando el embargo se solicita para garantizar un crédito aún no exigible, como ocurre, verbigracia, cuando pende de una condición o un plazo. Distinta es la cuestión cuando el embargo va precedido de una *intimación* de pago y citación de remate, como sucede en los procesos de ejecución, porque ello supone el ejercicio de una acción ejecutiva que es, por esencia, una exigencia de pago. Pero en este último caso, la mora no se produce en virtud de la petición de embargo, sino del ejercicio de la acción ejecutiva⁶⁵.

lidez de la interpelación, los jueces deben hacer prevalecer la buena fe y "desestimar las alternativas que, sustentadas en un cerrado formalismo, resultan incompatibles con el espíritu de justicia...". CN.Civ. y Com. Fed., Salal, 31/3/1989, "J.A.", 1989-in-síntesis.

⁶² Si la cédula de notificación no ha sido expedida, pero de autos resulta de manera inequívoca que la parte deudora ha tomado conocimiento de la providencia, debe entenderse que existió una notificación tácita eficaz para provocar la mora: CN.Civ., Sala C, 30/6/1989, "J.A.", 1990-1-175.

⁶³ De acuerdo Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 110, p. 141, cita n° 35. En contra: Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones*, 1.1, n° 91, p. 106.

⁶⁴ Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 110, p. 140, cita n° 30.

⁶⁵ En contra: G. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 55, *quater*, p. 75.

II) El requerimiento también puede verificarse sin intervención de la autoridad judicial. Algunos autores sostienen y así lo establece el Código Civil italiano⁶¹, que la interpelación extrajudicial tiene que ser formulada por *escrito*. No es así en nuestro derecho. A diferencia de lo que ocurre en Italia y Francia, países en los que se exige la forma escrita, en el nuestro, lo mismo que en España, es mayoritaria la opinión de la doctrina y jurisprudencia en el sentido de admitir la validez y eficacia de las interpelaciones verbales «, siempre, claro está, que resulten debidamente probadas.

Por aplicación del principio de libertad en la elección de la forma, se ha resuelto que es válida la interpelación efectuada por teléfono », por carta⁷⁰, por telegrama, colacionado o no⁷¹, verbalmente⁷² o por acta notarial.

f) Prueba

El problema de la prueba adquiere singular relieve. Si bien el acreedor puede acudir a cualquier forma para expresar su voluntad, cuando utiliza la forma *no escrita* corre el riesgo de no poder demostrar que interpeló, sobre todo porque no sólo debe probar la existencia de la declaración, sino también su *contenido y característica*. Al respecto cabe sostener a) en lo que hace a la carga de la prueba, recae sobre el acreedor⁷³; si, como se dijo, se debe probar el *contenido* de la declaración, nadie más indicado para ello que el propio acreedor,

⁶¹ G. Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, t. II, n° 52, p. 93; L. Josserand, *Derecho civil*, t. II, vol. I "Obligaciones", n° 618, p. 497; Planiol y Ripert, *Tratado*, VI, "Obligaciones", n°772, p. 77.

⁶² El art. 1219 de este Código exige para el requerimiento la forma *escrita*; en defensa de este precepto se arguyen tres razones: a) está establecido en beneficio y tutela del propio declarante, ya que le acuerda certeza a la declaración; b) permite fijar con exactitud el momento a partir del cual la mora produce sus efectos; c) constituye un medio de prueba contundente. Cfr. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en "Commentario del Codice Civile a cura de A. Scialoja e G. Branca", Bologna-Roma, 1967, p. 198; Barbero, *Sistema*, t III, p. 106, cita n° 47.

⁶³ Cfr. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 92; Lafaille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", vol. I, n° 162; Salvat y Galli, *Obligaciones, títa'* 92; CN.Civ., Sala F, "L.L.", 116-614; *idem*. Sala D, "LX.", 116-559; *idem*, Sala E, "L.L.", 118-908 (12.098-S); *idem*. Sala B, "L.L.", 133-225; GN.Com., Sala A, "L.L.", 120-150. En contra, Machado, *Exposición y comentario*, L II, comentario al art 509, p. 164.

⁶⁴ CFed. Rosario, "Rep. de Santa Fe", 10, p. 93; CN.Civ., Sala C, "J.A.", 1949-1-200.

⁶⁵ CN.Com., Sala B, "L.L.", 82-255.

⁶⁶ C.SJ.N., "Fallos", 209:12.

⁶⁷ Además de los fallos citados en nota 51 precedente, C. 1* Apel. Mar del Plata, "L.L.", 117-827(11.524-S).

⁶⁸ Así: "La prueba de la interpelación concierne tanto a la producción del hecho cuanto a la eficacia del mismo para constituir al deudor en mora; aquélla recae sobre el acreedor y es indispensable, al efecto, la prueba directa del hecho": CN.Civ. y Com. Fed., Sala III, 1679/1988, "J.A.", 1988-IV-smtesis.

b) éste está autorizado a recurrir a toda clase de medios probatorios⁷⁴. No rige, en esta materia, la limitación contenida en el art 1193 respecto de la prueba de testigos, pues la interpelación, por tratarse de un acto unilateral, *no es un contrato*; c) es admitida la prueba de *presunciones*, que será pertinente en tanto sea concluyente⁷⁵.

g) Condiciones que debe reunir

El requerimiento debe reunir una serie de condiciones⁷⁶, a saber:

1°) Debe contener una exigencia de pago categórica, inequívoca y coercitiva (sobre esto, aquí *supra* § 222, b)⁷⁷.

2°) Debe ser preciso en cuanto al objeto y contener referencias concretas a las circunstancias de tiempo, lugar y modo de cumplimiento.

Siendo varias las cuestiones a examinar, comenzaré con el *objeto*. La indicación que se haga de él debe ser *precisa*; si se pretende algo distinto de aquello a lo que se tiene derecho, el requerimiento carece de eficacia moratoria⁷⁸. ¿Tiene esta regla valor absoluto? En otros términos, ¿qué ocurre si lo requerido difiere en parte de lo que se adeuda?, v.gr., si se reclaman cosas de calidad inferior o superior o un monto mayor o menor. Se impone efectuar un distingo. Así: a) si se reclama una cantidad menor, o cosas de inferior calidad, hay consenso en admitir la validez de la interpelación porque ello no agrava la situación del deudor al tiempo que favorece la dinámica de las obligaciones. No debe ser un obstáculo para admitir la validez de esta interpelación, la circunstancia de que el deudor no puede ser obligado a realizar pagos parciales (art. 673), porque él, pese a todo, está facultado para cumplir íntegramente la prestación; en tal caso —si el acreedor no aceptara el ofrecimiento íntegro— no sólo no habrá mora del deudor, sino que será el acreedor el que incurra en ella; b) si se exige una cantidad mayor o cosas de superior calidad, la interpelación será válida respecto de la cantidad o calidad realmente adeudadas⁸⁰. Por cierto,

⁷⁴ Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 92, p. 73. Lo que interesa es que se demuestre en forma inequívoca la intención de requerir el cumplimiento: C.N.Esp., Civ. y Com., Sala II, 20/8/1985, "E.D.", 115-626.

⁷⁵ C. Apel. Rosario, Sala IL Civ. y Com., "Juris", t. X-340. En contra, Llambías, *Obligaciones*, t. I n° 108, p. 139.

⁷⁶ Comparar la clasificación de Llambías, *Obligaciones*, 11, n° 113, p. 143.

⁷⁷ CApel. Civ. y Com. Junín, 30/7/1986, "E.D.", 117-657.

⁷⁸ Enneccerus y Lehmann, *Tratado de derecho civil*, t II vol. I "Obligaciones", § 51, II, 1, p. 259; A. von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. II, p. 113; Busso, *Código CMI*, t IB, comentario al art 509, n° 47, p. 261. ,

⁷⁹ Enneccerus y Lehmann, *Tratado de derecho civil*, t II, vol. I "Obligaciones", p. 259; cfr. A. von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, 1.1, p. 113.

⁸⁰ De acuerdo: Enneccerus y Lehmann, *Tratado de derecho civil*, t. II, vol. I, "Obligacio-

si bien el requerimiento tiene eficacia para constituir al deudor en mora, no puede alterar el objeto debido. También en este caso, si el acreedor se negara a aceptar el específico objeto que le ofrece su deudor, éste purgará su mora y el moroso será aquél.

. Con relación al *tiempo*, es importante señalar que la interpelación debe ser *oportuna* y no constituir un reclamo *sorpresivo*. Oportuna, porque no puede ser efectuada sino una vez que el crédito se ha hecho *exigible* ⁸⁰. No debe ser sorpresiva, porque debe conceder al interpelado un plazo razonable para el cumplimiento.

Con referencia al *lugar* mencionaré dos aspectos: a) como consecuencia de su carácter recepticio, la interpelación debe ser dirigida al *domicilio* del deudor, sea el real, el convencional, etc. Esta regla tampoco es rigurosa, pues si el reclamo llega a *conocimiento* del interpelado, tendrá plena eficacia, aunque el reclamo no haya sido dirigido a su domicilio ⁸¹. La carga de la prueba de que el interpelado recibió el reclamo incumbe al acreedor; b) en el acto interpelatorio se debe consignar el lugar donde debe efectuarse el cumplimiento. Si se indica un lugar distinto al señalado en la fuente de la obligación, ¿es válida la interpelación? Es válida, *aunque el deudor no está obligado a trasladarse al lugar que se le exige*, siendo suficiente que permanezca en el lugar que corresponde y en tiempo oportuno para ofrecer el pago. La interpelación es válida siempre que la voluntad del acreedor sea clara y terminante en el sentido de exigir el cumplimiento.

En lo que atañe al *modo* de ejecución, se debe indicar que si existe una diferencia evidente entre el modo de cumplimiento requerido por el acreedor y el apropiado según los términos de la obligación, el deudor puede rechazar la interpelación sin caer en mora ⁸²; tal ocurriría, verbigracia, si se hubiese obligado a *reparar* un objeto y se le requiriera su *fabricación*.

3º) El cumplimiento exigido debe ser de factible realización en condiciones normales.

nes", § 51, II, p. 259; G. Borda, *Obligaciones*, 11, ir* 56, p. 78. En contra: Llambías, *Obligaciones*, 11, n° 115, p. 146, cita n° 50; M. A. Piantoni, *La mora del deudor*, p. 136; CN.Civ., Sala A, "L.L.", 149-602 (30.040-S); CApel. Civ. y Com. Junín. 3/4/1985, "ED.", 117-657 (en este fallo se niega eficacia a la interpelación por una cantidad mayor, pero se reconoce que es válida cuando la diferencia entre lo reclamado y lo que en realidad se adeuda es mínima).

⁸¹ No es extemporánea—sino lo contrario—la interpelación formulada tres meses después de haber fenecido la oportunidad prevista en el boleto para la entrega de la posesión, máxime si la empresa vendedora contestó poniendo de manifiesto su imposibilidad de cumplir en ese momento: CN.Civ., Sala B, 18/3/1986, "L.L.", 1987-D-637 (37.723-S).

⁸² Si el acreedor interpela a su deudor en un lugar distinto al domicilio de éste, la interpelación es válida siempre que aquél pruebe que el deudor tuvo oportuno conocimiento del reclamo o que no pudo conocerlo por su culpa: cfr. S.C.B.A., Rep. "L.L.", XXV1-1028, r1* 20.

⁸³ De acuerdo Llambfá", *Obligaciones*, 1.1, n° 115, p. 146.

4º Al formular el requerimiento el acreedor debe ofrecer su debida cooperación y no encontrarse, a su vez, en situación de incumplimiento.

h) Función

Una calificada doctrina⁸⁴, a la que adhiero, sostiene que la interpelación cumple la función de un acto de cooperación del acreedor. Es necesaria, porque a través de ella el deudor conoce que —al tiempo de cumplir— el acreedor realizará los actos de cooperación que de su parte sean necesarios para extinguir la obligación. Este deber de cooperar no constituye una *obligación* del acreedor, es sólo un deber secundario de conducta que la buena fe le impone y cuya inobservancia evita la mora del deudor. Mientras el acreedor no interpela, el deudor no incurre en mora aunque se *retrase* el cumplimiento.

Si bien la interpelación funciona como un acto de cooperación, no debe ser confundida con el deber de *presentarse* a recibir el pago en las obligaciones pagaderas en el domicilio del deudor, presentación que es también un acto de cooperación. Distinguir ambas especies de cooperación es fundamental a los fines de la prueba: mientras la prueba de la interpelación incumbe al acreedor, la prueba de la no presentación corresponde al deudor.

Por añadidura, la interpelación sirve para que el deudor sepa que el acreedor no admite ninguna dilación en el cumplimiento.

B) SISTEMA DE CONSTITUCIÓN EN MORA

§ 223. INTRODUCCIÓN

Vélez Sarsfield había consagrado en el art. 509 la regla "no hay mora sin interpelación". En el año 1968, la ley 17.711 sustituyó el texto de ese artículo por otro que vino a consagrar —para las obligaciones a plazo— la máxima "el tiempo interpela por el hombre". El sentido de la reforma puede sintetizarse en estas palabras: de un régimen de constitución en mora mediante interpelación, se ha pasado a otro de constitución en mora por el solo vencimiento del plazo.

El cambio de sistema originó, en su momento, una ardua polémica que hoy puede considerarse superada. Pese a las críticas que se le ha dirigido, la reforma ha terminado por imponerse⁸⁵, desde que se ha reconocido que las soluciones contenidas en el actual art. 509, abstracción hecha de sus defectos de técnica o de lenguaje, son de estricta justicia, como se procurará demostrarlo en los párrafos que siguen.

⁸⁴ Véase, en especial, los autores citados en la nota nº 17 de este Capítulo.

⁸⁵ Sobre el particular, Wayar, *Tratado de la mora*, § 65, ps. 423 y ss.

I) SUPUESTOS COMPRENDIDOS EN'EL ART. 509

§ 224. MORA AUTOMÁTICA. ALCANCES DEL PRIMER PÁRRAFO
DEL ART. 509

Establece el primer párrafo del art. 509: "*En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento*". El texto es lacónico y ambiguo; de allí que se plantee una serie de interrogantes: ¿Todas las obligaciones a plazo quedan sometidas a esta norma? ¿A qué clase de plazo se refiere? Son varios los supuestos contemplados.

a) *Obligaciones con plazo cierto*

Recuérdese que un plazo determinado es *cierto* cuando se conoce exactamente, *apriori*, cuándo habrá de ocurrir el acontecimiento que marcará el límite final del plazo, verbigracia, pagaré el 31 de octubre o la próxima navidad (doctrina del art. 567). En esta clase de obligaciones, la mora del deudor se produce por el solo vencimiento del plazo; el acreedor no necesita interpelar: la hoja del almanaque que cuelga de la pared, se ha dicho⁸⁶, hace el requerimiento al deudor. Este primer párrafo, que importa la consagración de la máxima *dies interpellat pro nomine*, constituye un acierto de nuestra ley. Para fundar tal afirmación valen estos argumentos:

I') Quienes repudian el sistema de mora automática alegan que atenta contra el principio *favor debitoris*. Sin embargo, este principio, justificado en otros tiempos, no se compadece con la situación económica y social de nuestros días⁸⁷. Es que ya no resulta fácil determinar, en un caso concreto, cuál es la parte necesitada de protección. Es innegable que en muchas ocasiones resulta ser el acreedor quien se encuentra en situación desventajosa respecto de su deudor, piénsese, verbigracia, en los pequeños ahorristas que depositan sus ahorros en instituciones financieras mucho más poderosas que cada uno de los depositantes; ¿el *favor debitoris* debe presidir la interpretación de estos contratos? No, porque no es el deudor, en este caso, la parte "débil"; al contrario, tal calificativo le corresponde al acreedor. No en vano el *favor debitoris* se ha transformado en la regla "en favor del débil".

⁸⁶ J. W. Hedemann, *Tratado de derecho civil*, vol. III, "Obligaciones", p. 178; CN.Civ., Sala G, 11/9/1985, "E.D.", 116-249; *idem*, Sala A, 31/5/1985, "E.D.", 115-209.

En materia de tarjetas de crédito, la fecha indicada en el resumen de cuenta remitido al usuario determina la fecha de pago y su vencimiento provoca la mora automática del deudor; idéntica solución cabe —en principio— aunque el resumen no haya sido efectivamente remitido al usuario: CN.Com., Sala B, 9/10/1987, "J.A.", 1990-1-48.

⁸⁷ Sobre este tópico: J. Cardenal Fernández, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, ps. 221 y 222.

2°) Cuando las partes señalan un plazo cierto, tal cláusula obedece a una finalidad concreta: que la obligación se cumpla el día señalado. Es así, no sólo porque el acreedor espera para entonces el cumplimiento, sino porque el deudor sabe de antemano que deberá cumplir sin necesidad de ser requerido. Es falsa la presunción de *tolerabilidad* según la cual se debe suponer que mientras el acreedor no reclama el pago, está tácitamente autorizando la dilación, o que ésta no le causa perjuicio. Tal presunción queda desvirtuada, precisamente, por la fijación del *día cierto*, que debe interpretarse como una manifestación de voluntad opuesta a aquélla. Idéntico razonamiento cabe cuando es la ley la que establece el plazo.

3°) En lo que atañe al derecho comparado, se puede sostener no sólo que el sistema de mora automática predomina en las legislaciones **, sino, especialmente, que en aquellos países donde se mantiene vigente la regla de la interpelación, como Francia y España, la doctrina se empeña en demostrar las desventajas de esa regla y propicia su reemplazo por la de la mora automática. En Francia se ha sugerido, concretamente, la conveniencia de derogar el art. 1146 del *Code* en tanto exige interpelación previa⁸⁸, y en España se le ha dado especial relieve al concepto de "simple retraso relevante", para hacer derivar de él las consecuencias propias de la interpelación, con lo cual, de hecho, ésta ha perdido buena parte de la importancia que antes tenía⁸⁹.

4°) Por último, una calificada doctrina⁹⁰ y copiosa jurisprudencia han admitido las ventajas del régimen de mora automática.

b) Obligaciones con plazo incierto

Recuérdese que un plazo es incierto cuando se desconoce, *a priori*, la época en que sucederá el acontecimiento previsto como su límite final; su vencimiento es cognoscible *a posteriori*, es decir, después de sucedido el evento (doctrina del art. 568, Cód. Civil), verbigracia, entregaré los materiales cuando caiga la primera lluvia o pagaré cuando muera determinada persona. Estas obligaciones, ¿están incluidas en el primer párrafo del art. 509?

⁸⁸ P.ej., Códigos alemán (parág. 284), suizo (art. 102), italiano (art 1219), portugués (art 805), brasileño (art. 960), chileno (art. 1551), etc:

⁸⁹ Mazeaud y Tunc, *Tratado teórico práctico de responsabilidad civil*, t IJJ-I, n° 2268, p. 437.

⁹⁰ Así lo demuestra Cardenal Fernández, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, cap. V, ps. 229 y ss. Comp. Cano, *La mora*, p. 72.

⁹¹ G. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 52, p. 65; J. Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 213, p. 91; Piantoni, *La mora del deudor*, p. 105; R. Garrido, *La mora en la ley 17.711*, en "E.D.", 36-886; Moisset de Espanés, *La mora y la reforma*, "1 .A.", 1968-V.-Sec. Doct-798.

Se conocen, por lo menos, cuatro respuestas⁹².

1') Según una primera opinión⁹³, la mora automática sólo rige cuando el plazo es cierto. Si la obligación tiene un plazo incierto es necesaria la interpelación. Se argumenta que si la razón de ser de la mora automática está en el hecho de que el deudor conoce desde el nacimiento del vínculo, con certeza, el momento en que la deuda podrá serle exigida, faltando esta *certeza* en el plazo incierto queda excluida la mora por el solo vencimiento. También se ha dicho que no hay motivos para distinguir esta clase de obligaciones de las de plazo tácito, y si para éstas últimas se exige interpelación, ha de concluirse que la misma exigencia cuadra para aquellas otras⁹⁴.

2') Para una segunda opinión⁹⁵, de acuerdo con la letra de la ley, que no establece ninguna distinción, no cabe sino interpretar que la mora automática ha sido también prevista para el supuesto de plazo incierto. Aunque se reputa inconveniente esa solución, se la admite hasta tanto no sea modificada la ley. Para esta tesis, entonces, la amplitud de los términos con que ha sido concebido el primer párrafo del art. 509 no permite discriminar, de suerte que tanto el plazo cierto como el incierto quedan incluidos en él, aunque se recomienda la modificación de ese párrafo para excluir a las obligaciones de plazo incierto.

3') Como una variante de la tesis antedicha, se ha sostenido que si bien el primer párrafo del art. 509 se refiere tanto a las obligaciones de plazo cierto como a las de plazo incierto, en estas últimas el acreedor debe "integrar el supuesto de hecho de producción de la norma mediante la advertencia al deudor de que ha vencido su plazo. Cuidadosamente debe señalarse que advertir no es interpelar" Esta interpretación se apoya en el art. 377, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación⁹⁷.

⁹² Sobre el tema: María del V. Fuentes de Bulacio Gómez, *La mora en las obligaciones de plazo incierto*, en "J.A.", 1982-11-758.

⁹³ Llambías, *Obligaciones*, 11, n° 103 bis-1, p. 129; Cazeaux, *Examen y crítica*, LII, "Obligaciones", n° 13, p. 9; Racciatti, *Algunas observaciones sobre la reforma del Código Civil en materia de mora*, "J.A.", 1969-Sec. Doct.-235; Raffo Benegas y Sassot, *Mora (art. 509 del Cód Civil)*, "J.A." 1970-Sec. Doct.-763 y 765; Piantoni, *La mora del deudor*, p. 110; Carranza, *Reflexiones críticas acerca de la mora en la reforma del Código Civil (Hacia un derecho contractual más justo)*, en "Revista del Colegio de Abogados de Córdoba", n° 4, p. 34.

⁹⁴ Llambías, *Obligaciones*, t 1, n° 103 bis-1, p. 130.

⁹⁵ Moisset de Espanés, *La mora y la reforma*, "J.A.", 1968-V-Sec. Doct.-799, punto V; Greco, *La mora del deudor*, ps. 497 y 498.

⁹⁶ A. A. Alterini, *El derecho de las obligaciones en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, "J.A.", 1970-Sec. Doct.-211/213.

⁹⁷ "El esfuerzo de Alterini —dice Greco— es encomiable por el ideal ético que lo sustenta, pero estimamos choca contra la cerrada estructura normativa que no da cabida a la imposición al acreedor de la emisión de una declaración unilateral recepticia como la que propugna": Greco, *La mora del deudor*, p. 498. Sin embargo, la buena fe justifica imponer al acreedor —como deber secundario— el de advertir al deudor el vencimiento del plazo.

4°) Por último, se interpreta que *todas* las obligaciones con plazo determinado, sea cierto o incierto, están sujetas a la mora automática y que tal sistema es el que mejor responde a la dinámica de los negocios patrimoniales, desaconsejando su modificación o derogación⁹⁸. Esta tesis se apoya no sólo en los amplios términos del primer apartado del art. 509, sino también en otras razones: en la experiencia de derecho comparado que reivindica la figura del simple "retaso relevante" para convalidar consecuencias propias de la mora aun en aquellos casos en los cuales falta el requerimiento y en la escasa o nula importancia que le reconoce a la interpelación

5°) Analizadas las distintas opiniones, estimo que no es posible limitar la vigencia del primer apartado del art. 509 a las obligaciones con plazo cierto. Las de plazo incierto —dentro de los límites que enseguida se indicarán— también están comprendidas en él. La suma de los argumentos ya expuestos constituye fundamento suficiente para tal interpretación. Sin embargo, tampoco cabe ignorar que el funcionamiento de la mora automática en los supuestos de plazo incierto puede dar lugar a situaciones injustas para el deudor, posibilidad que es necesario evitar. Se advierte que son dos las preocupaciones mayores: que el deudor desconozca la finalización del plazo o que se vulnere la buena fe por parte del acreedor. Frente a tales preocupaciones se sugieren estas soluciones:

a) Si el deudor prueba que no pudo conocer la finalización del plazo por causas no imputables a él, se ha de considerar que no incurrió en mora por aplicación del último párrafo del art. 509. En efecto, no estará en mora, no por falta de interpelación, sino porque el retardo no le es imputable. En otros términos, estando la obligación dotada de un plazo incierto, no será necesario que el acreedor interpele, pero si el deudor prueba que no pudo conocer el fin del plazo, no incurrirá en mora por ausencia de imputabilidad.

b) Si el acreedor se encuentra en mejor situación que el deudor para conocer la finalización del plazo, llegado el *dies ad quem*, tiene el deber de comunicárselo. Así lo impone el principio de buena fe (art. 1198). Por lo tanto, si en un caso concreto resulta ostensible que mientras el deudor estaba impedido de conocer el fin del plazo, el acreedor conoció esa circunstancia y no la comunicó, no habrá mora del deudor. Es más, si no lo comunica y luego pretende ejercer todo el peso de sus derechos, bien podría considerarse que tal ejercicio es abusivo y sancionarlo conforme lo dispone el art. 1071 del Cód. Civil; por el contrario, si el acreedor no avisa, pero luego demuestra que el deudor hubiera

⁹⁸ G. Borda, *Obligaciones*, L I, n° 53, p. 68.

⁹⁹ "Es indudablemente posible, se ha escrito, concebir y estructurar un sistema jurídico que ni siquiera mencione la palabra *mora*: sería él un régimen obligacional en el cual el solo vencimiento de los plazos, o de un modo más general, el solo hecho de incumplir de sus obligaciones, acarrearía al deudor la consecuencia de su plena responsabilidad...": Peirano Fació, *Estructura de la mora en el Código Civil*, Temis, Bogotá, 1983, p. 15.

retardado de todos modos el cumplimiento, debe considerárselo en mora, pues éste no puede valerse de aquella omisión para justificar el no cumplimiento.

c) Excepciones a la regla de mora automática

Como se acaba de ver, la mora automática es el *principio* que rige las obligaciones a plazo, sea éste cierto o incierto y cualquiera que sea la fuente de la cual derive el vínculo. El principio reconoce algunas excepciones:

1°) Cuando las partes hayan convenido que el acreedor interpele «». Siendo el de la mora un régimen supletorio, es perfectamente posible que las partes lo dejen de lado para disponer lo contrario. Un pacto de esta clase sólo requiere términos claros y no fórmulas sacramentales.

2°) Cuando una disposición legal establezca la necesidad de que el acreedor interpele. Un ejemplo típico se encuentra en las leyes que regulan la locación urbana, cuando supeditan la acción de desalojo por falta de pago a la previa intimación al inquilino, aunque la obligación de pagar el alquiler sea de plazo cierto, verbigracia, art. 5° de la ley 23.091. También el art. 1204 exige interpelación para resolver un contrato por incumplimiento o el art. 2736, que ha sido interpretado en el sentido de que es necesaria la previa interpelación a fin de determinar el valor computable de la medianería *wi*.

d) Otros supuestos de mora sin interpelación

Además de las obligaciones comprendidas en el primer párrafo del art. 509, existen otras en las que también se produce la mora sin interpelación. Son ellas:

1°) Cuando el deudor *confiesa* encontrarse en situación de mora, la interpelación carece de sentido ¹⁰⁰. Es que la actitud del deudor, en tal caso, pone de manifiesto que renuncia al beneficio de la interpelación. ¿De qué serviría que el acreedor intimara a su deudor si éste ya reconoció que no ha cumplido en término? Debe destacarse que el reconocimiento del deudor debe ser *explícito*, claro e indudable. Por ello, se ha entendido que un pedido de prórroga que pudiera hacer llegar el deudor no debe ser considerado como una confesión de estar en mora, sino que tal petición sólo revela el deseo de postergar la exigibili-

¹⁰⁰ Comp.: C.N-Esp. Civ. y Com., Sala IV, 676/1988, "J.A.", 1989-I-sfatesis.

¹⁰¹ En materia comercial, para que el cuentacorrentista incurra en mora en el pago del saldo de su cuenta se requiere la comunicación, por parte del banco, del primer párrafo del art. 793 del Cód. de Comercio o la interpelación del art. 509, 2° párr. del Cód. Civil. Así lo resolvió la CN.Com., en pleno, 21/11/1984, "J.A.". 1984-IV-653.

¹⁰² La doctrina lo admite sin discrepancias: Busso, *Código Civil*, t III, art. 509, nos 132 y 133, p. 183; Borda, *Obligaciones*, L I, n° 73, p. 85; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 137; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, L I, n° 105, p. 166; CN.Civ., Sala F, 13/4/1987, "J.A.", 1988-1-178.

dad. También es conveniente distinguir la confesión de estar en mora de la confesión de haber recibido la intimación; en este último caso, la declaración del deudor serviría como *prueba* de la interpelación, pero la mora produciría sus efectos desde el momento en que se hubiera verificado la intimación y no desde el día de la confesión.

2°) Cuando sólo el deudor sabe cuándo puede realizarse el cumplimiento¹⁰³. No hay razón para exigir una intimación del acreedor ni para que el deudor cuente con ella, cuando las circunstancias se disponen de tal modo que no es el acreedor, sino exclusivamente el deudor, quien *sabe* cuándo puede realizarse el cumplimiento.

3°) Cuando el deudor ha manifestado su decisión de no cumplir. También en este caso la intimación es innecesaria, pues la actitud del deudor lo dice todo y nada se puede reprochar al acreedor.

4°) Cuando es imposible efectuar el requerimiento por culpa del propio deudor. Es lo que ocurre cuando el obligado se ausenta de su domicilio sin dejar persona autorizada para atender los requerimientos que se le puedan dirigir y sin comunicar su ausencia al acreedor; o cuando denuncia un domicilio falso o inexistente; o, en fin, cuando por cualquier medio impide que el acreedor pueda interpellarlo.

5°) Cuando el deudor obligado a restituir una cosa es un poseedor de mala fe, pues en tal caso se considera que, por aplicación de la doctrina del art. 2433, debe ser reputado en mora *ex re*, sin que quepa interpelación alguna.

§ 225. EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ART. 509. MORA MEDIANTE INTERPELACIÓN

El segundo párrafo del art. 509, en su actual redacción, establece: "*Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpellar al deudor para constituirlo en mora*". La ley se refiere a las obligaciones con plazo tácito *io**.

El tácito es una especie de plazo indeterminado, porque si bien en la fuente de la obligación no se individualiza el acontecimiento que marcará el límite

¹⁰³ Andreas von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. II, p. 115.

¹⁰⁴ A poco de entrar en vigencia la reforma del año 1968, cierta doctrina, Inmeru en franca confusión, pensó que este párrafo se refería a las obligaciones de plazo esencial, por lo cual no trepidó en calificarlo de intolerable. Precisamente en las de plazo esencial —afirmaba—, en las que la Interpelación no es nunca necesaria, la reforma venía a imponer al acreedor la carga de interpellar. LlamMas, *Estudio de la reforma del Código Civil, la ley 17,711*, Suplemento "J.A.", p. 113. Pero la confusión no tardó en disiparse; la diferencia entre ambos supuestos —el que Vélez Incluyó en su Inc. 2 y el previsto por la reforma— es tan grande que pronto los intérpretes pusieron las cosas en su lugar.

final del plazo, de la *naturaleza y circunstancias* de la misma obligaciones posible inferir el momento o época a partir de la cual el comportamiento debido se habrá hecho exigible. No se debe perder de vista que en esta clase de obligaciones existe un plazo suspensivo, esto es, la exigibilidad ha sido diferida para un momento ulterior a la constitución del vínculo. Lo que caracteriza a esta especie es que en la fuente que ha hecho nacer ese vínculo no se ha determinado, ni el momento en que habrá de vencer el plazo, ni tampoco se ha determinado un hecho cuyo acaecimiento pueda servir como límite final. Pese a ello, de la naturaleza y circunstancia de la misma obligación se puede deducir cuándo llegará ese límite.

En síntesis: el plazo o, mejor aún, su límite final es tácito y queda comprendido en el párrafo segundo del art 509, cuando el momento a partir del cual la obligación será exigible está implícito en el acto que la creó y se infiere de su naturaleza, contenido, objeto u otra circunstancia determinantes. En estos casos, para que el deudor incurra en mora es necesario que el acreedor lo interpele.

Para una mejor comprensión del segundo párrafo del art 509, la hipótesis en él comprendida se puede ilustrar con el siguiente ejemplo¹⁰⁵.

Supóngase un contrato de comodato (art. 2271). Si antes de iniciarse la cosecha, un agricultor facilita a otro en préstamo máquinas y utensilios destinados a ese fin, sin que nada se disponga acerca del plazo de devolución, ¿cuándo debe considerarse al deudor en mora?; ¿es ésta una hipótesis de mora automática?; ¿será necesario acudir al juez para que lo fije en juicio sumario? Ni lo uno ni lo otro. En primer lugar, por falta de determinación del límite final del plazo, esta hipótesis queda excluida del régimen de mora automática. En segundo lugar, es innecesario recurrir al juez, pues de las circunstancias de la obligación es posible inferir cuándo finalizará el plazo. Tampoco se trata de una obligación pura, pues en tal caso el acreedor podría exigir la devolución al día siguiente de efectuado el préstamo, lo que choca contra la intención que las partes tuvieron en mira al contratar. Se trata de un supuesto típico de plazo *tácito*, porque por la naturaleza de los objetos prestados (máquinas agrícolas) y de las circunstancias del contrato (celebrado antes de iniciarse la cosecha) surge tácitamente que el deber de restituir será exigible una vez transcurrida la cosecha. Resulta de aplicación el art. 2271, por cuanto el comodato cesa "por haberse terminado el servicio para el cual la cosa fue prestada", pero el deudor no estará en mora en su obligación de restituir hasta tanto el acreedor no lo interpele (art. 509, segundo párrafo).

¹⁰⁵ Oalll, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones*, 1.1, n° 759-b, p. 607. Comp. Demolombe, *Cours de Code*, XXV, n° 570, p. 544; Colín y Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t III, p. 399.

¹⁰⁶ De acuerdo, Molisset de Espenés, *La mora y la reforma*, "J.A.", 1968-V-Sec. Doct.-800.

§ 226. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DEL PLAZO
(TERCER PÁRRAFO DEL ART. 509)

Según el tercer párrafo del art. 509, "Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación".

¿A qué clase de obligaciones se refiere? La expresión *si no hubiere plazo* con que comienza el párrafo transcrito ha suscitado dudas. Ante todo, cabe una corrección: no se refiere a las obligaciones "sin plazo", sino a aquellas que están dotadas de un plazo pero cuyo límite final se desconoce por completo. Con el único propósito de acomodar el lenguaje, se puede identificar este plazo con el nombre de *indeterminado*.

Para caracterizar las obligaciones previstas en este párrafo, conviene distinguirlas de las llamadas puras y de las con plazo tácito.

a) Plazo "indeterminado" y obligaciones "puras"

Se distinguen porque mientras en las "puras" la exigibilidad es inmediata, en éstas no cabe tal inmediatez. Pero, ¿cómo saber, en un caso concreto, si la exigibilidad es o no inmediata? Para saberlo hay que interpretar la fuente creadora de la obligación. Si el examen de esa fuente denota que el cumplimiento no ha sido previsto ni querido para un momento inmediatamente posterior al nacimiento del vínculo, sino que es *necesario* que transcurra un lapso antes de que el deudor cumpla, se está ante una obligación "a plazo". Pues bien, se trata de una obligación a plazo; pero, ¿se sabe cuándo fenecerá ese plazo? No, porque en la fuente constitutiva no se ha *determinado* cuándo ha de fenecer, ni tampoco esto se puede inferir de la naturaleza y circunstancias de la misma obligación. Se está, en suma, ante una *indeterminación* absoluta del límite final del plazo. He ahí su característica: son obligaciones a plazo, cuyo límite final se desconoce y no es posible inferirlo de su naturaleza o circunstancias. Por ello es preciso recurrir al juez para que lo determine.

b) Plazo "indeterminado" y plazo "tácito"

En ambas clases de obligaciones, por eso se asemejan, existe un plazo cuyo límite final no ha sido previsto en la fuente creadora. Si bien distinguir cuándo se está ante una u otra especie es una cuestión de hecho que depende de las particularidades de cada caso, es posible establecer pautas que facilitarán la distinción. En tal sentido se puede decir: hay plazo tácito cuando la interpretación de la voluntad de las partes conduzca a la conclusión de que ellas no se pro-

pusieron diferir la fijación de ese límite a la decisión del juez, sino que estimaron que la obligación debía cumplirse dentro de un lapso razonable según su naturaleza¹⁰⁷. Hay plazo indeterminado cuando no siendo la exigibilidad inmediata, ni de la fuente creadora ni de la naturaleza y circunstancias de la obligación se puede inferir la época en que debe ser cumplida, la incertidumbre sobre el tiempo de pago debe dilucidarse ante un juez. En otros términos, mientras en el plazo tácito es posible *inferir* de su propia *naturaleza y circunstancias* el momento en que la obligación se hace exigible, en el plazo indeterminado esa posibilidad no existe, por lo que la única solución es recurrir al juez para que determine cuándo el débito es exigible.

c) Supuestos particulares

Por el interés que revisten conviene analizar algunos supuestos en particular.

I') En materia de locación de obra es necesario distinguir dos cuestiones:

a) que las partes hayan o no determinado el momento de *iniciación* de la obra; b) que las partes hayan o no fijado el plazo para *ejecutar y concluir* la obra. La distinción — '—rtante porque, según sea el caso, puede haber mora en iniciar o mora en ^ » Í... J la obra. En ambos casos se debe interpretar la voluntad de las partes y no necesariamente ambos deben quedar sometidos al mismo régimen. Así, es posible que, pese a no haberse determinado el momento de iniciación de los trabajos, resulte de la intención de las partes o de las circunstancias del contrato dGéla ejecución debía comenzar de inmediato, en cuyo caso, para constituir al locador en mora bastará la interpelación del dueño de la obra¹⁰⁸ y no resultará de aplicación el art. 1635 del Cód. Civil. Pero si lo que las partes dejaron sin determinar es el plazo para concluir la obra, la cuestión cambia, pues para tal hipótesis rige el art. 1635, a cuyo tenor: "*A falta de ajuste sobre el tiempo en que debe ser concluida la obra, entiéndese que el empresario debe concluir la en el tiempo razonablemente necesario, según la calidad de la obra, pudiendo en tal caso el locatario exigir que este tiempo se designe por el juez*". También en este caso no es ineludible recurrir al juez; si de la naturaleza y cir-

¹⁰⁷ Cfr. Greco, *La mora del deudor*, p. 499; G. Borda, *Obligaciones*, t.1, ri" 55 bis, p. 73. Se resolvió que hay plazo tácito y no indeterminado "cuando se ha previsto el hecho que habría de causar el fenecimiento del plazo, aunque no se haya definido el momento en que ello ocurriría, pues es el típico caso en que el plazo resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias del acuerdo". CN.Civ., Sala F, 5/9/1987, "J.A.", 1989-1-600.

¹⁰⁸ CN.Civ., Sala F, 21/3/1991, voto del juez Bossert, "D.J.", La Ley, ejemplar del 3 de julio de 1991, p. 177. En este caso se resolvió, con acertado criterio, que si bien las partes no convinieron en términos expresos el momento de iniciación de la obra, de las circunstancias del contrato resultaba evidente que tal iniciación debió ser *inmediata*. Para ello se valoró, entre otras cosas, que el dueño de la obra estaba intimado por la Municipalidad para que la realizara, razón por la cual el locador no podía pretender que aquel plazo se fijara por el juez.

cunstancias es posible inferir cuál era el tiempo razonable para ejecutar la obra, al locador le bastará con intimar al empresario para constituirlo en mora, pues nada impide que se trate de una obligación de plazo tácito.

2°) Los casos previstos en los arts. 620 y 752 quedan comprendidos en el radio de acción del art. 509, tercer párrafo¹⁰⁹. En efecto, si se estipula que el deudor pagará cuando "mejore de fortuna, tenga medios para hacerlo, cuando pueda", etc., se está subordinando la exigibilidad a un hecho futuro no necesario, pues bien puede suceder que el deudor no mejore de fortuna, ni consiga los medios suficientes y, sin embargo, ese hecho no implica condición sino plazo indeterminado, ya que la obligación deberá cumplirse en algún momento. Precisamente, la determinación de ese momento corresponde al juez.

3°) También funciona el tercer párrafo del art. 509 cuando no se hubiere determinado el límite final de un plazo "para cumplir los cargos", como está previsto en el art. 561.

d) Mecanismo procesal para la determinación del plazo

Cuando el plazo es indeterminado, cualquiera de las partes puede pedir al juez que lo determine en procedimiento sumario. Esta disposición merece las siguientes observaciones:

1°) La intervención del juez es necesaria, porque, no existiendo elementos que permitan determinar cuándo debe entenderse vencido el plazo, es lógico que para dilucidar tal incertidumbre se arrimen las pruebas pertinentes, y que las partes planteen las controversias a que se crean con derecho.

2°) La habilitación de la vía sumaria es acertada, porque se evitan las dilaciones del procedimiento ordinario.

3°) Se autoriza al acreedor a acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, con lo que se evita la iniciación de dos juicios contra el mismo deudor, al paso que se agilizan los trámites judiciales.

4°) Vencida la fecha fijada en la sentencia sin que el deudor haya cumplido, queda constituido en mora sin necesidad de requerimiento. Si se acumuló la acción de cumplimiento, en ese mismo procedimiento el acreedor podrá pedir la ejecución coactiva.

§ 227. MORA Y LUGAR DE CUMPLIMIENTO

El pago debe efectuarse en determinado lugar y con puntualidad. En cuanto al lugar, campea como regla de valor residual la que indica que debe hacerse en el domicilio del deudor si otra cosa no resulta de la fuente. Ya se dijo que al interpretar el primer párrafo del art. 509, la doctrina sostiene que la mora auto-

De acuerdo, Moisset de Espanés, *La mora y la reforma*, "J.A.", 1968-V-Sec. Doct-801.

mática rige las obligaciones con plazo determinado. Se trata de saber, ahora, cuál es el régimen de constitución en mora a que se encuentra sometido el deudor de una obligación a plazo, cuando ésta deba pagarse en *su domicilio*.

La hipótesis pensada es la siguiente: llega el día de pago y éste no se concreta; el deudor afirma que esperó en su domicilio —él o una persona autorizada— con resultado negativo, pues el acreedor no se presentó a cobrar, el acreedor sostiene, a su turno, que se trasladó hasta ese domicilio sin que se le realizara el pago. Pues bien, ¿a quién corresponde probar los hechos obstativos del cumplimiento?, ¿será el deudor quien deba probar que el acreedor no concurrió o será éste quien deba probar que concurrió y que fue aquél quien omitió pagar?

a) La prueba incumbe al acreedor

De acuerdo con una primera opinión¹ la prueba incumbe al acreedor. Los fundamentos de esta tesis son los siguientes.

a) Se afirma que, por imperio del principio de buena fe, el acreedor debe cooperar con el deudor presentándose a recibir el pago en el domicilio de éste. La no cooperación del acreedor impide la mora del deudor.

b) Se apela, también, al *favor debitoris*. La interpretación literal del primer párrafo del art. 509 —se dice— puede conducir a una grave injusticia y favorecer la astucia de un acreedor implacable, con mengua del principio tradicional del derecho civil que tiende a facilitar la liberación del deudor. De allí, se añade, el solo vencimiento del plazo no basta; el acreedor debe probar que concurrió a recibir el pago, pues sin esa cooperación no habrá mora del deudor.

c) Imponer al deudor la carga de probar que el acreedor no concurrió a recibir el pago es imponerle una prueba *diabólica*, desde que se trata de un hecho *negativo*. Es mucho más simple para el acreedor probar que él concurrió, pues éste es un hecho positivo. Mientras al acreedor le bastaría demostrar que concurrió en cualquier momento, al deudor se le exigiría la prueba de un hecho negativo que abarcaría las 24 horas del día; si esta exigencia no es "diabólica" —se dice— admítase al menos que es "tortuosa" ².

Especialmente, Vocos, *La mora en las obligaciones cuyo lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor*, en "Prudentia Iuris", n° 7, agosto 1982, p. 93; Greco, *La mora del deudor*, p. 507; Moisset de Espanés, *La mora y la reforma*, "J.A.", 1968-V, p. 794; A. A. Alterin, *El derecho de las obligaciones en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, "J. A.", 1970-Sec. Doct-210; Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de obligaciones*, t.1, p. 220.

¹ Del voto de la minoría en el plenario: "Caja de Jubilaciones v. Juan C. Ruiz y otra", "E.D.", 87-287.

b) La prueba incumbe al deudor

,Otra tesis³ M⁴ que⁵ dhiero, afirma que la prueba debe ser aportada por el deudor. Sus fundamentos, que se expondrán como réplica de los anteriores, son los que siguen:

1°) Que el acreedor debe *cooperar* concurriendo a recibir el pago es una afirmación que no se discute. Es más, la ley le exige una conducta *diligente, activa*, que no agrave la situación del deudor. Pero si bien esto es verdad, no lo es que la ley haya dispuesto que sea el propio acreedor quien deba probar su concurrencia al lugar de pago; por el contrario, en armonía con los principios que gobiernan nuestro sistema de responsabilidad civil, la ley ha *invertido* la carga de la prueba, disponiendo que sea el deudor quien pruebe la ⁶concurrencia. La inversión de la prueba se basa en la experiencia.

En efecto, la experiencia que se recoge a diario en los tribunales enseña que cuando un acreedor acude al juez es porque ya agotó los medios extrajudiciales a su alcance, medios que incluyen visitas, reclamos y toda clase de *colaboraciones* sin éxito. Es que, puesto que el acreedor espera el cumplimiento, es lógico *suponer* que colaboró; allí se encuentra el fundamento de la *presunción* de que el acreedor prestó la cooperación debida.

2°) La no concurrencia del acreedor impide la mora del deudor, la razón radica en que, en tal caso, el retardo no le es imputable y, por lo tanto, *si prueba esta circunstancia*, no se le podrá atribuir responsabilidad por aplicación del cuarto párrafo del art. 509. Algunos autores se resisten a aceptar este argumento, alegando que en nuestro sistema sólo se puede acreditar la inimputabilidad del retardo probando la ruptura del nexo causal; no le bastará al deudor —dicen— probar que obró "sin culpa"⁷. Sin embargo, aun con esta tesis (que he rechazado, *supra*, § 221) no se puede negar que la falta de cooperación del acreedor interrumpe el nexo causal. El deudor no es el autor del retardo, sino el acreedor que dejó de concurrir. Debe concluirse, entonces, que es el deudor quien debe probar que fueron causas ajenas a su voluntad las que impidieron el cumplimiento, por aplicación de la doctrina que fluye del art. 513⁸.

¹¹² Sustentada por G. Borda, *Obligaciones*, t L n° 54, p. 69; Colombres Garmendia, *Algo más sobre mora automática*, "L.L.", 152-491; Bustamante Alsina, *La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio*, "L.L.", 1977-D-841; Morello, A., *Indemnización del daño contractual*, 2ª ed., p. 329; López de Zavalía, R., su voto en "Christiani de Zelarrayán, Olga v. Ocaranza, M S.", "L.L.", 152-491; Cimentes, S., su voto en "Establissement Financier Maneta v. Bairmont S.A.", "L.L.", 1978-D-316.

¹¹³ Este es un claro ejemplo de que la prueba de la no culpa, si bien no libera al deudor del deber de cumplir la obligación, sí lo libera de responsabilidad por mora (*supra*, § 221).

¹¹⁴ Salvat y Galli, *Obligaciones*, 1.1, n° 163; Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, L1, n° 466 y t. III, n° 1922.

3°) Con respecto a las dificultades que afronta quien debe probar un hecho negativo, cabe replicar que, pese al vigor del argumento, no resulta decisivo. Se magnifica, se exagera, aquello de lo diabólico de la prueba, cuando e» realidad sólo se trata de una prueba *difícil* pero, precisamente por ello, los jueces sabrán apreciarla según las reglas de la *sana crítica*, sin el rigor con que deben probarse los hechos positivos. Además, acudirán al *criterio de la normalidad*, para relevar de las dificultades probatorias, frente a ciertas proposiciones negativas de ardua demostración al litigante que debe aportar tales pruebas. ¿Qué es lo que ocurre normalmente?, se preguntará el juez y resolverá en consecuencia¹¹⁵.

No es verdad que el deudor debe probar que permaneció las 24 horas del día del pago en su domicilio en espera del acreedor. La ley no impone una exigencia semejante. Bastará que demuestre que su disposición a efectuar el pago se mantuvo firme y que el acreedor no concurrió a recibirlo dentro de un horario razonable, es decir, dentro del horario en que —normalmente y de acuerdo con nuestros usos y costumbres— se cumplen regularmente las obligaciones.

4°) Cabe señalar, también, que esta tesis es la que resulta de nuestro Código. El sistema de nuestra ley es el siguiente: el art. 509, primer párrafo, dispensa al acreedor de la carga de interpelar, pero no lo libera del deber de cooperar que le impone el art. 1198, debiendo concurrir al domicilio del deudor (arts. 618 y 747). Si bien la falta de cooperación obstaculiza el cumplimiento, queda claro que los efectos del retardo no podrán atribuirse al deudor, porque si *no pudo* cumplir en el tiempo convenido, ello se debió a una causa ajena a su voluntad. Ahora bien, ¿a quién corresponde la prueba de la causa ajena? La ley responde: para liberarse de las responsabilidades derivadas de la mora *el deudor debe probar que no le es imputable* (art. 509, último párrafo).

5°) Es fundamental distinguir entre interpolación y deber de presentación, pues si bien ambas son especies de actos de cooperación, la carga de la prueba no corresponde al mismo sujeto: mientras la prueba de la interpolación corresponde al acreedor, es el deudor quien debe probar que aquél no concurrió a cobrar. En efecto, si bien la prueba de que el acreedor no cooperó corresponde, en general, al deudor, esta regla sufre una excepción con la interpolación, que debe ser probada por el acreedor¹¹⁶. Esta distinción se asienta en estos fundamentos: a) la no cooperación del acreedor determina la ausencia de culpa por parte del deudor,

¹¹⁵ "La jurisprudencia es indulgente —dice Couture— con los que tienen que probar hechos negativos, comprendiendo las dificultades inherentes a esa situación: ha construido para ellos —añade— la doctrina de las *pruebas leviores* y sostenido que para el caso de prueba muy difícil los jueces deben atemperar el rigorismo del derecho a fin de que no se hagan ilusorios los intereses legítimos": Couture, *Fundamentos de derecho procesal*, n° 57, p. 247.

¹¹⁶ Vocos (*La mora en las obligaciones cuyo lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor*, en "Prudentia Iuris", ^ 7, agosto-1982, p. 126) ve en ello una contradicción. No hay tal. Lo dicho en el texto sirve de réplica

por lo tanto, si lo que lo exonera de responsabilidad es precisamente su "no culpa", a él le corresponde probar esta circunstancia. Así resulta, sin dudarlo, del art. 509, cuarto párrafo; b) la interpelación es también un acto de cooperación, pero como consiste en una declaración de voluntad de peculiar contenido y característica y es, además, un elemento constitutivo de la mora del deudor, la carga de la prueba incumbe al acreedor. Si el acreedor no interpela, no habrá mora del deudor, y no la habrá, no porque el deudor, como se dijo *supra*, § 221, no tenga culpa en el retardo, sino porque sin interpelación no hay mora, con prescindencia de la culpa del deudor. Por ello, en aquellas obligaciones en las que es necesario interpelar, si el acreedor afirma que el deudor está en mora debe probar que lo interpeló.

II) SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS EN EL ART. 509

§ 228. ENUNCIACIÓN

La doctrina se ha ocupado de señalar los defectos de técnica legislativa con que fue redactado el art. 509, defección que se patentiza en la ausencia de un principio general que presida nuestro sistema de constitución en mora¹¹⁷. El texto legal se limita a regular tres hipótesis en particular: en el primer párrafo las obligaciones con plazo determinado, en el segundo las obligaciones con plazo tácito y en el tercero las obligaciones con plazo indeterminado. Como consecuencia de los defectos de método, ciertas obligaciones han quedado sin regulación legal, como sucede con las puras y simples y con las de no hacer. Para precisar cuál es el régimen de constitución en mora en estas situaciones no previstas, es menester analizar cada caso por separado¹¹⁸.

§ 229. OBLIGACIONES PURAS Y SIMPLES

Es mayoritaria la opinión según la cual en esta especie de obligaciones el deudor no incurre en mora si no es interpelado^{*}. Para sustentar esta tesis se han ensayado varios argumentos:

¹¹⁷ Por ello Llambías (*Obligaciones*, 11, n° 113 bis, p. 12S) pudo decir que la reforma en esta materia fue puramente *casuística*.

¹¹⁸ Compagnucci de Caso, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código CML*, t II comentario al art. 509, § 4, p. 116.

¹¹⁹ S.C.B.A., 5/5/1985, "E.D.", 117-632; C. Apel. Civ. y Com. San Martín, Sala U, 4/4/1987, "D.J.", 987-2-115; CN.Civ., Salal. 13/4/1989, "J.A.", 1990-II-síntesis.

En contra: Padilla (*La mora en las obligaciones*, § 69, p. 150). Para este autor, en las obligaciones puras la mora del deudor se produce sin interpelación, pues ésta—según dice—rige únicamente para las obligaciones con plazo tácito y no para aquéllas.

a) Se ha pensado que se asemejan a las obligaciones con plazo, sólo que en éstas su vencimiento dependería de un acto potestativo del acreedor 120. Es decir, se piensa que el acreedor difiere el requerimiento hasta que, por su sola *potestad*, decide poner fin a su tolerancia pero debe hacer saber esta decisión al deudor, interpeándolo.

b) Otros¹²¹ sostienen que deben ser tratadas como obligaciones con plazo *tácito*, porque si el deudor no cumple de inmediato, debe entenderse que el acreedor está otorgando, tácitamente, un plazo. Pero, se añade, de la naturaleza y circunstancias de la obligación se infiere que el acreedor puede, mediante interpelación, reclamar el cumplimiento en cualquier momento.

c) Algunos autores¹²² afirman que al no haber sido reguladas en el art. 509 las obligaciones puras, éstas quedan sometidas a la regla de la interpelación. Se alega que si bien la reforma ha modificado todo el art. 509, ello no significa que haya borrado para siempre de nuestro sistema el recaudo interpelatorio, que mantiene plena vigencia para las situaciones no previstas. Precisamente en las obligaciones puras, se dice¹²³, no es posible esperar del respectivo obligado una disponibilidad al instante de la conducta prometida, sino que debe emplazárselo razonablemente, lo que se logra mediante la interpelación.

d) Adhiero a la tesis de la interpelación. La vigencia residual de la regla interpelatoria no puede ser negada. Para comprobarlo téngase presente lo siguiente:

1°) En la obligación pura es donde mejor cuadra la distinción entre exigibilidad y mora. La primera es un "presupuesto" de la segunda, porque no hay ni puede haber mora si antes la obligación no se ha hecho exigible y, a la inversa, una obligación exigible no siempre —ni necesariamente— atraviesa una situación de mora. Desde su nacimiento, la obligación pura es exigible, pero la mora no habrá de producirse sino hasta que el acreedor interpele. Cuando se afirma que la obligación pura es exigible de inmediato, debe entenderse que el tiempo de pago no tiene establecido un *término*, ni expreso ni tácito, por lo que el cumplimiento puede verificarse *desde luego* (luego de la constitución del vínculo)¹²⁴. Si se negara esta discriminación y se pensara que la mora existe

¹²⁰ Es la tesis sugerida por Borda, *La reforma del Código Civil*, n° 126, p. 72, y aceptada por J. Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 119, p. 94.

¹²¹ Moisset de Espanés y Merino, *Reflexiones sobre la clasificación de los plazos*, "E.D.", 41-1007; Kemelmajer de Carlucci, *La mora en las obligaciones puras y simples*, "L.L.", 1976-A-412; CN.Civ., Sala G, 25/2/1986, "E.D.", 117-520.

¹²² Llambrías, *Obligaciones*, t II-B, n° 1505, p. 236; A. Ramella, *La resolución por incumplimiento*, § 30, p. 111; Raffo Benegas y Sassot, *Mora (art. 509, Cód. Civil)*, "J.A.", 1970-Sec. Doct.-764.

¹²³ Rotman, R., *Obligaciones puras: exigibilidad directa o necesidad de previa interpelación*, "L.L.", 1976-C-257.

¹²⁴ "Será exigible —dice el art. 1113 del Cód. Civil español— desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro e incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren". El Tribunal Supremo español, al interpretar! precepto, ha declarado: "no se

desde que la obligación es exigible (sin interpelación), se llegaría a una conclusión absurda: ningún cumplimiento estaría exento de mora, ya que siendo el **••pfeo, 'ŠbiVÉñfúí^** del vínculo, se concretaría después de que la obligación es exigible, con lo cual todo pago se haría —fatalmente— estando el deudor en mora. Pero no es así; el deudor que paga en el momento en que le es requerido el cumplimiento, paga oportunamente, lo que impide considerarlo en mora.

2º) Si se examinan los diversos supuestos que suelen mencionarse como ejemplos de obligaciones puras, se advertirá que en todos ellos la conducta de las partes, posterior a la celebración del acto, conforma lo que la doctrina llama un comportamiento *interpretativo*. Por aplicación de esta premisa, si el tiempo de pago de una obligación no ha sido diferido al futuro, la *reclamación* que formule el acreedor tiene claro sentido interpretativo¹²⁵, ya que significa que el acreedor quiere ser pagado sin más dilación¹²⁶.

§ 230. OBLIGACIONES DE NO HACER

El deudor de una obligación de no hacer, ¿puede incurrir en mora? Tal obligación, ¿es susceptible de cumplimiento tardío o basta la mera ejecución del hecho prohibido para que se configure un incumplimiento definitivo? Se han dado respuestas antagónicas.

a) Según la mayoría de los autores¹²⁷, en las obligaciones de no hacer no tienen aplicación las reglas de la mora del deudor, pues si éste ejecuta el hecho prohibido su actitud implica, sin más, un incumplimiento definitivo. Se afirma que cuando se hace algo que se prometió no hacer, no hay conducta *morosa*, ya que desaparece la posibilidad de cumplir tardíamente la abstención prometida. En España¹²⁸ e Italia¹²⁹ la doctrina sostiene idéntica respuesta.

infringe el art. 1113, al señalar un plazo prudencial para que los demandados hagan el pago de la suma a que se les declare obligados, porque con ello desconoce la sentencia que la obligación de que se trate es *exigible*, desde luego, ni altera su carácter de *pura*". Cfr. Castán Tobeñas, *Derecho civil español*, 12ª ed., L III, p. 179.

¹²⁵ L. Díez-Picazo, *La doctrina de los propios actos*, p. 154.

¹²⁶ Sobre la mora en las obligaciones puras y simples, ver nuestro *Tratado de la mora*, § 83, 2ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

¹²⁷ Busso, *Código Civil*, t. ni, comentario al art. 509, n° 115, p. 268; Lafaille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", vol. II, n° 963, p. 90; Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de obligaciones*, 1.1, p. 497; De Gásperi y Morello, *Derecho civil*, t. II, "Obligaciones", n° 1150, p. 717.

¹²⁸ En el derecho español esta tesis es mayoritaria: Albaladejo García, *Instituciones*, 1.1, "Parte general y obligaciones", p. 575, cita n° I; Castán Tobeñas, *Derecho civil español*, t. II, p. 201; Espín Cánovas, *Manual de derecho civil*, vol. III, p. 205, cita n° 18; A. Hernández Gil, *Derecho de obligaciones*, p. 166. En contra, admite la posibilidad de *retardo* en las obligaciones de no hacer, Cano, *La mora*, p. 18, cita n° 33.

¹²⁹ El art. 1222 del Cód. Civil italiano dice: "Las disposiciones sobre la mora no se aplican

b) La tesis antedicha —en tanto generaliza— es errónea. En efecto, se demostró¹³⁰ que es un error afirmar que en *todas* las obligaciones negativas la sola realización del hecho prohibido implica incumplimiento definitivo. Es necesario distinguir varias especies, pues las prestaciones negativas pueden consistir: a) en la abstención de ejecutar un *hecho único*, de cumplimiento instantáneo o de breve prolongación temporal (v.gr., no comprar un objeto cuando sea ofrecido, no asistir a un determinado acontecimiento que se extenderá por varias horas, etc.)¹³¹; b) en una abstención *continuada*, cuando se asume el compromiso de permanecer en situación de abstención durante un tiempo más o menos prolongado (v.gr., no asistir a espectáculos públicos durante tres meses). Ahora bien, dentro de estas situaciones de abstención permanentes se pueden distinguir dos subespecies: 1°) aquellas que tienen por objeto la *suspensión* de una actividad que el sujeto venía realizando de manera habitual (v.gr., una persona que viene ejerciendo el comercio se compromete a dejar de hacerlo por uno o dos años); 2°) cuando el deudor se compromete a *continuar* en la misma situación de pasividad que venía observando con anterioridad (v.gr., una persona que nunca ejerció el comercio se compromete a continuar en idéntica situación por varios años).

Si se analiza cada una de las especies descriptas, se obtendrán estas conclusiones: cuando se promete la abstención de un hecho único, de consumación instantánea, realizado el acto prohibido, no hay duda de que se produce una situación de incumplimiento definitivo; así, si el deudor promete no asistir a una fiesta y concurre es obvio que habrá incurrido en incumplimiento. Pero si lo que se promete es *continuar* en una determinada situación de pasividad es menester distinguir dos hipótesis: I) si después de realizado el acto prohibido el acreedor ya no tiene interés en que se vuelva a la situación de abstención, se estará en presencia de un caso de *incumplimiento* por falta de interés jurídico; II) si no obstante la realización del acto prohibido, el acreedor tiene interés en que se vuelva a la situación de abstención violada, siempre que ello sea posible, no cabe dudar de que la prestación es susceptible de ejecución tardía. En este último caso los preceptos relativos a la mora del deudor serán de suma utilidad, pues permiten que el acreedor reclame el cumplimiento *en especie*, lo que no sería posible si se tratara de un incumplimiento definitivo. Por ejemplo, si una persona se ha comprometido a no elevar una pared divisoria más allá de cierta altura y lo hace, su vecino podrá obtener la demolición de la pared y exigir que su deudor respete la abstención prometida.

a las obligaciones de no hacer; todo hecho realizado en violación de éstas, constituye de por sí incumplimiento". Cfr. D. Barbero, *Sistema de derecho privado*, t. III, p. 106; R. De Ruggiero, *Instituciones de derecho civil*, t. II, vol. I, p. 142.

¹³⁰ Lo hizo Moisset de Espanés, *Las obligaciones de no hacer y la mora*, "J. A.", 1974-Sec. Doct.-676.

¹³¹ A. von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, 1.1, p. 37.

Por último, en aquellas hipótesis en las que la abstención prometida consiste en *suspender* una actividad que el deudor venía desarrollando habitualmente, es indudable que éste puede quedar incurso en mora; un ejemplo típico de esta clase es la obligación de *no hacer competencia*; si un comerciante conviene con otro que no venderá un determinado producto durante un año y al cabo del tercer mes comienza a venderlo, puede ser compelido a dejar de hacerlo. Si el incumplimiento de la abstención se produce al comenzar a correr el tiempo durante el cual se la prometió, el supuesto encuadra perfectamente en el concepto de mora, pues si bien la abstención no ha comenzado a ejecutarse en el momento debido, para el acreedor es todavía posible y útil la ejecución tardía, es decir, resulta útil que el deudor cese la infracción y comience a abstenerse.

En suma, es incorrecto afirmar que la mora se excluye en *todas* las obligaciones de no hacer, ya que en algunas especies es perfectamente posible que se presente una situación de mora ¹³².

DT) SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL RÉGIMEN DE CONSTITUCIÓN EN MORA

§ 231. OBLIGACIONES NACIDAS DE HECHOS ILÍCITOS

a) Planteo del problema. Las soluciones propuestas

En las obligaciones derivadas de hechos ilícitos, ¿es necesario interpelar al deudor para constituirlo en mora, o ésta se produce *ex re* por la sola comisión del hecho? Los jueces se formularon este interrogante cuando se vieron precisados a determinar el momento a partir del cual debían computarse los intereses de las sumas debidas en concepto de indemnización. En una primera orienta-

¹³² De esta tesis, sostenida por L. Moisset de Espanés, se dijo que adolece de un error conceptual consistente en confundir una obligación de hacer con una de no hacer. Al respecto escribe Albaladejo García (*Instituciones*, 11, "Parte general y obligaciones", p. 575, nota n° 1): "Por ejemplo A, que tiene funcionando un negocio que compete con el de B, se obliga hacia éste a no ejercer ese tipo de actividad durante un año —tiempo en el que B confía en hacerse una clientela— a partir del próximo mes. La fecha llega, A no cesa en su ejercicio, y así retrasa —demora— su cumplimiento que luego le es impuesto por un año de inactividad, a partir de la fecha del comienzo efectivo de ésta. Podría pensarse aquí que hay demora de una obligación de no hacer, la de no ejercer aquella actividad comercial; pero sería erróneo, porque lo que se retrasa es el *cierre* del establecimiento (conducta positiva, obligación de hacer)". Esta crítica no alcanza a destruir, ni siquiera pone en duda la tesis de Moisset de Espanés; en el ejemplo dado, más que el *cierre* del establecimiento interesa al acreedor que el deudor se abstenga de competir con él. Además, por la filosofía existencialista, se sabe que todo no hacer se exterioriza, fatalmente, por medio de un *hacer*, la quietud corporal» máxima expresión de la abstención, se manifiesta por medio de un hacer estar quieto. Pero no cabe exagerar la idea, pues con ella no sólo se discute si en las obligaciones de no hacer puede o no haber mora, sino, lo que es más grave, se corre el riesgo de negar que ellas existan.

ción, la jurisprudencia postuló la necesidad de distinguir, a efectos de computar el curso de intereses, entre delitos y cuasidelitos; tratándose de los primeros, los intereses corren desde la realización del hecho; en los segundos, desde la notificación de la demanda". Pero tal criterio quedó superado por otro pronunciamiento plenario¹³³ en el que se declaró que los intereses correspondientes a indemnizaciones —sea derivadas de delitos o de cuasidelitos— "se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de la reparación". Esta solución, que siempre contó con el apoyo de calificada doctrina¹³⁵, es la que predomina. Según esta tesis, en suma, el obligado a reparar los daños causados por hechos ilícitos (del ito o cuasidelito) se encuentra en mora desde que ha ocasionado el perjuicio, sin que sea necesaria la interpelación del acreedor.

b) Se excluye la teoría de la mora

En primer lugar, cabe destacar que participo de la conclusión que resulta de la tesis antes expuesta, es decir, los intereses corren a partir del momento en que cada perjuicio ha sido causado, sin que sea necesario que el acreedor interpele. Para sustentar esta afirmación no es pertinente, según pienso, recurrir a la teoría de la mora; es más, parece que ésta no tiene aplicación posible en esta materia. Los intereses de las sumas debidas como indemnización corren a partir del momento en que la víctima sufre efectivamente el perjuicio, con prescindencia de la situación de *mora* que se pueda atribuir al obligado. Si se examina el fenómeno a que da lugar la responsabilidad extracontractual se advertirá que en ella es imposible que se configure un verdadero *retardo* y, por consiguiente, la idea de hacer funcionar la interpelación u otra forma de constitución en mora es un absurdo.

Para fundar esta afirmación se invocan estos fundamentos:

I) Sobre todos pesa el deber de no dañar (neminem laedere). Pues bien, cuando se comete un daño, ¿puede afirmarse que su autor incurrió en retardo!

¹³³ Este criterio fue sentado en fallo plenario por las Cámaras Civiles de la Capital Federal *in re* "Iribarren v. Sáenz Briones": C.Civ. en pleno, 15/3/1943, "J.A.", 1943-1-844 y "L.L.", II-9-704. Asimismo: Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 128, p. 159, cita n° 87.

¹³⁴ CCiv. en pleno, *in re* "Gómez, Esteban v. Empresa Nacional de Transporte", 6712/1958, "L.L.", 93-667. Son frecuentes los fallos que admiten la mora del deudor "desde la fecha en que se cometió el ilícito": C.N.Civ., Sala F, 18/12/1987, "J.A.". 1989-1-136; C.N.Civ., Sala J, 7/2/1989, "J.A.", 1989-IU-síntesis.

¹³⁵ Lafaille, *Tratado*, t. VI, vol. I, "Obligaciones", n° 163, p. 163; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 94, p. 75; Bibiloni, *Anteproyecto*, t. II, p. 3, nota al art. 1020, inc. 3; Spota, *El daño moral y el curso de los intereses en la responsabilidad aquiliana*, "J.A.", 1943-1-856. La doctrina posterior a la reforma de 1968 mantiene firme este criterio, Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 68, p. 84; Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 546, p. 176; Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. II, p. 150; L. Moisset de Espanés, *La moray la reforma*, "J.A.", 1968-V-Sec. Doct.-862. En el mismo sentido: C.J.F. San Martín, Sala A, 22/4/1988, "J.A.", 1989-1-124.

No; no se puede pensar que hay retardo en la observancia del deber general de no dañar después de que el daño ha sobrevenido. ¿Cómo procedería —se ha preguntado¹³⁶— requerirle el cumplimiento del deber de no dañar injustamente a otro si, precisamente, ese daño ha acaecido? "La constitución en mora en estos casos sería un absurdo, pues no puede imaginarse que la víctima de un accidente constituya en mora a su deudor para que no ocasione el accidente que, por hipótesis, ha sobrevenido"¹³⁷.

2°) Si se objetara que el retardó existe, no en la observancia del deber de no dañar, sino en el cumplimiento de la obligación de *reparar* el daño ya causado, que es una consecuencia de la violación de aquel deber, cabe la siguiente réplica. En primer lugar, es necesario establecer, con carácter previo, cuál es el *tiempo de pago* de estas obligaciones. La indagación conduce a una sola respuesta: el daño debe ser reparado *inmediatamente después de causado*. Por lo tanto, si ninguna modalidad difiere la exigibilidad del deber de resarcir, no habría más remedio que admitir que el crédito resarcitorio nace puro y simple. Siendo así y con el afán de aplicarlas reglas de la mora, sería menester que el acreedor interpelara para constituir al deudor en mora, cosa que ningún autor admite¹³⁸.

3°) Lo que sucede, en rigor, es que aun siendo una obligación pura, el deudor está obligado a pagar intereses desde que ella nace, aunque no se encuentre en mora. Es así, porque cuando corresponde pagar dinero en concepto de indemnización, ese pago está regido por el principio de *reparación integral*; no tiene carácter *moratorio*. Con razón se ha dicho que las obligaciones nacidas de hechos ilícitos sólo pueden ser satisfechas mediante la *compensación*,[^] decir, por medio de la entrega de una suma de dinero *equivalente* al perjuicio sufrido por la víctima¹³⁹. No debe llamar la atención que se hable de intereses *compensatorios* y no de *moratorios*, porque la palabra *compensación* se usa aquí en el mismo sentido en que se la usa a propósito de la cláusula penal compensatoria que es debida en caso de *incumplimiento definitivo*, por oposición a la pena *moratoria* que se adeuda como consecuencia del retardo (*infra*, aquí, § 250, b). No habiendo aquí retardo, no cabe el interés *moratorio*. Así lo enseña la doctrina francesa a propósito de los arts. 1139 y 1146 del *Code*¹⁴⁰.

¹³⁶ Spota, *El daño moral y el curso de los intereses en la responsabilidad aquiliana*, "J.A.", 1943-1-860.

¹³⁷ Josserand, *Derecho civil*, t. O, vol. I, "Obligaciones", n° 621, p. 501.

¹³⁸ Cfr. BoffiBoggero, *Tratado de las obligaciones*, tLp. 154, n° 16 de esa página. Padilla (*La mora en las obligaciones*, § 65, p. 140) acepta que la obligación de resarcir es *pura* y sostiene que no es necesaria la interpelación del acreedor, porque, según su tesis, en toda obligación pura la mora es automática.

¹³⁹ Henry De Page, *Traite élémentaire de droit civil belge*, tHX n° 100 bis, p. 123 y n° 139, p. 153.

¹⁴⁰ Baudry-Lacantiniere y Barde, *Des obligations*, 1.1, n° 473; Planiol y Ripert, *Tratado teórico-práctico*, t. VI, n° 682, p. 929; Demogue, *Des obligations*, t. IV, n° 486; Josserand, *Derecho civil*, t. n, vol. I, "Obligaciones", n° 621, p. 500.

4°) Por último, con base en el art. 622 del Cód. Civil se podría sostener que en las obligaciones de dar sumas de dinero los intereses tienen siempre carácter moratorio; sin embargo, no se debe perder de vista que ese artículo se aplica cuando la obligación tiene por objeto, *desde su origen*, una suma de dinero y no cuando ésta entra en compensación de un daño sufrido por el acreedor¹⁴¹.

§ 232. EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO

Sin discrepancias se señala que cuando la obtención por parte del acreedor del bien que se le debe se torna imposible o cuando carece de interés en un cumplimiento tardío no hay mora sino incumplimiento definitivo. No se trata de supuestos de mora, sino de liso y llano *incumplimiento*. Por tal razón, no es necesario que el acreedor interpele. Es que si el cumplimiento ha dejado de ser posible, o ya no interesa al acreedor, sería absurdo supeditar la responsabilidad del deudor a la exigencia de un pago ya imposible o inútil¹⁴².

Si la situación de mora, por definición, presupone que, aunque con atraso, el cumplimiento *in natura* continúa siendo de posible y útil realización, se comprende por qué cuando la posibilidad de cumplir se desvanece y sólo cabe la reparación sustitutiva de daños y perjuicios (doctrina del art. 519) no es necesario recurrir a las reglas de la mora (sobre esto, *supra*, § 210).

§ 233. EL PLAZO ESENCIAL

Otro de los supuestos en los que queda excluido el régimen de la mora está dado por las obligaciones con plazo esencial. Recuértese que hay tal en aquella obligación cuyo cumplimiento está previsto para un momento perfectamente localizado en el tiempo, de manera que el mero transcurso de ese tiempo determina que el cumplimiento tardío se torne imposible o inútil. ¿De qué serviría, en tales casos, un *reclamo* de cumplimiento?

También en este caso lo único que queda por hacer después de sucedido el incumplimiento, es indemnizar al acreedor, por lo tanto, excluida la posibilidad de cumplimiento tardío, se excluyen también las reglas de la mora i«.

Cfr. Spota, *El daño moral y el curso de los intereses en la responsabilidad aquiliana*, "J.A.", 1943-1-858, n° 9.

¹⁴² Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. 1, n° 131, p. 162.

¹⁴³ Cfr. João De Matos Antunes Várela, *Das obrigações em geral*, Coimbra, 1970, p. 757.

C) CONSECUENCIAS Y EXTINCIÓN DE LA SITUACIÓN DE MORA

§ 234. CONSECUENCIAS

La importancia de la mora se refleja en las complejas consecuencias a que da lugar. Sin perjuicio de tratar cada tema en su lugar, cabe aquí enunciarlas así:

á) Constituye uno de los presupuestos que determina la responsabilidad del deudor (doctrina del art. 508).

b) En los contratos con *prestaciones recíprocas* (terminología del art. 1204), pone en funcionamiento el mecanismo resolutorio.

c) Traslada los riesgos del caso fortuito al patrimonio del deudor en mora (doctrina del art. 513). La vigencia en nuestro derecho del principio *res perit domino* determina que las contingencias que pudieran afectar el objeto debido corren por cuenta de quien revista la condición de propietario, sea éste el deudor o el acreedor. Supóngase que Juan conserva en su poder una cosa que le ha prestado su dueño, Pedro; si ella se pierde por caso fortuito estando en poder de Juan, el perjudicado resultará Pedro, que es el propietario (arts. 548, 586, etc.). Pero si antes del suceso fortuito Juan hubiese incurrido en mora, la pérdida debe ser soportada por él. Es así, porque la mora del deudor genera la traslación de los riesgos que pendían sobre el propietario, *hacia el patrimonio* del deudor moroso. Este efecto de la mora se sintetiza en la expresión: *mora perpetuat obligationem*. La perpetúa¹⁴⁴ porque mantiene vinculado al deudor no obstante la imposibilidad de cumplir, obligándole a resarcir la pérdida al acreedor.

d) Inhabilita al deudor moroso para provocar la mora del acreedor (doctrina del art. 510). Es necesario distinguir dos situaciones, según que el acreedor actúe exclusivamente como tal o que sea él también deudor.

I°) Si tanto el deudor como el acreedor actúan exclusivamente como tales, la afirmación antedicha debe ser entendida así: el deudor en mora no puede provocar la mora de su acreedor.-Por ejemplo, si el depositario está en mora, en la obligación de restituir no puede, si antes no purga su mora, constituir al depositante en mora respecto del deber de admitir la restitución.

2°) Si, en cambio, se trata de dos personas "que reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, no puede suceder que ambas se encuentren en mora, como deudores, *simultáneamente*. Un ejemplo típico de esta clase lo brinda la compraventa, porque en ella el comprador asume la obligación de pagar el precio y el vendedor la de entregar la cosa, revistiendo, ambos, el carácter de acreedor

¹⁴⁴ Asilo explica Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, t. n, n° 143, letra a, p! 200. Véase: CN.Com., Sala A, 25/3/1985, "RD.", 117-262; CN.Civ., Sala B, 17/2/1987, "J.A.", 1988-1-268; CN.Civ., Sala A, 30/6/1988, "J.A.", 1989-11-148.

¹⁴⁵ En rigor, se trata de dos "centros de interés".

y deudor recíprocamente. En este caso, si el vendedor está en mora respecto de su obligación de entregar la cosa, mientras esta situación no cese el acreedor no podrá quedar en mora respecto de la obligación de pagar el precio ¹⁴⁶.

e) Impide al deudor moroso invocar los beneficios de la teoría de la imprevisión contractual (doctrina del art. 1198), salvo que la mora sea irrelevante.

J) Si se hubiere pactado una cláusula penal, la mora del deudor autoriza al acreedor a exigir su cumplimiento (doctrina de los arts. 654, 655 y cons.).

g) Si uno de los contratantes hubiese dado una *seña*, reservándose el derecho de dejar de cumplir el contrato, perdiendo aquélla, queda imposibilitado de ejercer esta facultad luego de constituido en mora (doctrina del art. 1202).

h) En la prescripción liberatoria, la interpelación al deudor efectuada en forma auténtica suspende su curso "...por una sola vez (...), durante un año o el menor término que pudiese corresponder a la prescripción de la acción" (art 3986).

0 En caso de contienda judicial, la mora del deudor determina que sea él quien deba hacerse cargo de las costas del juicio, aun mediando allanamiento de su parte (art. 70, inc. 1, del Cód. Proa Civ. de la Nación).

§ 235. CESACIÓN DE LA MORA

La mora del deudor se termina por las siguientes causas: a) el *pago* o la *consignación*; b) las *ofertas reales* de cumplimiento; c) la *imposibilidad* de pago; d) la *renuncia* del acreedor a los derechos que le confiere la mora de su deudor.

a) El derecho de pagar después de la mora

Aun constituido en mora, el deudor conserva el derecho de pagar y librarse conforme lo autoriza el art. 505, *in fine* ¹⁴⁷. Es más, si se ofrece un pago que reúne las condiciones de idoneidad necesarias (identidad, integridad, etc.) y el acreedor se niega a recibirlo, el deudor queda habilitado para proceder a la consignación judicial ¹⁴⁸ (art. 725, inc. 1) ¹⁴⁹. Esta tesis se funda en las siguientes razones: I°) entre los efectos que produce la mora del deudor no se computa la pérdida del derecho del deudor de pagar tardíamente; por el contrario, este

¹⁴⁶ C.Apel. Civ. y Com. San Martín. Sala IL 7/5/1985, "E.D.", 117-641.

¹⁴⁷ CN.Civ., Sala A, 21/11/1986, "L.L.", 1987-B-114; *idem*. Sala G, 25/2/1986, "E.D.", 117-520; *idem*. Sala B, 30/4/1985, "E.D.", 116-634; C.N.Com., Sala D, 27/10/1986, "L.L.", 1987-B-125.

¹⁴⁸ Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 234, p. 101.

¹⁴⁹ Busso (*Código Civil*, t. V, art. 758, n° 26, p. 597), Colmo (*De las obligaciones en general*, n° 631) y Borda (*Obligaciones*, 11, n° 78, p. 89 y n° 767, p. 585) aseguran que no debe admitirse el derecho de pagar por consignación al deudor en mora. Los argumentos en que se apoya es'a afirmación no son convincentes.

derecho es congruente con la naturaleza del retardo, pues cuando la factibilidad de cumplimiento tardío desaparece, es porque no hay mora sino incumplimiento definitivo; 2°) si bien la mora *incrementa* la cuantía del objeto debido, ello no autoriza al acreedor a negar al deudor el derecho a liberarse; 3°) siempre que el pago ofrecido sea *íntegro* el acreedor nada puede objetar al deudor. Se ha de tener presente que desde el inicio de la mora, al objeto originariamente debido se le debe sumar otro cuya fuente es, precisamente, la mora en que incurrió el deudor. Es decir, además del objeto específico, el deudor está obligado a indemnizar el daño *moratorio*. El acreedor tiene derecho a exigir lo uno y lo otro en tanto que el deudor no puede pretender liberarse pagando sólo uno de tales rubros.

Se suele señalar que el derecho de pagar no puede invocarse cuando se ha incumplido una obligación dotada de plazo esencial. La afirmación es obvia, porque en tal supuesto el mero vencimiento del plazo determina la pérdida del interés del acreedor en el cumplimiento tardío. No se trata, como ya se dijo, de supuestos en los que tengan aplicación las reglas de la mora, sino que rigen las normas que sancionan el incumplimiento definitivo de las obligaciones.

b) Las ofertas reales

Cesa también la mora del deudor cuando éste se dirige a su acreedor y le formula un ofrecimiento real, efectivo e íntegro de cumplimiento.

c) Imposibilidad de pago

Se dice que la mora del deudor cesa cuando sobreviene una imposibilidad de pago, respaldando tal afirmación en el art. 889 del Cód. Civil. Se afirma que en este caso la mora se extingue porque desaparece la posibilidad de cumplimiento tardío del objeto específico. Según pienso, lo que sucede es la extinción de la primitiva obligación, y si la obligación se extingue, ya no se puede hablar de mora; de allí que se diga que cesa la mora del deudor en el cumplimiento de esa obligación.

d) Renuncia del acreedor

Opina la mayoría de los intérpretes¹⁵⁰ que la mora del deudor se extingue cuando el acreedor renuncia a los derechos que ella le confiere. Si bien la renun-

¹⁵⁰ Lafaille, *Tratado*, t. VI, vol. I, "Obligaciones", n° 123; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 96; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 11, n° 110, p. 120; Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 136, p. 171; Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, t. II, n° 75; Andreas von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. II, p. 118; Enneccerus y Lehmann, *Derecho civil*, t. II, vol. I, "Obligaciones", p. 227.

cia puede ser expresa o tácita, la manifestación de voluntad en tal sentido debe ser inequívoca, pues no se presume. Para determinar los alcances de la renuncia debe estarse, en primer lugar, a lo que resulte de la voluntad del finitente: si hay dudas, su alcance debe ser interpretado restrictivamente; por ello, la simple espera después del vencimiento no puede ser entendida como una renuncia¹⁵¹. La jurisprudencia se muestra vacilante para establecer el sentido de las *trativas posteriores* a la mora; algunos fallos han interpretado que tales negociaciones importan una verdadera renuncia tácita del acreedor a los derechos que resultan de la mora del deudor; otros, en cambio, se han pronunciado en sentido contrario¹⁵².

Cabe, por último, puntualizar que existen supuestos en los cuales la ley no autoriza la renuncia extintiva de los efectos de la mora; así, por ejemplo, el art 50 de la Ley de Seguros 17.418, dispone: "El asegurado no puede renunciar a los beneficios adquiridos por la mora del asegurador".

§ 236. BREVE COMENTARIO SOBRE EL RÉGIMEN DE LA MORA DEL DEUDOR EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

Al tratar sobre la responsabilidad por incumplimiento, el Proyecto de Código Civil de 1998¹⁵³ propone regular lo concerniente a la mora en ocho artículos —desde el 1592 al 1599, inclusive—. Al respecto considero:

a) Requisitos de la mora

Según el art. 1592: "Hay mora si el deudor retarda el cumplimiento de su obligación y concurre el correspondiente factor de atribución de responsabilidad. El deudor no incurre en mora si el acreedor no presta el deber de cooperación establecido por el art 677". Dejando de lado lo concerniente a la interpelación me ocuparé de dos cuestiones: el factor de atribución y el deber de cooperación.

¹⁵¹ Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 77, p. 87; Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 132, p. 171.

¹⁵² CN.Com., Sala C, 7/9/1960, "L.L.", 102, p. 402.

¹⁵³ En la Argentina, las propuestas de unificación de la legislación civil y comercial ya son reiteradas; desde el año 1987 se han sucedido cuatro proyectos; el último, si nos atenemos a la fecha que luce en el texto de la Nota de Elevación, fue remitido por la comisión redactora al Ministerio de Justicia de la Nación el 18/12/1998 y de allí pasó a la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados. Este Proyecto que, a diferencia de los tres anteriores, propone una modificación íntegra del Código Civil vigente, divide las materias contenidas en él en siete libros. En el cuarto se ocupa "De los derechos personales" y está subdividido en cuatro títulos: el primero trata "De las obligaciones en general", el segundo, "De los contratos en general", el tercero, "De los contratos en particular" y el cuarto, "De otras fuentes de las obligaciones"; en el cap. I de este cuarto título se ocupa de la "Responsabilidad civil".

¹⁵⁴ Según el primer párrafo del art 1592, para el Proyecto los requisitos de la mora del deudor serían dos: el retardo y el factor de atribución de responsabilidad. Como se ve, la interpelación

1) El factor de atribución y la carga de la prueba. — ¿Cuál es la regla o el principio general en punto a los factores de atribución dentro del sistema del Proyecto? A falta de disposición legal o estipulación de las partes, "el factor de atribución es la culpa", dice en términos explícitos el art. 1602, segundo párrafo. Esto permite aseverar que, en el tema que tratamos, la regla es que "no hay mora sin culpa del deudor, salvo que la ley o las partes dispusieran lo contrario". El Proyecto se aparta así de la doctrina que se pronunció por la responsabilidad objetiva ante el incumplimiento de las obligaciones.

¿A quién corresponde la carga de probar que concurre el factor de atribución? Según el art 1619, la carga de la prueba "corresponde a quien la alega", salvo que la ley o el contrato dispongan lo contrario; es decir, en principio co-

luce por tu ausencia. En nuestro derecho, con anterioridad a la reforma del año 1968, la mas calificada doctrina, sin mayores discrepancias, sostenía que los requisitos de la mora eran tres: el retardo, el factor de atribución y la interpelación (p.ej., Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 87, p. 103; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 127). Esta afirmación guardaba exacta congruencia con el texto del derogado art 509 que sentaba en esta materia una regla general según la cual no había mora sin interpelación. Con posterioridad a la reforma del año 1968, y pese al giro de ciento ochenta grados que se le imprimió al art 509, la mayoría de la doctrina continuó afirmando que los elementos de la mora eran los tres señalados (p.ej., Cazeaux, *La mora en el cumplimiento de las obligaciones*, Lex, La Plata, 1977, p. 156; Gagliardo, *La mora en el derecho civilly comercial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 15). Ello no importa desconocer que para un prestigioso autor (Moisset de Espanés, *Reflexiones en tomo a la mora del deudor*, trabajo publicado en el "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba", 1976/1977, p. 253) los elementos de la mora quedaron reducidos —por efecto de la reforma— a dos, el retardo y la impuntualidad subjetiva. Y sin desconocer, incluso, que se llegó a sostener que la mora requería de un solo elemento, el retardo, pues tanto la culpa cómo la interpelación habían sido suprimidas por el art. 509, según el texto incorporado al Código Civil por la ley 17.711 (Borda, *La mora*, publicado en la revista "Jus", n° 4, p. 247).

Seguramente los autores del Proyecto han tenido el propósito deliberado de reducir la interpelación a su mínima expresión. Si bien este proposito no ha sido revelado en los "Fundamentos del Proyecto de Código Civil", así parece resultar de los arts. 1593 y 1595, que, según se verá, proponen consagrar a cualquier precio la mora automática como sistema dominante y excluyente. Sin embargo, como también se verá, no es ésa la mejor decisión de política jurídica, máxime cuando se quiere hacer funcionar la mora automática aun en aquellas obligaciones —como las de plazo tácito— en las que nadie en nuestra doctrina, ni el propio Borda, dejó de reconocer que la mora del deudor debía quedar sujeta a la previa interpelación del acreedor. Tampoco servirá para justificar la supresión de la Interpelación de la nómina de requisitos de la mora, la afirmación de que como el Proyecto legisla también sobre la mora del acreedor, no debía Incluirse la interpelación, como si se tratara de un requisito general, porque ésta es exclusiva de la mora del deudor. Esa afirmación no servirá, por dos razones: 1°) porque el art. 1593 se refiere a la mora del deudor y, como es obvio, a ella se refiere y no a la mora del acreedor; 2°) porque el Proyecto —al tratar lo concerniente a la mora del acreedor— incluye explícitamente como requisito a la "oferta real de pago" (art 1598), que et el equivalente de la interpelación en la mora *debitoris*.

En definitiva, ante la excesiva expansión que el Proyecto pretende darle al sistema de mora automática y ante el importante número de hipótesis en las cuales la mora automática es dudosa, la supresión de la interpelación como requisito de la mora del deudor luce como una omisión reprochable.

{responderá esa prueba al acreedor, pues es él quien, por hipótesis, alegará que la mora del deudor es culpable. Al deudor le corresponderá probar, por el contrario, que concurren circunstancias que excluyen su culpabilidad. Además, también le corresponderá al acreedor probar la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño (art. 1.020). Como se ve, el Proyecto hace caer por su base aquella animación —sustentada por toda la doctrina— de que el incumplimiento "se presume culpable".

H) *La falta del deber de cooperar*. — El segundo párrafo del art. 1592, en tanto establece que si el acreedor no presta la cooperación necesaria no habrá mora del deudor, no hace otra cosa que receptar lo que para la doctrina¹⁵⁵ es desde hace mucho una verdad sin controversias. Desde esta perspectiva, el texto proyectado no merece reproches. Sin embargo, la sorpresa es grande cuando más adelante se lee el inc. 2 del art. 1595 del mismo Proyecto. Allí se dice que la interpelación *stfi* necesaria: "Si... el acreedor no presta la cooperación necesaria para el cumplimiento oportuno".

La hipótesis que sorprende es la siguiente: a) si el acreedor no coopera, no hay mora del deudor (art. 1592, segundo párrafo); b) si el acreedor no coopera, para que el deudor incurra en mora es necesaria la interpelación del acreedor (art. 1595, inc. b)). Ahora bien, la redacción que se le ha dado a estos textos abre el camino a interpretaciones perjudiciales para los deudores. En efecto: si un deudor concreto no puede pagar porque su acreedor no coopera, podría quedarse tranquilo porque esa falta de cooperación impide que él quede constituido en mora. Sin embargo, si el acreedor, manteniendo su falta de cooperación, decide interpelar al deudor, lo constituirá en mora por aplicación del art. 1595, inc. b)). Es decir, se le da al acreedor el instrumento (la interpelación) que le permitirá pasar por alto su falta de cooperación; o bien, se ha pensado erróneamente que la interpelación suple o reemplaza el deber de cooperar.

No es así. El deber de cooperar se presenta como un comportamiento autónomo y distinto respecto de la interpelación. El "deber de cooperar" y la carga de la "interpelación" son cosas bien diferentes, como queda demostrado analizando una obligación que debe ser pagada en el domicilio del deudor.

En efecto: si la obligación debe ser pagada en el domicilio del deudor, aunque el plazo esté vencido, el deudor no estará en mora si el acreedor no se presentó en aquel domicilio a cobrar; el no presentarse se interpreta como una "falta de cooperación". Pero, pese a su no cooperación, según el Proyecto, el acreedor podría de todas maneras poner al deudor en mora dirigiéndole una formal interpelación. ¿Por qué? Porque según el art. 1595, inc. b)), cuando el acree-

¹⁵⁵ Ernesto R. Greco, *La mora del deudor en la reforma de 1968*, trabajo publicado en "Revista del Notariado", n° 716, p. 506. Sobre el deber de cooperar: Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*, 1.1, § 10, 11, e, p. 154; Betti, *Teoría general de las obligaciones*, 11, p. 102; Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho civil*, p. 191.

dor no coopera es necesaria la interpelación, de donde cabe deducir que el acreedor puede constituir al deudor en mora, interpelándolo. A esa conclusión se llega porque el Proyecto dice que si el acreedor no presta la cooperación debida, es necesaria la interpelación, desconociendo que cuando el acreedor no coopera lo que debe hacer es cesar esa conducta omisiva y cooperar, de nada valdrá que interpele si mantiene su decisión de no cooperar. Si el acreedor no se presenta en el domicilio del deudor a cobrar, aunque luego lo interpele, el deudor no estará en mora porque el acreedor no habrá prestado la cooperación que le era exigible¹⁵⁶.

b) Los supuestos de mora automática

Según el art. 1593 del Proyecto: "La mora del deudor se produce automáticamente: a) Al tiempo en que el pago debe ser realizado, conforme los arts. 825 y 826; b) Si el deudor manifiesta inequívocamente su decisión de no cumplir; c) Si, en los casos en que es necesaria la interpelación, ésta resulta imposible por una causa atribuible al deudor; d) Si una disposición legal o una estipulación contractual eximen de requerir el cumplimiento".

Está claro que el espíritu del Proyecto es consagrar el sistema de mora automática. Sólo resta determinar cuáles son las obligaciones que quedarían comprendidas en el régimen de mora *ex re*, para lo cual se debe analizar cada uno de los incisos proyectados:

I) *Los arts. 825 y 826.* — Leído el art. 1593 el intérprete sólo sabe que la mora es automática en diferentes supuestos, pero si desea saber cuáles son esos supuestos debe remitirse, en primer lugar, a los arts. 825 y 826 del Proyecto. El reenvío no estará exento de sorpresas.

I') *Plazo cierto e incierto.* Según el inc. a) del art. 825, el pago debe ser hecho: "Si el cumplimiento de la obligación está sujeto a plazo cierto o incierto, determinado expresamente, en la fecha de su vencimiento" (art. 825, inc. a)). Según este primer inciso, está claro que los autores del Proyecto proponen que la mora sea automática en aquellas obligaciones sujetas a plazo determinado expresamente, sea el vencimiento cierto o incierto. A la luz de la polémica que había desatado la interpretación del primer párrafo del art. 509 según la redacción de la ley 17.711, queda claro que los autores de este Proyecto tomaron partido y se inclinaron por extender la mora automática a las obligaciones de plazo incierto en términos que no admiten dudas¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Cfr. L. Moisset de Espanés y R. D. Pizarro, *Reflexiones en torno a la mora del deudor y el lugar de cumplimiento de las obligaciones*, trabajo publicado en "Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba", XLIV, n.º 1 y 2, p. 257.

¹⁵⁷ Es la tesis aceptada: *supra*, § 224, b).

2') Plazo establecido según usos y prácticas. Según el inc. b) del art. 825 el pago debe ser hecho:

"Si el tiempo de cumplimiento resulta de los usos o de las prácticas establecidas entre las partes, en ese tiempo" (art. 825, inc. b)). Se nota aquí la incidencia del derecho comercial, ámbito en el cual los usos y prácticas tienen mayor aplicación que en el derecho civil. Se entiende, por lo tanto, que el Proyecto proponga que si en una determinada relación jurídica, por ejemplo, en un contrato atípico de prestación de servicios y de suministro de mercaderías, "las partes hubiesen establecido, por expresa remisión a los usos y prácticas reiteradas y habituales en el lugar de celebración, que los pagos al prestador de servicios y suministrante se hicieran los días 10 de cada mes, esa fecha venga a ser el tiempo" (art. 825, inc. b)) en que los pagos deben siempre cumplirse, mientras dure el contrato. Y aprovechando que se tiene así restablecido un "tiempo de pago", el art. 1593 dispone, por reenvío, que el solo vencimiento de ese tiempo importe la mora automática del deudor. No hay problema en aceptar que esta hipótesis quede incluida en el régimen de mora automática, siempre que tal hipótesis no sea interpretada nada más que como una variante de la clase de obligaciones contemplada en el precedente inc. a) del mismo art. 825; es decir, siempre que se la considere como una obligación con plazo determinado expresamente por las partes. La diferencia entre estas obligaciones con las previstas en el inc. a) estará dada por el medio empleado para la determinación expresa del plazo de vencimiento.

En efecto:

a) En las obligaciones del inc. a), las partes incluyen en el contrato una cláusula en la que fijan cuándo se deben cumplir los pagos, sea que la determinación recaiga en una fecha cierta o en una incierta.

b) En las obligaciones del inc. b), las partes proceden a determinar el tiempo de pago, remitiéndose a los usos y prácticas que son habituales en el lugar de celebración, usos que revelan en qué fecha, que puede ser cierta o incierta, deben hacerse los pagos.

Fundamos nuestra interpretación en las siguientes razones: 1') en primer lugar, en el sistema del Proyecto, para que los usos y costumbres sean vinculantes es necesario que la ley se refiera a ellos o, como alternativa, es necesario que las partes se remitan a ellos (así del art. 60, inc. a), del Proyecto). En el caso que tratamos, para que una fecha en que usualmente se realiza el pago se convierta en un "uso vinculante" es necesario que las partes se remitan a ese uso declarándolo así expresamente en el contrato. Pero he ahí que remitirse al uso importa tanto como establecer expresamente esa fecha usual, como plazo expreso de vencimiento. Por lo tanto, en función de que las partes se remitieron a ese uso, no hay problema en aceptar que se está ante una hipótesis de mora automática. Siempre, claro está, que tanto "el uso" como "la remisión al uso" estén debidamente probados; 2') si bien el art. 825, inc. b), no menciona la expresión "uso

vinculante", sino que se refiere a "usos y prácticas establecidas" entre las partes, se debe interpretar que "establecer un uso" importa tanto como "remitirse al uso", pues de lo contrario el art. 825, inc. b), no guardaría congruencia con el art. 60, inc. a), del mismo Proyecto. Si se acepta la sinonimia, entonces se tendrá que si un plazo o tiempo de pago es usual en el lugar de celebración del contrato y las partes establecieron, por remisión, que ese uso integra el contenido normativo del contrato, se tendrá —reiteramos— que las partes han querido establecer expresamente que el plazo de vencimiento sea el usual en ese lugar; 3°) por último, nos referimos a los usos del "lugar de celebración", porque según el art. 914 del Proyecto, éstos son los usos que integran el contenido del contrato y no otros.

Pero si las partes no se remiten a los usos ni éstos resultan establecidos de otro modo, los usos no serán vinculantes (citado art. 60, inc. a)), razón por la cual el transcurso del tiempo éñ: que usualmente se hacen los pagos no determinará la mora del deudor. Para que esto ocurra el acreedor deberá interpellarlo (interpretación que se extrae del art. 1595, inc. a)).

3°) Plazo tácito. Según el inc. c) del art. 825, el pago debe ser hecho:

"Cuando el cumplimiento de la obligación está sujeto a plazo determinado tácitamente, si éste resulta de la naturaleza y las circunstancias de la obligación, en la fecha en que, conforme a la buena fe, corresponda el cumplimiento; y en los demás casos, en la fecha que fije el acreedor, con conocimiento del deudor" (art. 825, inc. c)). La simple lectura del Proyecto (arts. 1593 y 825, inc. c)) deja ver que es propósito de sus autores extender el régimen de mora automática, incluso, a las obligaciones con plazo tácito. Estas obligaciones están previstas en el segundo párrafo del actual art. 509 y, respecto de ellas, nadie ha dudado en nuestra doctrina de que para que se produzca la mora del deudor es necesario que el acreedor lo interpele. El Proyecto, sin proporcionar explicación alguna, ha decidido proponer que aun en las obligaciones con plazo tácito la mora del deudor sea automática.

Por las razones ya expuestas¹⁵⁸, la propuesta resulta inadmisibile.

4°) Plazo indeterminado. Según el inc. d) del art 825, el pago debe ser hecho:

"Si el cumplimiento de la obligación está sujeto a plazo indeterminado, en la fecha que fije el tribunal. La fijación es realizada a pedido de parte, mediante el trámite más breve que prevea la legislación local, y puede ser acumulada a la demanda por cumplimiento" (art. 825, inc. d)). Esta hipótesis es la misma que está prevista en el tercer párrafo del vigente art. 509. Se refiere a las obligaciones que la doctrina calificó como de plazo "indeterminado propiamente dicho" i». Nada cabe agregar respecto de esta hipótesis.

Supra § 225.

Supra § 226.

5') Plazo esencial. Según el inc. e) del art. 825, el pago debe ser hecho:

"Si de la naturaleza y las circunstancias de la obligación resulta que la fecha en que debe ser realizada la prestación es esencial para el acreedor, en esa fecha". Éste es un error de técnica en el que incurre el Proyecto.

La hipótesis prevista en este inciso es el de la obligación con plazo esencial, hipótesis en la que no es posible la configuración de la mora, en tanto ésta supone la posibilidad de ejecución tardía. Por lo tanto, si en esta clase de obligaciones no existe o desaparece la posibilidad de que el deudor incurra en mora, predicar que en ellas la mora es automática constituye un error de técnica.

6') Pago manual o al contado. Según el inc. f) del art. 825, el pago debe ser hecho:

"Si se trata de una contra prestación que debe ser pagada al contado, al ser realizada la correspondiente prestación". Quedarían comprendidas en este inciso las obligaciones emergentes de los contratos manuales y todas aquellas en las que el pago debe ser efectuado al contado, es decir, inmediatamente después de cumplida la contraprestación de la otra parte. Respecto de estas obligaciones, llamadas puras y simples o de exigibilidad inmediata, se dijo que era necesaria la interpelación.

7') El art 826. Obligaciones sin plazo: "Si el cumplimiento de la obligación carece de plazo, el pago debe ser hecho en la primera oportunidad que su índole consienta". Este artículo merece una serie de observaciones: a) en primer lugar, se refiere a la obligación que "carece de plazo", empleando una frase que no es la más adecuada, pues conduce a conclusiones equívocas. En efecto, si la obligación carece de plazo, debe ser considerada como una obligación pura y simple (salvo que esté afectada por una condición o un cargo) y, siendo así, sería de exigibilidad inmediata; b) pero es evidente que el Proyecto quiere referirse a otra clase de obligaciones, a aquellas cuyo cumplimiento queda postergado, resulta innegable que entre la constitución o nacimiento del vínculo obligatorio y el pago se intercala un lapso que no puede ser otra cosa que un plazo, pues se debe tener presente que el plazo constituye una "distancia entre dos límites temporales"¹⁰⁰; c) de allí que llamar obligación "sin plazo" a aquella en la que el pago no se hará en la misma oportunidad en la que la obligación nace, sino después, constituye un error, pues el lapso existente entre el nacimiento de la obligación y su pago es irremediablemente un plazo; d) ¿cómo se habrá de determinar cuándo la índole de la obligación consiente el cumplimiento? Si bien será ésta una cuestión de hecho que dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, no se discutirá que es posible que la llegada de esa oportunidad puede estar supeditada a actos o comportamientos de una de las partes o

Cfr. López de Zavalía, F., *Reflexiones sobre el tiempo en el derecho*, "Revista Jurídica" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, n° 25, p. 20.

de ambas; *é*) es en razón de esa posibilidad que pensamos que hubiese sido conveniente que la mora del deudor en esta especie de obligaciones dependiera de la previa interpelación del acreedor, porque al funcionar la interpelación se evitarían, seguramente, problemas probatorios acerca de si ha llegado, o no, la oportunidad en que la índole de la obligación consiente el cumplimiento.

II) *Los incs. b) y c) del art. 1593.* — Estos incisos se refieren a dos supuestos concretos, a saber que el deudor confiese que no va a cumplir (inc. b)); que el deudor impida que el acreedor lo interpele (inc. c)). Nadie en nuestra doctrina ha dudado que en estos dos casos la mora del deudor debe ser automática, tal como resulta del Proyecto.

HI) *El inc. d) del art. 1593.* — Según este inciso, la mora también será automática en aquellos casos en que la ley o el contrato dispensen al acreedor el "requerir el cumplimiento". Pienso que aquí los autores del Proyecto cayeron en una trampa, pues esta disposición estaría justificada si el sistema del Proyecto hubiese sido el de la interpelación, pero en un sistema de mora automática, esta excepción luce un tanto desubicada. En otros términos, si el Proyecto hubiese sentado —como regla general— que "no habrá mora del deudor sin interpelación", entonces estaría justificado que, por excepción, se dispusiera que la interpelación no será necesaria cuando la ley o el contrato así lo estatuyeran. Pero ocurre que no se ha sentado la regla de la interpelación, circunstancia ésta que sumada a lo que dispone el art. 1595, inc. a) lleva el casuismo a su expresión más gruesa.

En efecto: Si el intérprete se pregunta ¿cuándo es necesaria la interpelación?, encontrará esta respuesta: cuando así resulte de "una disposición de la ley o de la estipulación de las partes" (art. 1595, inc. a)). Y si el mismo intérprete se pregunta ¿cuándo no es necesaria la interpelación?, ya conoce la respuesta: cuando "una disposición de la ley o una estipulación contractual" así lo disponga (art. 1593, inc. d)). Quiere esto decir que, en cada caso concreto, será la ley o la estipulación de las partes la que decidirá si se debe o no interpelar, con lo cual el casuismo puede trocarse en caos.

¿Y qué decir cuando la ley o las partes nada dicen?

c) Liberación o atenuación de los efectos de la mora automática

Según el art. 1594 del Proyecto: "Aunque el simple retardo produzca la mora automática conforme a los incs. a) y c) del artículo anterior, el tribunal tiene atribuciones para liberar al deudor de sus efectos, o atenuarlos, si éste demuestra que su aplicación estricta transgrede la regla de buena fe". Estoy de acuerdo con esta atribución que se pretende conferir a los jueces para que pue-

dan morigerar los efectos de la mora automática cuando el deudor prueba que la pretensión del acreedor es injusta o se aparta de h» buena fe.

d) Interpelación

Según el arL 1595: "Tara que el deudor incurra en mora es necesaria la interpelación en los siguientes casos: a) Si tal resulta de una disposición de la ley o de la estipulación de partes; b) Si, tratándose de un caso comprendido en el art. 1593, el acreedor no presta la cooperación necesaria para el cumplimiento oportuno". A modo de última síntesis cabe dejar sentado que está claro que el Proyecto pretende reducir la interpelación a su mínima expresión, dejándola sólo subsistente cuando la ley o las partes la impongan como necesaria. Por las razones que ya fueron expuestas, no creo que sea ésta la decisión correcta.

e) Demora justificada

Segtjn el art. 1596 del Proyecto: "Si el deudor, no obstante su demora, está eximido temporalmente del cumplimiento por una causa ajena a su responsabilidad, cuando ésta es removida se aplican las reglas de los arts. 825 y 826". ¿A qué clase de obligaciones se refiere este artículo? Contamos con dos elementos para individualizarlas: a) por un lado, el deudor demora el cumplimiento; b) por otro, la demora se debe a una causa ajena a la responsabilidad del deudor. Ahora bien, si el pago está demorado, quiere decir que ya transcurrió el "tiempo de pago", pues de otro modo no tendría sentido hablar de "demora", aunque no hay responsabilidad del deudor, porque la causa de la demora le es ajena. Removida la causa de la demora, dice el art. 1596 que "se aplican las reglas de los arts. 825 y 826" que están referidos al "tiempo de pago". Y aquí se abre este interrogante: ¿a pesar de que el deudor está en demora se debe buscar un nuevo tiempo de pago de acuerdo con los distintos casos previstos en los arts. 825 y 826? Me parece que si el deudor ya está en demora, removida su causa el cumplimiento debe ser inmediato; es decir, después de que ha desaparecido la causa de la imposibilidad, la obligación se transforma en pura y simple y es de exigibilidad y cumplimiento inmediato.

f) Conclusiones

Como conclusiones, se señala que el Proyecto:

1) Omite incluir a la interpelación como uno de los requisitos de la mora del deudor (art. 1592). Pensamos que se trata de una omisión reprochable.

II) Resuelve que —por regla general— el factor de atribución es la culpa o, en su caso, el dolo. Por excepción, si la ley o las partes así lo estipulan, la responsabilidad por mora será objetiva (arts. 1592, 1602).

IU) La carga de la prueba de la concurrencia del factor de atribución y de la relación de causalidad corresponde al acreedor, salvo que la ley o las partes dispongan lo contrario (arts. 1619 y 1620). Se deja de lado, así, la regla según la cual "el incumplimiento se presume culpable".

IV) Pretende expandir el sistema de mora automática a hipótesis en las que la interpelación resulta necesaria, como ocurre con las obligaciones de plazo tácito (arts. 1593, 825 y 826).

V) Abre la posibilidad de que se interprete que la interpelación del acreedor puede reemplazar la carga y el deber de cooperar que le es exigible (arts. 1592, segundo párrafo y 1595, inc. b)).

VI) Lleva el casuismo a extremos peligrosos. Ante la ausencia de una regla general, de valor residual o subsidiario, deja sin resolver las hipótesis no previstas en la ley o en el contrato (arts. 1593 y 1595).

VII) El legislar sobre la mora del acreedor es el mayor acierto del Proyecto en ésta materia (art. 1598).

CAPÍTULO VTJJ
EJECUCIÓN FORZADA Y MEDIOS COMPULSIVOS

A) EJECUCIÓN FORZADA

§ 237. INTRODUCCIÓN

El acreedor tiene derecho al objeto específico. Si la obligación se desarrolla con normalidad, obtendrá ese objeto por medio del pago. Pero si el deudor no observa la conducta debida y queda constituido en mora, ¿a qué tiene derecho el acreedor? Tiene derecho a recurrir a un *procedimiento judicial* que le permita obtener aquel objeto o, en su defecto, a que se le pague una indemnización sustitutiva venciendo así la resistencia del deudor. ¿De qué depende? Depende de que la obtención del objeto específico sea posible y útil. Si es todavía posible y útil se está ante una situación de *inejecución*, frente a la cual cabe el procedimiento judicial que puede consistir, según las circunstancias, ya en la ejecución "directa", ya en la ejecución "por otro". Puesto que en ambos casos se pretende el bien debido, no uno sustituto, y se cuenta con el auxilio de la fuerza pública, es atinado denominar a este procedimiento, *ejecución forzada*. Si esta ejecución ya no es posible, o es inútil, se está ante un *incumplimiento*² que sólo deja lugar a la indemnización sustitutiva.

Estas alternativas resultan del art. 505 del Cód. Civil. De su texto se desprende que para nuestra ley es posible, y hasta necesario, discriminar dos hipótesis según que el deudor incurra en *inejecución* o en *incumplimiento*. Si sucede lo primero, el acreedor tiene derecho, mediante el empleo de los medios lega-

¹ Cfr. Echevesti, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art. 505, §1, p. 61; Salvaty Galli, *Obligaciones*, n° 72, p. 87; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 47, p. 40; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, t 1, n° 325, p. 135; Mayo, en Be-Uuscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t II, comentario al art 505, § 1, p. 580; Compagnucci de Caso, *Manual de obligaciones*, § 69, p. 100; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 2, p. 44; J. Puig Brutau, *Fundamentos del derecho civil* t L vol. II, p. 451; Orlando Gomes, *Obrigagões*, n° 130, p. 213; J. W. Hedemann, *Tratado de derecho civil* vol. III, "Obligaciones", § 18, p. 155.

² Sobre el significado de los términos, "inejecución" e "incumplimiento", *supra* § 216, e), puntos II y VI. Confrontar, por ejemplo, con Orlando Gomes, *Obrigagões*, n° 132-133, p. 218.

les, a la ejecución directa "...a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado" (inc. 1) o a la ejecución por otro "...a costa del deudor" (inc. 2). Si hay incumplimiento, el acreedor tiene derecho a obtener del deudor, ya rio él objeto específico, sino "...las indemnizaciones correspondientes" (inc. 3)³. También se debe indemnizar al acreedor en caso de daño moratorio.

§ 238. EJECUCIÓN FORZADA. CONCEPTO

Hay ejecución forzada cuando el acreedor, frente a una situación de *inejecución*, hace uso del poder jurídico que la ley le reconoce en cuanto tal y, mediante el empleo de *medios legales*, obtiene el específico bien que le es debido. Para precisar lá afirmación precedente son útiles estas observaciones:

I) Se hace presente aquí la distinción entre "objeto" y "prestación"⁴. Es sabido que en toda obligación, mientras el acreedor tiene derecho al objeto, el deudor tiene el deber de cumplir la prestación que proporcionará aquel objeto. Cuando el deudor incurre en inejecución es claro que no cumple la prestación. Sin embargo, también se sabe que el acreedor puede obtener ese objeto recurriendo a la ejecución judicial. ¿Qué demuestra esto? Demuestra tres cosas: 1°) y que aun cuando la prestación falta, el objeto puede —pese a ello— ingresar al patrimonio del acreedor; 2°) que la ejecución judicial constituye un medio que *subroga* a la prestación, sin que por eso la obligación deje de ser tal. De aquí a reconocer que para que una obligación exista no es esencial la prestación —porque puede faltar— hay un paso. Por eso, al describir la obligación (*supra*, § 9, c) se dijo que el acreedor tiene derecho a obtener el bien debido, sea mediante la prestación del deudor, sea mediante ejecución forzada; 3°) siempre que se lleva adelante una ejecución, se prescinde de la prestación y se recurre a otros medios para obtener el objeto.

II) La ejecución forzada, desde que requiere un procedimiento judicial, constituye un nexo entre la *obligación* y la *acción procesal*. En efecto, aquélla supone el empleo de "medios legales", y éstos no son otros que el ejercicio de las acciones judiciales a través de las cuales el acreedor puede pedir al juez que disponga lo que sea pertinente para que su derecho sea satisfecho. Puesto que nadie puede hacerse justicia por mano propia, el acreedor debe acudir ante el juez para que éste ordene llevar adelante la ejecución. Toda ejecución, en suma, supone un procedimiento judicial.

³ Por incidencia del método adoptado (*supra*, § 79), en este capítulo sólo se abordará lo concerniente a la ejecución forzada (directa o por otro), en tanto que lo relativo a la indemnización sustitutiva será tratada junto a la responsabilidad civil.

⁴ Sobre esta distinción, *supra*, § 46 a § 49.

Para Carnelutti, la obligación no cumplida deja de ser regida por el derecho civil para caer en la órbita del derecho procesal, Parte de la premisa de que la ejecución forzada es un procedimiento judicial y, por ende, excede las normas del Código Civil para ingresar al Código de Procedimientos. Para fundar su tesis afirma qué cuando el acreedor inicia *acción judicial*, se toma irrelevante el deber del deudor, al tiempo que cobra vital importancia la actuación del juez y la del oficial que hará cumplir sus mandatos, ya que éstos están obligados a hacer efectiva la tutela del crédito. Durante la ejecución, el deudor deja de interesar en tanto *obligado* a cumplir, porque ingresa a un *status* de *sujeción* a la actuación del órgano jurisdiccional. El verdadero obligado es el juez, pero no frente al acreedor, sino frente a las normas jurídicas que le imponen el deber de tutelar el crédito. La tesis de Carnelutti conduce a separar, por un lado, el deber de prestación que quedaría recluso en el Código Civil y, por otro, la ejecución forzada de neto corte procesal. Tal discriminación ha sido impugnada, porque trae como consecuencia reducir el concepto de obligación a la mera expectativa del acreedor a un cumplimiento voluntario, pues si no hay tal, dejaría de haber "obligación" ya que en su lugar se llevaría a cabo una "ejecución forzada", instituto considerado autónomo, propio del derecho procesal. Pero ocurre que la obligación no se limita a la mera expectativa del acreedor a un cumplimiento voluntario; es más que eso, es un derecho al bien debido que puede obtenerse, incluso, por *medio* de la ejecución forzada, de suerte tal que ésta no es otra cosa que un *instrumento* que asegura el goce pleno del derecho sustantivo⁵.

JJI) Soslayando problemas terminológicos, cabe afirmar que la ejecución forzada admite dos especies: ejecución *directa* y ejecución *por otro*. Ambas son especies de "ejecución" porque proceden en defecto de cumplimiento voluntario y pueden llevarse a cabo con el auxilio de la fuerza pública. La ejecución forzada se caracteriza, además, porque el acreedor pretende el bien que le es debido y no un objeto sustituto.

§ 239. EJECUCIÓN DIRECTA

La ejecución directa es aquella especie de ejecución forzada que se concreta cuando el juez ordena que el acreedor incorpore a su patrimonio el bien que le es debido, tomándolo directamente del patrimonio del deudor, aunque ello deba hacerse con el auxilio de la fuerza pública, siempre que no se ejerza violencia sobre la persona obligada. ¿Qué es lo que el juez ordena ejecutar?

⁵ Carnelutti, *Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones*, incluido en *Estudios de derecho procesal*, 11, ps. 371 y ss., traducción de Sentís Melendo.

⁶ Para una réplica a la teoría de Carnelutti: Betti, *Teoría general de las obligaciones*, t. II, p.490.

¿Ordenará ejecutar la *prestación*? No, pues si la *prestación*, por definición, es siempre un *comportamiento* del deudor, no es difícil comprender que si se ordena realizar ese comportamiento, la suerte de la orden judicial dependería de la sola voluntad del obligado, pues bastaría que éste se *niegue* a observar la conducta que se le ordena para que aquella orden quede frustrada, ya que no se puede ejercer violencia sobre el remiso, aunque sí se le impondrán otras sanciones. Es por ello que la orden del juez lleva siempre la advertencia al deudor de que si no proporciona al acreedor el *bien debido*, éste cuenta con el auxilio de la fuerza pública para incorporar a su patrimonio ese bien, prescindiendo del comportamiento del deudor⁷. La cuestión radica entonces en determinar *cuándo*, en qué casos, el acreedor puede —mediante el auxilio de la fuerza— obtener el bien debido sin violentar al deudor, esto es, sin exigirle la observancia compulsiva de una determinada conducta. Para saber cuándo es posible la ejecución forzada directa cabe distinguir según se trate de obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer.

a) *Obligaciones de dar*

En las obligaciones de dar es donde mejor se explica la ejecución forzada directa, porque aquí el comportamiento debido consiste en *entregar* y tal conducta es esencialmente subrogable, es decir, se la puede reemplazar sin que eso signifique violentar al deudor. Esta regla, no ejercer violencia sobre la persona, debe ser entendida como prohibición de exigir compulsivamente del obligado una determinada conducta⁸. En algunos casos es inevitable hacer uso de la fuerza para vencer la injusta resistencia del deudor sin que por ello se viole esa prohibición; verbigracia un depositario moroso en restituir la cosa depositada se niega a que el oficial de justicia ingrese al depósito para cumplir con la orden de secuestro; en tal caso, si bien el funcionario judicial acudirá al auxilio policial para cumplir la orden, no se considera que se aparta de la regla, por varias razones: a) el depositario puede evitar el empleo de la fuerza con sólo permitir el acceso del funcionario judicial; b) no se emplea la fuerza para "arrancar" al deudor la *prestación*,

⁷ También se podría decir que nada impide que el juez imponga al deudor el deber de "tolerar" la acción de la justicia; es decir, el juez no tiene por qué ordenar, siempre, una acción del deudor, puede también disponer que, simplemente, tolere! Sobre esto: Cárnelutti, *Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones*, en *Estudios de derecho procesal*, 1.1, p. 438, nota n° 93.

* • Echevesti, en Bueres (dir.) y Hightón (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art. 505, 13, p. 64; SalvatGalH, *Obligaciones*,*. I n°73, p. 88; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 51, p. 43; Alterihi, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 326, p. 13 S; «ey», ^ WlBOo (dir.)y Zannoni (coord.). *Código CMLL II*. -comentario al «£ fa£3¿p\$&n04&aUb&«on«t,l,h°2;¿.44;J^

Gomes, *Obrlgacd«stí'lZ6*, p. 223rCompagnücci de Casp,Afani«iW< óMig&faáti®\$%m.

⁹ Baudry-LacantmeireyBarde, £>M.oMíg«/onj,nM39.

sino lo contrario, se prescinde de ella y es el delegado del juez quien retirará la cosa; c) si bien al deudor no se lo puede forzar a un "hacer", tampoco le está permitido oponerse a la acción de la justicia.

Es útil distinguir tres hipótesis¹⁰:

I) Cuando se trata de cosas individualmente determinadas, el éxito de la ejecución forzada directa está supeditado a tres condiciones, a saber: 1º) Que la cosa exista. Es obvio, pues de lo contrario ya no habría inejecución sino incumplimiento, razón por la cual el derecho del acreedor ya no podría dirigirse a la obtención del objeto específico, sino a la indemnización sustitutiva. Para que la pretensión indemnizatoria triunfe, sea dicho de paso, será menester que se den los requisitos que le son propios. 2º) Que la cosa se encuentre en el patrimonio del deudor, pues si ha pasado al patrimonio de un tercero, el acreedor no tiene, en principio, derecho para dirigirse contra éste. En efecto, el crédito confiere derecho contra el patrimonio del deudor, no contra el patrimonio de terceros, de manera que si la cosa ha salido del patrimonio de aquél e ingresado al de un tercero, el acreedor no puede ejercer su derecho contra éste último, salvo en los casos siguientes: a) que el acto que sirvió de título a la transferencia de la cosa sea simulado o fraudulento, en cuyo caso el acreedor podrá demandar a su deudor y al tercero, ejerciendo las acciones que le permiten anular, revocar o dejar sin efecto aquellos actos y así lograr el reintegro de la cosa al patrimonio del obligado; b) que el crédito esté garantizado con un derecho real (hipoteca, prenda, anticresis), en cuyo caso el acreedor podrá perseguir la cosa cualquiera sea el patrimonio donde se encuentre; en rigor, el derecho de perseguir la cosa no le corresponde al acreedor en tanto acreedor, sino en tanto titular de un derecho real 3º) La última condición para que tenga lugar la ejecución respecto de cosas determinadas radica en que no exista otra persona con derecho preferente sobre el mismo objeto, pues si así ocurre, primero debe ser satisfecho el titular del derecho preferente.

JJ) Cuando se trata de obligaciones de dar cosas genéricas, por aquello de que el "género nunca perece", la ejecución forzada será siempre factible, pues, o están en el patrimonio del deudor y de allí se las toma, o se las adquiere en el mercado o de un tercero a costa del deudor, pero el acreedor obtendrá en cualquier caso el objeto específico. El carácter fungible del objeto explica que así sea

TU) Cuando se trata de obligaciones de dar dinero, en tanto existan bienes en el patrimonio del deudor, la ejecución forzada será siempre posible, pues no es necesario^guejel oficial de justicia tome dinero de cuentas, depósitos ban-

¹⁰ Respes» de la ejecución directa sobre bienes del deudor: Planiol y Ripert, *Tratado elemental de derecho civil*, t. 2, traducción de Leonel Perezniето Castro, p. 620.

¹¹ Busso, *Código Civil*, t. UI, arts. 503-505, n° 26, p. 210.

canos o del domicilio del deudor, es suficiente que incaute bienes cuya venta permita convertirlos en dinero, que es el objeto pretendido por el acreedor.

b) Obligaciones de hacer

¿Es posible la ejecución forzada directa en las obligaciones de hacer? El Código Civil responde en su art. 629 que si el deudor no quisiere o no pudiere ejecutar el hecho, "el acreedor puede exigirle la ejecución forzada...". Tratándose de un "hacer", es vital tener en cuenta que no se puede ejercer violencia sobre el deudor para obligarlo a cumplir¹². Pero entonces, ¿cómo es posible forzar el cumplimiento sin violentar su persona? Creo que la única manera de explicar por qué es posible la ejecución forzada en las obligaciones de hacer es acudiendo, una vez más, a la distinción entre "prestación" y "objeto".

El "hacer" del deudor es siempre *prestación*, esto es, el medio para producir el *bien* a que el acreedor tiene derecho. El *objeto* del crédito es "ese" bien. Por lo tanto, siempre que sea posible la obtención del objeto por un medio distinto de la prestación del deudor, esa obligación de hacer será susceptible de ejecución forzada. ¿Por qué? Porque en tales casos la compulsión no se dirigirá al "hacer" del deudor, sino a la obtención del objeto por otro medio. Así, por ejemplo, en la obligación de una modelo la prestación consiste en *apostar* para que el artista la retrate o para que un empresario pueda usar su figura con fines publicitarios, y el objeto del crédito es la posibilidad de retratarla que tiene el artista o la de usar la figura de la modelo que tiene el empresario. Si bien se ve, el *objeto* del crédito, en ambos casos, es la utilidad que la figura de la modelo le reporta al acreedor. La prestación de la modelo es, sin duda, incoercible, pues es obvio que por la fuerza no puede ser obligada a posar, pero puede ocurrir que pese a la negativa de la modelo, el artista obtenga de todos modos el "objeto", lo que ocurriría si su interés en retratarla o en usar su figura quedara satisfecho con una proyección fotográfica u otro medio similar. Otro tanto sucede con la obligación de escriturar¹³, en la cual si bien la prestación consiste en prestar el consentimiento y es, por ende, incoercible (art. 1187), la jurisprudencia tiene resuelto que el juez puede otorgarla por el deudor, pues con ello no se ejerce violencia sobre su persona.

Cuando la obtención del objeto no puede lograrse sino por medio de la prestación del deudor, como ocurre con las obligaciones denominadas *intuitu*

¹² Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 31, p. 45; Echevesti, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art. 505, § 3, p. 64; Salvat y Galli, *Obligaciones*, 1.1, n° 74, p. 89; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 52, p. 44; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 326, p. 135; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art. 505, § 5, p. 582; J. Puig Brutau, *Fundamentos del derecho civil*, 1.1, vol. II, p. 515; Orlando Gomes, *Obrigações*, n° 136, p. 224.

¹³ El estudio de la obligación de escriturar debe hacerse a propósito del art. 1187, en el marco de la teoría general del contrato.

personae, la ejecución forzada es imposible, porque el "medio" no es subrogable. En ellas el acreedor sólo puede esperar el bien debido de la prestación del deudor; si éste se niega o no quiere cumplir, la obligación se resolverá en la de pagar daños e intereses.

c) *Obligaciones de no hacer*

Se dice que las obligaciones de no hacer se rigen por las mismas reglas que las de hacer¹⁴; es decir, en tanto no se ejerza violencia sobre el deudor, el acreedor puede pretender la ejecución forzada. En rigor, la ejecución sólo es posible en aquellos casos en que el deudor incurre en mora, mas no cuando la violación del débito importa un incumplimiento definitivo. En efecto, en los casos en los que puede haber mora (descriptos *supra*, § 230), la ejecución forzada consiste en destruir lo hecho o hacer cesar la actividad que el deudor se comprometió no realizar; verbigracia, si un comerciante se obliga a no competir con otro y, sin embargo, abre un negocio en el radio de influencia de su acreedor, éste puede pedir al juez la clausura del local de su competidor con el auxilio de la fuerza pública. Si la abstención consiste en "no dar" ciertas cosas, y el deudor viola la prohibición, cabe la ejecución forzada mediante el secuestro de esas cosas.

§ 240. EJECUCIÓN POR OTRO

La ejecución por otro tiene lugar cuando el acreedor, previa autorización judicial, obtiene el bien debido recurriendo a un tercero, a costa del deudor (art. 505, inc. 2) w.

a) *Cuándo procede*

En primer lugar se debe tener presente que es ésta una *facultad* del acreedor que, por ende, puede dejar de usar y optar por la indemnización sustitutiva.

¹⁴ P.ej., Busso, *Código Civil*, t. UI, arts. 503-505, n° 56, p. 214; Colmo, *De las obligaciones en general*, t.º 52; Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, 3ª ed., n° 130, p. 201; Borda, *Obligaciones*, t. L n° 31, p. 45; Echevesti, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art. 505, § 3, p. 65; Salvat y Galii, *Obligaciones*, 1.1, n° 75, p. 90; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 326, p. 135; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art. 505, § 5, p. 582; J. Puig Brutau, *Fundamentos del derecho civil*, 1.1, vol. II, p. 515; Orlando Gomes, *Obrigagds*, n° 136, p. 224.

¹⁵ J. Puig Brutau, *Fundamentos del derecho civil*, t. I, vol. II, p. 515; Echevesti, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art. 505, § 4, p. 65; Salvat y Galli, *Obligaciones*, 1.1, n° 76, p. 91; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 356, p. 256; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 339, p. 140; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art. 505, § 6, p. 582; Orlando Gomes, *Obrigagds*, n° 132, p. 218.

OBLIGACIONES

Será entonces el propio acreedor quien decidirá, en principio, si la ejecución por un tercero es o no conveniente a sus intereses. Señalado lo anterior, cabe afirmar que esta forma de ejecución procede únicamente cuando la prestación del deudor es *subrogable* y el objeto del crédito puede ser proporcionado por un tercero. Si la conducta del deudor no puede ser reemplazada, es obvio que sólo él podrá satisfacer el interés específico del acreedor. Para precisar cuándo no procede esta ejecución, conviene revisar varias hipótesis:

I) En las obligaciones de dar, no procede la ejecución por otro cuando se trata de una cosa cierta que el deudor ha ocultado y se niega a revelar dónde se encuentra, y no procede porque no se ve cómo un tercero podría forzar al deudor para que revele dónde ocultó la cosa (ello sin perjuicio del empleo de *astreintes* u otros medios compulsivos) con el propósito posterior de sustraerla¹⁷ del patrimonio del obligado para entregarla al acreedor. En cambio, si la obligación consiste en entregar cosas inciertas, no hay obstáculos para que tales cosas le sean proporcionadas al acreedor por un tercero.

II) En las obligaciones de hacer, no procede cuando la prestación es *intuitu personae*, pues en tal caso el objeto del crédito sólo puede ser brindado por el deudor y no por un tercero.

UJ) En las obligaciones de no hacer, en general, la prestación del deudor suele ser *personalísima* y, siendo así, al acreedor no habrá de interesarle que *otra persona* en lugar del deudor se abstenga de realizar la conducta que aquél debía omitir. Sólo la omisión del deudor puede satisfacer al acreedor. Sin embargo, puede suceder que, en un caso concreto, la abstención de un tercero sí lo satisfaga, como lo ha puesto de manifiesto la doctrina¹⁸.

De acuerdo, Llambías, *Obligaciones*, t. 1, n° 76 bis, p. 90; J. Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, t. 1, vol. II, "Derecho general de las obligaciones", p. 232.

¹⁷ En este caso sólo sería posible la ejecución forzada directa, mediante el empleo de *astreintes*, ya que no se puede violentar físicamente al deudor para que confiese dónde ha ocultado la cosa. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponderle al deudor, si su comportamiento encuadra en algún tipo penal.

¹⁸ La hipótesis ha sido demostrada por Moissac de Espanés: "...supongamos que Juan—ejemplifica el maestro cordobés—, poseedor de un derecho intransferible a ocupar una butaca en la primera fila de plateas de un teatro durante la temporada de abono, promete al empresario abstenerse de concurrir, y el interés del acreedor reside, especialmente, en disponer de una plaza en esa fila para un crítico de arte extranjero. Juan viola su promesa de no concurrir, pero el empresario obtiene que Pedro, titular de un asiento vecino, deje el lugar libre, durante esa temporada, con lo que logra satisfacer su interés por la vía del cumplimiento de la abstención de un tercero, a costa del deudor (Juan)": L. Moissac de Espanés, *Sanciones conminatorias o "astreintes"*. *Obligaciones a las que son aplicables*, "L.L.", 1983-D-129.

b) La autorización judicial

Puesto que nadie puede hacerse justicia por mano propia, no le está permitido al acreedor solicitar a un tercero que le proporcione el bien en lugar del deudor sin antes requerir autorización al juez competente¹⁹. Le toca al juez verificar si la pretensión del acreedor es legítima, para lo cual resulta insoslayable correr traslado de la petición al deudor; una vez comprobada la legitimidad, el juez no podrá negar la autorización. Si de acuerdo con las circunstancias del caso es urgente la actuación del tercero, se puede admitir que éste satisfaga al acreedor sin esperar la autorización del juez; en estos casos el control judicial debe verificarse con posterioridad, pues el deudor tiene derecho a que se verifique si lo que debe pagar al tercero, desde que la actuación de éste es a su costo, no es excesivo o arbitrario. Volveré sobre este tema, *infra* § 459, b.

B) MEDIOS COMPULSIVOS

§ 241. CONCEPTO E IMPORTANCIA

El deber del deudor no es un deber *libre*. Él no goza de la *libertad jurídica* que lo autorice a optar entre cumplir o indemnizar al acreedor; no es libre sino por lo contrario, está obligado a satisfacer el interés del acreedor proporcionándole el objeto específico. Tanto es así que cuando mezquina su prestación, el acreedor puede recurrir al procedimiento de ejecución en procura de aquel objeto. Pero, como se vio en los párrafos precedentes, la ejecución específica no siempre es factible, porque encuentra un límite infranqueable: *no se puede ejercer violencia sobre el deudor*. Se ha dicho que este límite pone en crisis el concepto mismo de obligación, porque tanto más se debilita el vínculo, cuanto más impotente es el acreedor para hacerse del objeto. Pero es aquí precisamente

¹⁹ Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t TL comentario al art. 505, § 7, p. 583; Echevesti, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t II, comentario al art. 505, § 4, p. 66; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 341, p. 140; Orlando Gomes, *Obrigações*, n° 136, ps. 223 y 224.

²⁰ Carnelutti compara la situación del deudor que no cumple con la del ladrón que se apodera de una cosa ajena y afirma: "...la crisis de la obligación se manifiesta en el hecho de que la obligación del deudor es incomparablemente *menos obligación* que la del *non dominus*". La conclusión de Carnelutti se basa en que la pena que se impone al ladrón (privación de su libertad) es mucho más grave que la que se dispensa al deudor, a quien no se castiga con semejante sanción; "...la floja indulgencia con el deudor, dice, constituye uno de los más graves deméritos de las legislaciones modernas" (Carnelutti, *Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones*, en *Estudios de derecho procesal*, 1.1, p. 398). En teoría, abstracción hecha de realidades concretas, se pueden encontrar fundamentos para adherir a la opinión de Carnelutti; pero en la práctica, es menester examinar el contomo económico y social en el que viven los deudores, para verificar si es o no justo el castigo que se pide para el que no cumple. En la Argentina de nuestro tiempo,

donde hacen su aparición los *medios compulsivos*, que son "instrumentos jurídicos con que cuenta el acreedor ante una situación de inejecución, para constreñir o conminar al deudor a que cumpla en especie, bajo la amenaza de que si no lo hace sufrirá una pérdida patrimonial, no una sanción corporal, en beneficio del propio acreedor"²¹.

La importancia de los medios compulsivos es notable, como se comprueba con sólo tener en cuenta lo siguiente: *a)* desde el punto de vista del acreedor, fortalecen el vínculo obligatorio, porque propenden al cumplimiento en especie; *b)* desde el punto de vista del deudor, lo sustraen de sanciones corporales, ya que si bien operan sobre la voluntad de aquél, sus consecuencias se dejarán sentir exclusivamente sobre su patrimonio ^ *c)* la vigencia de estos medios

lo mismo ocurre en otros países de América latina, agobiada por una crisis económica que es de esperar pronto termine, no es siempre justo medir con la misma vara a todos los deudores que no cumplen —ni menos compararlos con el que roba— porque muchos de ellos son, a su vez, acreedores insatisfechos. Lo que es peor, como se vio en la crisis de comienzos de siglo, una parte importante de la población argentina era deudora de los bancos, pero a su vez tenía créditos cuyos deudores eran el propio Estado o los bancos y entidades financieras. Ahora, si el Estado demoraba el pago de los salarios a sus dependientes y los bancos retenían los depósitos de los ahorristas, es lógico que la *cadena de pagos* se interrumpiera, pues si el asalariado no cobraba o el ahorrista no podía contar con sus ahorros, tampoco podían cumplir con sus obligaciones. Con lo antedicho no se pretende que el acreedor deba ser indulgente al extremo de perjudicar sus intereses, sólo se pretende demostrar que en tales casos imponer *penas corporales* al deudor, como lo propone la prédica de Camelutti, sería injusto e inhumano.

²¹ Con anterioridad a la reforma de la ley 17.711, la doctrina que se ocupaba del derecho de las obligaciones solía omitir mayores consideraciones respecto de los medios compulsivos, por estimar que debían ser estudiados en el derecho procesal (p.ej., Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 51, p. 43). Después de la reforma de la ley 17.711, con la incorporación del art. 666 bis al Cód. Civil, ya no cabe omitir el tratamiento de este tema, porque, bien o mal, está en el Código Civil, aunque se usen también en los códigos de procedimiento. Cfr. Borda, *Obligaciones*, t.I, n° 32, p. 45.

²² La supresión de la prisión por deudas es un principio que, pese a las dudas de Camelutti, puede considerarse consagrado. Llama la atención, sin embargo, la legislación boliviana, que ha planteado dudas a sus intérpretes. En efecto, el art. 1466 del Cód. Civil de ese país dispone con carácter de regla general: "*el deudor no puede ser sometido a apremio corporal para la ejecución forzosa de las obligaciones reguladas por este Código*", con lo cual queda prohibido, por regla, el apremio corporal. Pero —y aquí está la duda— el art. 186 del Cód. de Proc. Civ. autoriza el *cobro coactivo* —con apremio corporal— de dos especies de obligaciones: *a)* las sanciones punitivas que impongan los jueces a los litigantes; y *b)* las costas judiciales y honorarios profesionales. Se ha invocado este último texto para intentar justificar la prisión u otras sanciones corporales por incumplimiento de las deudas en él comprendidas, con el argumento de que tales obligaciones no estarían reguladas por el Código Civil; en consecuencia, no estarían protegidas por su art. 1466 que prohíbe el apremio para "*las deudas del Código Civil*" y así se les aplicaría el art. 186 del Cód. Proc. Civ. que autoriza el *cobro coactivo* con *apremios*. Por este camino, no ha faltado quien opine que está autorizado el apremio personal para el cobro de honorarios. No se debe admitir tal interpretación, porque la prohibición de someter al deudor a apremio corporal tiene vigencia universal, ya que con ese principio se pretende dejar a salvo la dignidad de la persona, que debe responder con su patrimonio y no con su cuerpo. Sobre el particular, para

viene a confirmar que, en esencia, la obligación, o, con mayor propiedad, el crédito es un derecho al bien debido, porque están diseñados para forzar la ejecución en especie⁷³.

En general los medios compulsivos presentan estas características: a) están reconocidos por el ordenamiento jurídico, entendido como *totalidad* de normas y principios; b) son facultativos del acreedor que puede prescindir de ellos; c) no se excluyen entre sí, de manera que el juez puede, por ejemplo, imponer *astreintes*, aunque las partes hubiesen pactado una cláusula penal⁷⁴. Por cierto, el juez no debe tolerar excesos contra el deudor, como ocurriría si el acreedor pretende, con ellos, provocar su quiebra; d) constriñen la voluntad del deudor, bajo la amenaza de una pérdida patrimonial; e) se establecen en beneficio del acreedor.

Si se admite que tienen la finalidad de constreñir al deudor para forzar el cumplimiento, se puede decir que son medios compulsivos las condenaciones conminatorias (*astreintes*), la cláusula penal, la señal o arras, la excepción de incumplimiento, los intereses punitivos y el derecho de retención. En el presente Capítulo, por razones de método, se abordará únicamente lo atinente a las condenaciones conminatorias y a la cláusula penal, dejando para su lugar las restantes instituciones⁷⁵.

El método adoptado requiere la siguiente explicación:

a) *La señal o arras*. En tosca síntesis se puede decir que se trata de una estipulación contractual por la cual una de las partes entrega a la otra una cosa, estipulándose que la entrega podrá tener por objeto cualquiera de los siguientes: 1°) Constreñir a la que entregó la señal a cumplir el contrato, bajo amenaza de perder lo que dio; funciona como un medio de compulsión; 2°) permitir el arrepentimiento de cualquiera de las partes mediante la pérdida de la señal para quien la dio o mediante su restitución (más otro tanto de su valor) para quien la recibió; funciona como una cláusula de arrepentimiento. Si bien, como se ve, puede cumplir una función compulsoria, su función primordial la ubica —más que entre los medios compulsivos— en la teoría general del contrato, ya que es una de sus instituciones.

el derecho boliviano: Carlos Morales Guillen, *Código Civil concordado y anotado*, comentario al art. 1466, Los Amigos del Libro, La Paz-Cochabamba, 1977, p. 1038.

Para el derecho chileno, ver R. Meza Barros, *Manual de derecho civil. De las obligaciones*, n° 281, p. 193.

⁷³ Sobre la importancia de los medios compulsivos, Mosset Iturraspe, *Medios compulsivos en derecho privado*, Ediar, Buenos Aires, 1978, p. 11.

⁷⁴ De acuerdo, Mosset Iturraspe, *Medios compulsivos en derecho privado*, p. 19.

⁷⁵ Se conocen los más variados criterios; para Borda, p.ej., los medios compulsivos son: la *exceptio non adimpleti contractus* y la cláusula penal: *Obligaciones*, 1.1, n° 32, p. 45.

b) La excepción de incumplimiento. Como la anterior, se trata de una institución típica del derecho contractual, que si bien puede cumplir por decisión de las partes una función compulsiva, no debe ser desplazada de ese derecho.

c) Los intereses punitivos. Su estudio debe hacerse junto a las demás especies de intereses (compensatorios, moratorios), en el capítulo destinado a las obligaciones de dar dinero.

d) El derecho de retención. Por sus características, el derecho de retención debe ser tratado como una institución autónoma.

C) CONDENACIONES CONMINATORIAS ("ASTREINTES")

§ 242. CONCEPTO. SU INCORPORACIÓN A NUESTRO DERECHO

Las *astreintes*²⁶ constituyen, según se extrae del art. 666 bis, "*condenaciones de carácter pecuniario que los jueces, en una resolución judicial, pueden imponer en beneficio del titular de un derecho, a quien no cumpliera el deber jurídico correlativo, como un medio de compulsión dirigido a obtener el cumplimiento específico de aquel deber*". Es oportuno adelantar estas precisiones: a) constituyen un medio de compulsión, porque se procura vencer la resistencia de la persona obligada, conminándola a cumplir bajo la amenaza de que, si no lo hace, sufrirá un detrimento económico; b) aunque opefa sobre la voluntad del obligado, no es un apremio personal, sino una condena pecuniaria cuyo monto se gradúa a razón de una determinada cantidad de dinero por cada período de inexecución (días, semanas, etc.); c) la amenaza se dirige a la persona que debe cumplir con un deber jurídico y es impuesta en una resolución judicial; d) es el juez quien dispone la medida en ejercicio de facultades discrecionales que lo autorizan a aumentarla, disminuirla o suprimirla según las circunstancias del caso; e) la medida se decreta en favor del titular del derecho, ya que es él quien se beneficia con el importe de la condena.

Las *astreintes* tienen su cuna en la jurisprudencia francesa, que logró imponerlas pese a la crítica de los juristas²⁷. En nuestro derecho, este medio de

²⁶ Si bien la palabra francesa *astreinte* no tiene en nuestra lengua un término que la traduzca, las voces "compulsión" o "constricción" expresan su mismo significado: E. J. Couture, *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 112. Sobre la terminología: fueyo Laneri, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 204.

²⁷ Cuando los jueces franceses comenzaron a usar este medio de compulsión, los primeros fallos datan de 1809 y 1811, los juristas (y nada menos que de la talla de Aubry y Rau) impugnaron el procedimiento alegando que era ilegal, pues la ley no lo autorizaba, y arbitrario, pues su uso dependía de la sola potestad del juez. Sin embargo, la impugnación puede considerarse hoy superada. Cfr. Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado*, t VII, "Las obligaciones", 2ª parte, n° 795, p. 102.

compulsión fue incorporado al Código Civil por la reforma del año 1968 (art 666 bis). La incorporación de la figura a nuestro sistema merece estos comentarios: a) fue recomendada por el IU Congreso Nacional de Derecho Civil que sesionó en Córdoba en el año 1961 b) contó y cuenta con el respaldo de la doctrina nacional²⁸; c) si bien con anterioridad a la ley 17.711 cierta jurisprudencia se mostró reacia a imponerlas, por entender que eran extrañas a nuestra legislación, otros jueces las aceptaron por considerarlas eficaces medios de compulsión; luego de sancionado el art. 666 bis los magistrados no vacilan en recurrir a ellas para hacer cumplir sus resoluciones; d) en cuanto al método, es dudosa la ubicación que se le ha dado, pues no se justifica su inclusión junto a la cláusula penal, desde que se trata de figuras distintas; en todo caso, debió ser incorporada a continuación del art 505, porque es uno de los "medios legales" con que cuenta el acreedor para constreñir al deudor a que cumpla *;>; e) con todo, su incorporación es plausible y debe reconocerse el mérito del legislador del año 1968.

§ 243. NATURALEZA JURÍDICA

Para determinar su naturaleza jurídica se deben examinar dos cuestiones: a) si se trata de un medio de compulsión, de un modo de indemnizar al acreedor o de una pena civil; y b) si su regulación corresponde al derecho civil o al procesal.

a) Respecto de la primera cuestión cabe afirmar que la imposición de *astreintes* no es un modo o mecanismo para indemnizar al acreedor. En efecto, el monto a que puede resultar condenado el sujeto del deber, si incumple, no es

²⁸ El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil recomendó: "Incorporar al Código Civil normas que establezcan que los jueces podrán dictar condenaciones conminatorias de carácter pecuniario, en contra de quien dejase de cumplir algún deber jurídico impuesto en sus resoluciones". Cfr. *El derecho privado en la Argentina (Conclusiones de jornadas y congresos de los últimos treinta años)*. Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1991, p. 5.

²⁹ Con anterioridad a la reforma, la doctrina se pronunció en favor de las *astreintes*, p.ej.. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 55; Lafaille, *Tratado*, L VI, vol. I, "Obligaciones", n° 147; Brebbia, voz "Astreintes", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t L p. 930, etc. Después de la reforma el respaldo es unánime: Mosset Iturraspe, *Medios compulsivos*, ps. 47/48; Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 79, p. 94; Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, 3ª ed., n° 131, p. 202, etc.

³⁰ Se puede afirmar que, en términos generales, las *astreintes* pueden ser usadas en toda clase de obligaciones. Sin embargo, se ha considerado que tratándose de obligaciones de dinero, sería inocua una conminación pecuniaria, porque al acreedor "le resultará mucho más fácil y simple proceder a la ejecución directa sobre los bienes del deudor que solicitar la fijación de *astreintes*": R. Brebbia, voz *astreintes* en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, 1.1, p. 932. Por las razones que se darán en su lugar (*infra*, aquí, § 247, a, I) no comparto esta tesis. Por otra parte, las *astreintes* suelen también ser usadas con frecuencia para constreñir a quienes deben cumplir deberes jurídicos que no son obligaciones, como ocurre con los deberes del derecho de familia.

una indemnización por lo siguiente: 1°) la indemnización se fija en una suma equivalente al daño sufrido, en tanto que para imponer *astreintes* el juez no toma en cuenta el daño, sino la condición patrimonial del sujeto pasivo y la naturaleza del deber incumplido; 2°) las *astreintes* son discrecionales porque su monto depende de la decisión del juez, quien puede aumentarlo, disminuirlo o dejarlo sin efecto. La indemnización, en cambio, se fija según la cuantía del daño que se haya acreditado, en una suma que el juez no puede modificar ni dejar sin efecto, después de que la sentencia ha quedado firme; 3°) la indemnización está destinada a reparar el daño causado por el incumplimiento, las *astreintes* están dirigidas a forzar el cumplimiento en especie; 4°) la indemnización corresponde, en la órbita llamada "contractual", al incumplimiento de una obligación *stricto sensu*; las *astreintes* sirven para forzar el cumplimiento, tanto de obligaciones como de deberes jurídicos que no son obligaciones, por ejemplo, los deberes derivados del derecho de familia.

¿Son las *astreintes* una pena civil? La doctrina³¹ niega que así sea, basada en dos razones: 1°) las *astreintes* miran "al futuro", porque tienden a forzar el cumplimiento; en tanto que las penas miran "al pasado", porque sancionan un incumplimiento ya producido; 2°) las *astreintes* son provisorias, porque pueden ser modificadas o dejadas sin efecto; en tanto que las penas, después de decretadas, son definitivas. Si bien no se pueden negar tales diferencias, tampoco se debe ignorar que las *astreintes* pueden traer consigo, si se incumple el deber, una sanción y constituyen, desde ese punto de vista, una penalidad eventual³². Lo dicho no significa que deban asimilarse a las penas civiles, pero sí implica reconocer que al lado de la función esencial de aquéllas —que es constreñir al sujeto pasivo— cumplen una función accesorio de naturaleza sancionatoria, en tanto castigan al incumpliente. En otros términos: es verdad que los jueces las usan para vencer la resistencia del sujeto pasivo, he ahí su función esencial, pero no se niegue que traen aparejada, en caso de inobservancia, una sanción económica. Ésta es una consecuencia eventual —porque puede ser dejada sin efecto—, pero allí, en la eventualidad de la sanción, reside la eficacia de la medida. Las ideas de compulsión y sanción, en suma, están ínsitas en ella³³.

³¹ Borda, *Obligaciones*, t.1, n° 43, p. 52; Osear Ameal, en Belluscio y Zannoni, *Código Civil*, t. III, art. 666 bis, § 5, p. 244; Llambías, *Obligaciones*, t.1, n° 83, p. 100; C.N.Civ., Sala G, 25/3/1986, "L.L.", 1987-D-634 (37.715-S).

³² De acuerdo: Kemelmajer de Carlucci, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t II, comentario al art. 666 bis, § 3, p. 579; Mosset Iturraspe considera que las *astreintes* son verdaderas penas civiles: *Medios compulsivos*, ps. 46/47.

³³ Por ello se ha destacado, en reiterada jurisprudencia, que las *astreintes* cumplen una doble y sucesiva función, conminatoria y sancionatoria. La primera surge de su finalidad, que consiste en presionar la voluntad del deudor, la segunda se da en el supuesto de que el obligado, a pesar de la amenaza, persista en el incumplimiento: C.N.Civ., Sala E, 26/9/1977, "E.D.", 77-280; *idem*, Sala C, 10/5/1988, "J.A.", 1989-*rv*-síntesis; *idem*, Sala E, 31/8/1988, "J.A.", 1989-I-síntesis.

Aclarado lo anterior, cabe reiterar lo que ya se dijo en párrafos precedentes: la imposición de *astreintes* constituye un medio de compulsión; ésa es su naturaleza³⁴. De ahí, también, su importancia porque permite, sin ejercer violencia física sobre el deudor, constreñirlo a cumplir en especie.

b) Respecto de la segunda cuestión, siendo las *astreintes* un medio legal de compulsión, su estudio puede quedar encuadrado en la teoría general de la obligación (a propósito del art. 505), sin perjuicio de que su campo de aplicación se extienda a otros deberes que no son obligaciones. Ello importa afirmar que se trata de una institución del derecho civil y no de un mero instrumento procesal³⁵.

§ 244. FUNDAMENTOS Y CARACTERES

a) *Fundamentos*

¿Cuál es el fundamento que justifica la imposición de *astreintes*? En nuestro país se podría invocar un argumento *positivista*: es la propia ley la que autoriza su aplicación. Pero esa única razón no es suficiente, pues frágil sería su existencia si dependiera exclusivamente de la ley, ya que bastaría que un legislador concreto decidiera derogar la norma para que aquélla dejara de existir. Pero no es así. El uso de este medio de compulsión está fundamentado en varias razones: a) siendo necesario fortalecer el vínculo obligatorio, y puesto que para ello se requiere que el acreedor cuente con medios lícitos que acrecienten la posibilidad de obtención del objeto específico, nada más indicado que admitir que los jueces pueden usar con ese fin este medio de constricción, que no importa violentar la persona del deudor; b) es el *imperium* o poder propio de la función jurisdiccional que ejercen los jueces, lo que los autoriza a adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacer cumplir sus resoluciones; c) la eficacia práctica de este medio compulsivo, que ha servido para escarmentar, en muchas ocasiones, a los deudores más recalcitrantes.

Que la imposición de *astreintes* no se funde exclusivamente en la ley se explica por dos razones: a) en primer lugar, porque los jueces recurrieron a ellas aun antes de que fueran incorporadas a nuestro derecho positivo; b) en segundo lugar, porque, después de la reforma, las usan para forzar el cumplimiento de sus resoluciones aun en supuestos no previstos en el art. 666 bis.

³⁴ De acuerdo: Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 83, p. 101; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 43, p. 53; Osear Ameal, en Belluscio y Zannoni, *Código Civil*, t. III, art. 666 bis, § 5, p. 245.

³⁵ De acuerdo: Mosset Iturras, *Medios compulsivos*, p. 53; Compagnucci de Caso, *Manual de obligaciones*, n° 71, p. 106.

b) Caracteres

Las *astreintes* presentan los siguientes caracteres:

I) Son *judiciales*, en el sentido de que sólo el juez puede imponerlas en un caso concreto³⁶, siempre que lo estime pertinente, ya que es una facultad propia de su *imperium* que puede dejar de usar. De allí que la ley diga "los jueces podrán...".

U) Son *discrecionales*, porque su imposición, monto y modalidades dependen del juez, quien puede actuar —atendiendo las circunstancias del caso— según su libre arbitrio.

II) Son *provisionales*³⁷, porque pueden ser dejadas sin efecto mientras no hayan sido ejecutadas³⁸. Este carácter resulta de la ley, que autoriza al juez a graduar la cuantía de la condenación de acuerdo al caudal económico de quien deba satisfacerla, pudiendo, incluso, dejarlas sin efecto si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder, siempre y cuando el beneficiario no las hubiese percibido.

IV) Son *conminatorias*, porque tienden a constreñir al sujeto del deber a que cumpla en especie. Su función, ya se dijo, no es resarcitoria sino compulsiva³⁹.

V) Son *pecuniarias*, porque la condena sólo puede consistir en el pago de una suma de dinero.

VI) Son *impuestas en beneficio del titular de un derecho*.

§ 245. EJECUTABILIDAD POR EL BENEFICIARIO

Si se ha dicho que las *astreintes* tienen un beneficiario, que es el titular del derecho, parece obvio que éste puede incorporarlas a su patrimonio, pues si así

³⁶ Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., 11, n° 134, p. 203.

³⁷ C.N.Civ., Sala E, 22/4/1983, "L.L.", 1983-C-379; ¿fem, Sala E, 31/8/1988, "J.A." 1989-I-síntesis.

³⁸ En contra, se resolvió que aun cuando el beneficiario ya había cobrado las *astreintes*, pero como el sancionado cumplió la resolución, las *astreintes* no sólo fueron dejadas sin efecto, sino que se obligó al beneficiario a restituirlas (C.N.Civ., Sala F, 21/10/1980, "LX.", 1981-A-67). Este fallo llevó las cosas demasiado lejos, pues si el beneficiario ya percibió el monto correspondiente a las *astreintes*, obligarlo a restituir conspira contra la confianza en las resoluciones judiciales. De acuerdo con esta crítica: Kemelmajer de Carlucci, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art 666 bis, § 3, p. 582.

³⁹ Kemelmajer de Carlucci, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art. 666 bis, § 3, p. 580.

no fuera, la amenaza no pudiese ser tal, sería un mero consejo que el obligado podría desoír sin sufrir consecuencias. Pues bien, nadie duda de que el beneficiario puede reclamar el pago de las *astreintes* mediante un proceso de ejecución que permita, incluso, rematar los bienes del obligado. Pero esta cuestión presenta dos aristas conflictivas, que pueden plantearse con sendos interrogantes: ¿desde cuándo son ejecutables?, ¿cómo se concilia la afirmación de que son ejecutables con la facultad que tiene el juez de dejarlas sin efecto? Veamos.

a) ¿Desde cuándo son ejecutables?

Se conocen, por lo menos, dos respuestas:

1º) Según una primera tesis, las *astreintes* sólo pueden ejecutarse después de que el juez o tribunal que las decretó *confirme su imposición o sanción*. Esto significa que no basta que el juez las imponga para que el beneficiario pueda reclamarlas; es necesario que —una vez consumado el incumplimiento— el juez revise el monto de la condena, *cotejándolo* con la gravedad de la inexecución o con la cuantía del daño sufrido por el titular del derecho, para recién ordenar la ejecución sólo hasta el límite de los daños efectivamente sufridos por el beneficiario de las *astreintes*⁴⁰. Se precisarían dos imposiciones, la primera a título de amenaza y, por ende, de carácter provisorio; la segunda, con carácter indemnizatorio, siendo esta última la única ejecutable. Esta tesis merece dos objeciones fundamentales: 1º) en último análisis, deja de lado la función conminatoria de las *astreintes* para usarlas como un medio indemnizatorio; 2º) la amenaza es teórica, porque el obligado sabe que si no cumple no será, en realidad, sancionado, ya que sólo se le exigirá el pago de los daños y perjuicios, pago que aun sin amenaza hubiese tenido que afrontar⁴¹.

⁴⁰ En derecho francés, esta tesis fue receptada en el art. 1º de la ley del 21 de julio de 1949, a cuyo tenor: las *astreintes* fijadas para obligarle al ocupante de un local a dejar la finca tienen siempre carácter conminatorio y deben ser revisadas y liquidadas por el juez una vez ejecutada la resolución del desahucio, ya que su importe no puede exceder la suma del perjuicio efectivamente causado. "Esa revisión —dice Planiol— no es simplemente una rectificación de números, sino que señala la sustitución de la amenaza decretada por una indemnización a título de reparación": Planiol y Ripert, *Tratado teórico práctico*, t. VL n°791, p. 97.

⁴¹ En Francia el problema se plantea en estos términos: "¿Está obligado el juez —se preguntan Mazeaud y Tunc—, en el momento en que sea llamado a liquidar las *astreintes*, a no tener en cuenta éstas y a no condenar al deudor sino al importe exacto de los daños y perjuicios correspondientes al mal que haya causado? Ningún texto legal —responden— le autoriza al juez para concederle a un acreedor una suma que rebase el perjuicio que haya sufrido". Pero si esto es así, admiten que "los tribunales, y aquellos a los cuales le han dado la razón, están desarmados frente a la mala voluntad de aquellos a los que han condenado". Frente a esta situación, aconsejan: "Si se quiere que la *astreinte* sea verdaderamente conminatoria, y que el condenado no experimente el sentimiento reconfortante de que representa una opereta, en la cual no está amenazado sino con una espada de madera, no hay que obligarle al juez a reducir la condena al importe exacto de los

Esta tesis no es admisible en nuestro derecho.

2º) Una segunda respuesta afirma que son ejecutables desde que queda firme la resolución que las impuso⁴², siempre que haya sido notificada al conminado y haya vencido el plazo acordado para que cumpla. Para que esta respuesta sea satisfactoria requiere precisiones. Así, puesto que las *astreintes* no constituyen una sanción anticipada, es menester esperar que el conminado incurra efectivamente en inexecución para poder reclamarle el pago de la condena. Por ejemplo, en su sentencia el juez dispone: "Condenar al demandado a cumplir el contrato, en el término de diez días, imponiéndose una condena conminatoria de \$ 50 por cada día de retardo". ¿Desde cuándo podrá ejecutarse estas *astreintes*? Por empezar, es necesario que la sentencia quede firme; luego, es menester esperar que venzan los diez días que le ha concedido el juez al conminado, porque si dentro de ese lapso cumple, esta sanción no podrá serle aplicada debido a que no habrá incurrido en retardo. Pero si vencido ese término el conminado no cumple, incurre, entonces sí, en inexecución, por lo que deberá afrontar la sanción de \$ 50 por cada día que pase. Ahora, de nuevo la pregunta: ¿cuándo podrá ejecutarse esta condena? No inmediatamente, porque se debe dejar actuar su finalidad compulsiva, es decir, hay que esperar para saber cómo incidirá la constricción sobre la voluntad del obligado, ya que se puede suponer que frente a tal amenaza, finalmente, cumplirá.

Son ejecutables, entonces, después de transcurrido un *tiempo prudencial*⁴³, a criterio del juez, desde que el conminado se encuentra en situación de inexecución sin que la compulsión arroje resultado positivo. Si el conminado cumple, pero ya se han acumulado varios períodos de inexecución, también ese monto puede ser ejecutado siempre, claro está, que el juez lo estime procedente.

b) ¿Cómo se concilio la ejecutabilidad de las "astreintes" con su carácter provisorio?

El problema es el siguiente: si las *astreintes* son provisorias, desde que pueden ser dejadas sin efecto, ¿cómo, entonces, el beneficiario puede tener la seguridad de que después de cobradas el juez no las dejará sin efecto y lo obligará a restituir? Es decir, si la ejecución y la revisión de la medida tienen lugar

daños y perjuicios": Mazeaud y Tune, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, t. III-1, n° 2500-2, p. 716.

⁴² Así lo afirma Llambías, *Obligaciones*, t I, n° 86 bis, p. 107. En el mismo sentido: CN.Civ., Sala E 7/10/1980, "L.L.", 1981-A-U8 y "E.D.", 93-295; *idem*, Sala E, 19/9/1983, "L.L.", 1984-C-150; CI* Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala L 10/9/1981, Rep. "L.L.", XLII, A-I. 190, sumario n° 7.

⁴³ De acuerdo, Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, 3ª ed., n° 143, p. 216.

en momentos distintos, puede presentarse esta situación: que una vez ejecutadas y cobradas las *astreintes* el juez decida dejarlas sin efecto. ¿Cómo se resuelve este problema? Se ha procurado responder con la siguiente explicación: la revisión de la *astreinte* por el juez no es incompatible con el hecho de que su importe ya hubiese sido percibido por el beneficiario, pues si llegara a dejarse sin efecto la condena ya ejecutada, ello convertiría al pago recibido en pago "sin causa" reglado por el art. 793, razón por la cual quien lo recibió estaría precisado a restituir ese pago. Quiere decir que, según esta tesis, si bien pueden ser cobradas, es necesario que el juez las *confirme*, porque si las deja sin efecto, quien las cobró deberá restituirlas⁴⁴.

La explicación es errónea, trasunta inseguridad y, por ello, no es satisfactoria. Es errónea, porque el carácter provisorio de las *astreintes* no es absoluto, ya que en algún momento se tiene que decidir si la condena es o no definitiva y ello debe ocurrir antes de ordenarse su ejecución. Trasunta inseguridad, porque pone al beneficiario ante la posibilidad de devolver aquello que la ley le concedió a expensas del incumplidor, de donde de beneficiario se convertiría en perjudicado⁴⁵.

El carácter provisorio de las *astreintes* tiene que cesar en algún momento y es oportuno que ello ocurra cuando el juez sea llamado a resolver si ordena o rechaza la ejecución pedida por el beneficiario. No puede ordenar la ejecución y luego revisar la condena. Debe proceder a la inversa: ante la demanda de ejecución se debe oír al incumplidor para que éste, si puede, justifique total o parcialmente su proceder (según lo autoriza el art. 666 bis) y, oído el renuente, el juez decidirá si lo dispensa o no; en caso de que no lo dispense, ordenará la ejecución que ya no podrá dejar sin efecto. Por tal razón, si el beneficiario cobra, no estará obligado a restituir.

§ 246. REQUISITOS

Para que las *astreintes* sean impuestas es necesario que estén reunidos los siguientes requisitos:

a) Que la sentencia o resolución en la cual esté contenido el deber jurídico cuyo cumplimiento el juez quiere forzar haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Es decir, se requiere que el deber jurídico impuesto al sujeto no sea susceptible de discusión en ulterior instancia. Si la sentencia o resolución ha sido objeto de recurso, las *astreintes* no serán procedentes hasta tanto no se resuelva esta impugnación.

Es la tesis de Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 86, p. 106, nota n° 49.

De acuerdo con esta crítica: Borda, *Obligaciones*, 11, n° 46 *quater*, p. 58.

b) Que el sujeto pasivo del deber incurra en *inejecución*, es decir, que haya incumplido, pero que el cumplimiento específico, aunque tardío, sea todavía posible y útil ⁴⁶. Aquí radica la mayor riqueza de esta medida, ya que por naturaleza ha sido diseñada para forzar el cumplimiento *in natura*. Si el cumplimiento tardío ya no es posible o es inútil, la obligación originaria se habrá convertido en otra de pagar daños y perjuicios, para cuyo cumplimiento se puede recurrir directamente a la ejecución de los bienes del deudor sin necesidad de amenazarlo con pérdidas económicas ⁴⁷.

c) ¿Se requiere pedido de parte? La mayoría de los autores afirma que el juez no puede imponer *astreintes* si no media petición de parte ⁴⁸. Es decir, se sostiene que el juez no puede imponerlas de oficio, con el argumento de que si lo hace estaría concediendo una *liberalidad* no pedida por el sujeto activo; no tiene sentido, se dice, que el juez "gestione", sin su petición, un crédito a su favor. Según el sistema de la ley argentina, el pedido de parte resulta justificado, porque si el juez pudiera imponerlas de oficio, se podría pensar que también está facultado para ordenar su ejecución de oficio; pero esto no es posible, porque la ejecución supone que debe dársele al conminado la posibilidad de justificar su demora, posibilidad que se debilitaría si es el propio juez quien está interesado en ejecutarlo.

Se ha opinado ⁴⁹ que, por excepción, el juez podría fijar *astreintes* de oficio, mencionándose como ejemplo el caso del padre que retarda la prestación alimentaria para sus hijos menores. Estimo que es innegable la facultad del juez para usar, de oficio, un medio de compulsión en casos como el descrito, pero creo que no se trataría, en rigor, de *astreintes*, sino de una compulsión semejante o análoga a la autorizada por la ley en casos especiales o a las previstas en los Códigos de Procedimientos.

Respecto de las *astreintes* que ya fueron impuestas, para que puedan ser ejecutadas se requiere:

1°) Que el beneficiario promueva ante el mismo juez que las impuso, de manda de ejecución de la condena;

2°) Que la inejecución en que incurrió el conminado sea infundada, injusta, pues si justifica su proceder, el juez puede dejar sin efecto la condena.

⁴⁶ C.N.Civ., Sala D, 19/11/1982, "L.L.", 1982-B-279.

⁴⁷ Cfr. Borda, *Obligaciones*, 11, n° 45, p. 54.

⁴⁸ Por todos: Mosset Iturraspe, *Medios compulsivos*, p. 61.

⁴⁹ Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 45 *ter*, p. 56.

§ 247. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Del art. 666 bis resulta que las *astreintes* pueden ser aplicadas a todo el que no cumpliera un deber jurídico; 4º aquí se sigue que este medio de compulsión se puede usar para forzar el cumplimiento, tanto de obligaciones *stricto sensu*, como de deberes jurídicos no patrimoniales⁵⁰.

a) *Obligaciones*

Las *astreintes* tienen su mayor campo de aplicación en materia de obligaciones⁵¹, nacidas de cualquier fuente. En general, se puede afirmar que constituyen una útilísima herramienta para forzar el cumplimiento *in natura* de toda clase de obligaciones, aunque para no incurrir en defectos ni alentar excesos es conveniente examinar la cuestión siguiendo la conocida trilogía: dar, hacer, no hacer.

1) *Obligaciones de dar*.—Tratándose de obligaciones de dar, caben estas reflexiones: 1º) si lo que se debe dar son cosas genéricas o cantidades de cosas, el acreedor tiene a su alcance la ejecución directa o por otro que, quizá, le abrevien el camino a una pronta satisfacción. Por lo tanto, si bien en estos casos la compulsión es siempre posible, la existencia de otras vías —más rápidas y breves— para obtener el cumplimiento no aconsejan su utilización; 2º) si el objeto es una cosa cierta, que el deudor puede ocultar, las *astreintes* se ofrecen como un instrumento eficaz para vencer esa actitud, máxime si se tiene en cuenta que el objeto es irremplazable y que, sin ejercer violencia sobre su persona, es lícito constreñirlo a cumplir bajo amenaza de sanción económica⁵²; 3º) si se trata de dar *dinero*, se discute si son o no útiles las *astreintes*. Según una primera opinión⁵³, no cabe imponerlas porque el acreedor, se alega, puede proceder directamente al embargo y ejecución de los bienes del deudor, sin necesidad de previa amenaza. Si el deudor es solvente, se dice, ¿para qué amenazarlo si se puede ejecutarlo directamente? Según otra opinión⁵⁴, a la que adhiero, no se encuentra ninguna justificación para negar la aplicación de *astreintes* cuando lo debido sea dinero. En primer lugar, recurrir al embargo supone que el deudor tiene bienes con qué responder; pero si los oculta o

⁵⁰ Sobre el particular, Moisset de Espanés, *Sanciones conminatorias o "astreintes"*. Obligaciones a las que son aplicables, "L.J.L." 1983-D-128.

⁵¹ Cfr. Compagnucci de Caso, *Manual de obligaciones*, n° 71, p. 103.

⁵² De acuerdo: CApel. Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com., 31/8/1982, "L.L.", 1983-D-128, con nota de Moisset de Espanés, *Sanciones conminatorias o "astreintes"*. Obligaciones a las que son aplicables.

⁵³ Véase GN.Com., SalaD, 24/5/1983, "L.L.", 1984-B-I 17, con notade J. W. Peyrano, *Límites de la aplicabilidad de sanciones procesales conminatorias*.

⁵⁴ Sustentada por Mazeaud y Tunc, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, t. III-1, n°2507-2, p. 724; Planiol y Ripert, *Tratado teórico práctico*, t. VI, n°788, ps. 91/92; Mosset Iturraspe, *Medios compulsivos*, p. 58.

pone a cubierto, la ejecución puede verse frustrada o demorada; en tal caso, las *astreintes* se ofrecen como un medio de compulsión adecuado para hacer cesar el ocultamiento o vencer la reticencia del deudor. En segundo lugar, la ley no priva al acreedor de dinero del derecho de pedir esta compulsión, de modo que no se ve por qué deba ser tratado de manera diferente de los acreedores de objetos distintos. Por último, el procedimiento de embargo y ejecución puede resultar oneroso para el ejecutante, porque si bien los gastos le serán reembolsados, él debe afrontarlos hasta concretar la ejecución, desembolso que podría evitar pidiéndole al juez que aplique *astreintes*.

II) *Obligaciones de hacer*.—Tratándose de obligaciones de hacer, en general la compulsión puede ser empleada. Sin embargo, dos cuestiones ofrecen dificultades;

I°) Cuando el "hacer" del deudor consiste en prestar su consentimiento, v.gr., si como consecuencia de un contrato preliminar está obligado a celebrar otro definitivo, ¿se puede demandar la ejecución forzada de esta obligación? Se podría sostener que aquí no es posible la ejecución en razón de que el consentimiento es *incoercible* y se podría invocar el art. 1187 para fundar tal aserto. Sin embargo, esa interpretación es desechable. En efecto, la doctrina y, a su zaga, la jurisprudencia han interpretado que el art. 1187 no se opone a que sea el juez quien escriba en lugar del deudor cuando éste se niegue hacerlo; con esto se acepta que esta clase de obligación es susceptible de ejecución forzada (ejecutada por otro), y siendo así, ¿será necesario recurrir a las *astreintes* para vencer al remiso? En rigor, no es necesario en razón de que el deudor remiso puede ser reemplazado por el propio juez o por otra persona que él designe.

2°) Cuando el "hacer" del deudor es *infungible*, porque sólo él puede satisfacer el interés del acreedor. Es el caso de un artista, poeta, escritor, escultor, etc., que prometió producir una obra intelectual determinada, propia de su arte, y no cumple en el plazo estipulado. ¿Se puede, en estos casos, forzar el cumplimiento de esas prestaciones mediante *astreintes*? La cuestión ha merecido dos respuestas: a) Por un lado⁵⁵, se ha opinado que la compulsión repugna al sentimiento jurídico, porque el arte no puede caer bajo el aguijón de la coerción económica⁵⁵. De nada servirá el empleo de compulsión —se afirma— porque si la obra intelectual no es espontánea, no es en realidad tal, sino un remedo de ella, b) Por otro lado⁵⁷, se sostiene que no se puede rechazar *in limine* la posi-

⁵⁵ Sostienen esta tesis Borda, *Obligaciones*, t 1, n° 44, p. 54; Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 89, p. 112; Ámeal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código Civil*, t III, art 666 bis, § 6, p. 246.

⁵⁶ Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 89, p. 112, nota n° 60.

⁵⁷ Mosset Iturraspe, *Medios compulsivos*, ps. 59/60. Para Mazeaud y Tunc (*Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, t III-1, n° 2507-2, p. 724), "...cuantas veces sea humanamente posible la ejecución por el condenado, la condena puede ir acompañada de un *astreinte*".

bilidad de compulsión porque aun la ejecución "a desgano" o sin espontaneidad puede satisfacer al acreedor. Lo contrario significaría afirmar que sólo cuando el deudor cumple "alegremente" el acreedor puede sentirse pagado. En todo caso, se concluye, la opción entre demandar la indemnización o pedir *astreintes* para forzar el cumplimiento *in natura* corresponde al acreedor (doctrina del art. 1083).

Cotejadas ambas tesis, estimo que debe prevalecer la primera, por las razones que siguen: 1) está en juego la *creación* espiritual y libre del ser humano; ¿puede ella ser arrancada bajo amenaza? No, porque ya no sería creación, sería una especie de nacimiento resistido, inmaduro; 2) si la compulsión importa una presión psicológica sobre el deudor, en este caso, como en ningún otro, es de suponer que la medida perturbará su espíritu; entonces, ¿cómo esperar que cumpla en semejante condición si lo que debe hacer depende, precisamente, de su espíritu?; 3) por último, admitir compulsión significaría reducir la creación del espíritu humano a una mera actividad mecánica, con virtiendo al hombre en máquina; ¿es esto admisible? No, y por ello el acreedor deberá conformarse con la indemnización susitutiva.

Determinar cuándo se está frente a una prestación de esta especie⁵⁸ es una cuestión que depende de las circunstancias de cada caso que el juez, según su libre arbitrio, deberá decidir. Así, por ejemplo, si el deudor es un abogado que debe concluir un mero trámite (devolver un expediente, gestionar un oficio, presentar documentos que su cliente le ha proporcionado, etc.) no existen razones para negar la aplicación de *astreintes*; en cambio, si lo que debe hacer depende de su ciencia o de su labor personalísima⁵⁹, no podrá ser conminado bajo amenaza.

II) *Obligaciones de no hacer*. —Tratándose de obligaciones de no hacer son también aplicables *astreintes* °°. Pueden presentarse, en particular, dos situaciones: a) que la medida se dirija a conminar al deudor para que cese en la actividad prohibida; b) que la medida se dirija a conminar al deudor para que destruya lo hecho.

⁵⁸ Para Borda (*Obligaciones*, t. 1, n° 44, p. 54) no se puede ejercer compulsión sobre un médico para que atienda a un enfermo o sobre un abogado para se haga cargo de un pleito, ni para obligar a una persona a cumplir un contrato de trabajo.

⁵⁹ "Siendo personalísima —dice Ángel Osorio—, la labor en todas las profesiones intelectuales, quizás en ninguna lo sea tanto como en la abogacía. La inteligencia es insustituible, pero más insustituibles aún son la conciencia y el carácter": Ángel Osorio, *El alma de la toga*, Ejea, Buenos Aires, 1975, p. 125. En la labor del abogado, se puede considerar "personalísimo", p.ej., la redacción de una demanda, de su contestación, de un recurso o el alegato verbal en la audiencia de vista de la causa, etc.

⁶⁰ Cfr. Planiol y Ripert, *Tratado teórico práctico*, t. VI, n° 788, p. 93.

b) Deberes jurídicos no patrimoniales

Ya se dijo que este medio de compulsión puede ser usado para exigir el cumplimiento de deberes jurídicos que no son —*stricto sensu*— obligaciones w. No es, pues, una institución exclusiva de la teoría de las obligaciones, sino que expande su campo de aplicación fuera de ella. Nadie duda sobre su utilidad para forzar la observancia de deberes extrapatrimoniales; en particular, los jueces suelen emplearlas para tal fin en materia de deberes familiares⁶², por ejemplo, para hacer respetar un régimen de visitas, para forzar la prestación oportuna de alimentos, etc.

§ 248. FIJACIÓN DEL MONTO. SU RELACIÓN CON LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.
CESACIÓN DE LAS *ASTREINTES*

La *astreinte* se establece en razón de una cantidad de dinero determinada por cada período de inexecución, pueden ser días, semanas, meses, según el libre arbitrio del juez. Interesan aquí dos cuestiones.

a) Criterio para fijar el monto

Para fijar el monto de la condena se ha tener en cuenta, ante todo, "el caudal económico de quien deba satisfacerla" (art. 666 bis)⁶¹. Es lógico que así sea, pues si a un sujeto pasivo acaudalado se le impone una condena mínima, seguramente la medida no hará mella en su patrimonio, resultando ineficaz; a la inversa, si a un deudor empobrecido se le impone una condena abultada, es posible que la medida, antes que el cumplimiento buscado, provoque la quiebra del conminado.

Debe primar, en todo supuesto, la equidad del juez.

⁶¹ Verj«pra§17.

⁶² Que las *astreintes* sirven para forzar el cumplimiento de los deberes familiares es un decir común. Pero, ¿con qué alcance debe ser interpretada esta afirmación? Advuértase el problema: entre tales deberes se destacan, p.ej., el deber de los cónyuges de cohabitar, de guardarse recíproca fidelidad, el deber de los padres de educar a los hijos o, en caso de divorcio, de respetar el régimen de visitas que se hubiere establecido, etc. Pues bien, ¿se puede forzar el cumplimiento de tales deberes mediante amenaza de sanción económica? El deber de cohabitar, el de ser fiel, ¿son susceptibles de ejecución forzada? Aun quienes respondan que sí lo son, no deben olvidar que estos deberes se basan en el amor, y éste es incompatible con la compulsión. Por ello, la aplicación de *astreintes* tiene, en estos casos, valor relativo. Cfr. Mosset Iturraspe, *Medios compulsivos*, p. 57.

⁶³ Ver Kemelmajer de Carlucci, en Bueros (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t11, comentario al art. 666 bis, § 8, p. 589.

b) Relación entre el monto de la condena por "astreintes" y la cuantía de los daños y perjuicios

Se afirma, por mayoritaria doctrina⁶⁴, que la *astreinte* no es una indemnización que se paga al titular del derecho, sino un medio de compulsión. Sin embargo, la diferencia entre compulsión e indemnización parece diluirse cuando esa misma doctrina sostiene que el monto de las *astreintes* no puede acumularse al monto que corresponda por indemnización; así, supóngase que un deudor es condenado por el juez a cumplir bajo amenaza de tener que pagar \$ 100 por cada día de inexecución; pasados diez días se hace pasible a una condena de \$ 1.000; el acreedor, por otra parte, sufre un daño por el incumplimiento de la obligación principal, equivalente a \$ 2.000. Pues bien, lo que esa doctrina afirma, es que el deudor no puede ser condenado a pagar \$ 3.000, integrados por los \$ 1.000 de *astreintes* más los \$ 2.000 de indemnización, porque entiende que ambos montos no pueden acumularse. A partir de allí, sostiene que sólo debe ser condenado a pagar \$ 2.000 en concepto de indemnización, en tanto considera que los restantes \$ 1.000 que le hubieran correspondido como *astreintes* están ya cubiertos por el monto de la primera. Tal interpretación equivale a afirmar que el acreedor cobra sólo en concepto de indemnización y nada por *astreintes*.

Se argumenta que si se permitiera la acumulación de ambos rubros, el acreedor obtendría una recompensa superior al perjuicio sufrido, lo que se considera indebido. Si bien el alegato es atendible, no se puede ignorar que, con la solución que de él resulta, las *astreintes* pierden su función compulsiva para servir como mecanismo indemnizatorio⁶⁵. Es así, porque el conminado, en definitiva, sólo se verá obligado a indemnizar, obligación que hubiese debido afrontar aun sin ser conminado con *astreintes*. Por ello, si se quiere que éstas tengan efectiva fuerza compulsiva, se debe afirmar que cabe acumularlas a los daños y perjuicios, porque ambas sumas se pagarán por conceptos distintos: la indemnización tiende a reparar el daño causado; la *astreinte* a castigar la contumacia y desobediencia del sujeto pasivo. En todo caso, será el juez quien decida si la actitud del conminado es o no justificada y, si lo es, podrá dejar sin efecto la condena pecuniaria o disminuirla, pero no se diga que ésta, cuando se paga, deba ser imputada a la reparación del perjuicio ocasionado por la inexecución.

⁶⁴ *Supra*, § 242. Cfr. Keroelmajer de Carlucci, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art. 666 bis, § 10, p. 591.

⁶⁵ Por eso es acertado el siguiente pasaje jurisprudencial: "Las sanciones conminatorias no se relacionan en absoluto con el perjuicio sufrido por el acreedor proveniente de la inexecución, porque no se pretende la reparación, mediante ellas, del interés afectado sino que, a través de su imposición, se persigue constreñir al obligado al cumplimiento que adrede evade": CN.Civ., Sala II, 17/10/1980, Rep. "L.L.", XLI, 225, sumario n° 3. En el mismo sentido: CApel. Civ. y Com., Mercedes, Sala II, 22/9/1981, Rep. "L.L.", XLII, 190, sumario n° 9.

c) Cese de las "astreintes"

En materia *áastreintest* las *íacultade**d64^aez son amplias. Él puede imponerlas, aumentarlas, disminuirlas o hacerlas cesar. Puede, también, ordenar su ejecución a pedido del beneficiario o desestimar la ejecución, liberando al conminado de la obligación de pagarlas.

A la par, cabe señalar que los jueces están facultados para tomar medidas compulsivas consistentes en condenas pecuniarias, aunque no se encuentren reunidos todos los presupuestos exigidos por el art. 666; así, se resolvió imponerlas sin petición de parte, o decretarlas en beneficio de una persona distinta de las partes en litigio⁶⁶. Esta facultad se explica porque la adopción de tales medidas constituye una atribución propia del *imperium* de los jueces.

El curso de las *astreintes* cesa: 1°) cuando el conminado cumple el deber jurídico. Vencida la resistencia del conminado, no tiene justificación mantener la compulsión. Al juez le quedará resolver si cabe o no la ejecución de la condena acumulada hasta el momento de la ejecución tardía; 2°) cuando la inejecución se transforma en incumplimiento definitivo. En tal caso, la compulsión carece de sentido y sólo cabe la indemnización sustitutiva

D) LA CLÁUSULA PENAL

§ 249. MÉTODO. UBICACIÓN DE LA MATERIA

Con respecto al lugar, dentro del derecho civil, en el que debe ser tratada esta institución se conocen cinco opiniones: 1°) unos la consideran como una "modalidad" (distinta de la condición, el plazo y el cargo) y, por ende, afirman que debe ser estudiada dentro de la teoría de las obligaciones con modalidades⁶⁷; 2°) otros sostienen que constituye un negocio estructurado con sujetos, objeto y causa distintos de la obligación principal a la que accede; y, por esa razón, la estudian como una institución independiente, con fisonomía jurídica propia⁶⁸; 3°) una tercera tesis entiende que con la cláusula penal las partes convienen una liquidación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de que

⁶⁶ En una oportuna *íase* impuso —de oficio— una condena pecuniaria al jefe de Policía de la provincia de Jujuy *íubr* demorar una diligencia que había ordenado el tribunal; se designó beneficiario de la condena a la Biblioteca del Poder Judicial. El fallo (expte. n° 2821/90, "Recurso de inconstitucionalidad int. en expte. n° A-44631/90—Sala III, Tribunal del Trabajo— Armando M. Tejerina v. Adrián Ríos") fue confirmado por el Superior Tribunal de Justicia. Sobre la posibilidad de imponer *astreintes* a los entes administrativos: Mazeaud y Tunc, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, t. III-1, n° 2507-7, p. 728.

⁶⁷ P.ej., Caio M. Da Silva Pereira; *Instituições de direito civil*, L II, 4ª ed., p. 128.

⁶⁸ P.ej., Trimarchi, *La clausola pénale*, ps. 221 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, p. 26.

no se cumpla la obligación; siendo así, propone que se la estudie en el capítulo destinado «*totatíosiefeeías del incumplimiento*»; 4*) una cuarta opinión estima que debería ubicarse dentro de la teoría del contrato, por considerar que su fuente es la convención de las partes 7°; 5°) por último, se ha opinado que si la función esencial de la cláusula penal es la constrictión —al menos es la función esencial de la cláusula que la doctrina italiana llama *pura*—, no puede ser ubicada sino entre los medios de compulsión que tienden a forzar el cumplimiento⁷¹.

Revisadas las opiniones enunciadas, juzgo que es apropiado incluir su estudio entre los medios compulsivos, pero hecha la salvedad de que —en sentido estricto— esta cláusula sólo puede constituirse como una estipulación accesoria en las obligaciones convencionales, esto es, en aquellas obligaciones cuya causa fuente es la voluntad de las partes y sin perjuicio de que cumpla una función indemnizatoria. Para fundar el aserto se invocan estos fundamentos: 1°) es verdad que de las disposiciones de nuestro Código Civil resulta que la cláusula penal tiene una función ambivalente⁷², es decir, opera como medio de compulsión o como liquidación anticipada de los daños por incumplimiento; 2°) también es verdad que, siendo así, si se la trata exclusivamente como medio de compulsión o solamente como liquidación anticipada de daños, se corre el riesgo de parcializar su estudio en desmedro de una íntegra comprensión de la institución. Pero creo que es posible evitar tal desmedro, aun ubicándola en un solo lugar, si —en esa ubicación— se estudian ambas funciones con la precaución de no incurrir en la confusión que puede resultar de la diversidad; 3°) aun admitiendo su naturaleza convencional —en tanto es una estipulación de las partes que celebran un negocio jurídico— creo en la conveniencia de incluirla en la teoría general de la obligación y allí estudiar sus dos funciones principales, pues deben generalizarse las reglas de la cláusula penal para hacer factible su aplicación a todas las obligaciones nacidas de la voluntad del otorgante del acto, aunque tal acto no sea un contrato; 4°) en suma, si aun ubicada como estipulación contractual y con mayor razón si se pretende hacer prevalecer su función indemnizatoria, sus soluciones deben generalizarse para regir en situaciones análogas, su lugar está en la teoría general de la obligación.

• ⁹ Tal la opinión, p.ej., de Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t II, n° 582.

⁷⁰ Así, Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 164.

⁷¹ Es la tesis que sustenta J. Peirano Fació, *La cláusula penal*, n° 8. En el derecho italiano, su doctrina enseña que la cláusula penal pura es un medio compulsorio y sólo en una versión *impura* puede cumplir otras funciones. P.ej., A. Trabucchi, *Instituciones de derecho civil*, t U, n° 266.

⁷² Por ello se ha dicho que, en nuestro derecho, se ha regulado lo que la doctrina italiana llama cláusula penal no pura o irregular, en razón de que se le ha asignando función ambivalente. Cfr. A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 2, p. 5.

§ 250. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNCIONES

a) *La definición legal*

El art. 652 del Cód. Civil define a la cláusula penalTM como "aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación"⁷³. Esta definición ha sido objeto de algunas críticas⁷⁴, de las cuales cabe mencionar aquella que le pone reparos a la expresión "para asegurar el cumplimiento" contenido en ella. En efecto, con sujeción a la letra estricta del art. 652, se podría interpretar que la cláusula se estipula para *asegurar* el cumplimiento de la obligación. En rigor, no es la cláusula penal la que debe asegurar el cumplimiento de las obligaciones, pues una afirmación semejante podría inducir a suponer que en las obligaciones que no tienen cláusula penal, el cumplimiento de tales obligaciones no estaría asegurado o que el vínculo tendría una mayor debilidad. No es así; está claro que incumbe al Estado —mediante la actuación del Poder Judicial— el deber de asegurar y tutelar *todos* los derechos de créditos, con total prescindencia de si se ha pactado o no una cláusula penal. Por ello, no cabe la interpretación literal, sino que la expresión bajo análisis debe ser entendida en el sentido de que la cláusula penal se estipula para *reforzar* el vínculo bajo la amenaza de la sanción que la estipulación trae consigo; es decir, la cláusula constituye una amenaza accesoria que constriñe aún más al deudor a cumplir lo pactado⁷⁵.

⁷³ Para un estudio histórico y de derecho comparado de la cláusula penal se puede ver, entre otros, J. Peirano Fació, *La cláusula penal*, publicación oficial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1942.

⁷⁴ Nuestro art. 652 reconoce su fuente inmediata en el art. 1226 del Código francés, cuya doctrina ha influido en la nuestra.

⁷⁵ No cabe considerar la crítica terminológica de que ha sido blanco la definición legal, porque, a mi juicio, es insustancial. Se le objeta, en efecto, que hubiese sido preferible el empleo de la palabra "estipulación" antes que "cláusula", porque con ésta se alude a lo que inserta en el negocio al tiempo de su celebración; en cambio, con "estipulación" se puede nombrar a aquello que puede ser pactado con posterioridad a la celebración del negocio, como ocurre con la institución bajo análisis, que tanto puede ser pactada junto al negocio principal o con posterioridad a su celebración. Tampoco es atendible la crítica que objeta la inclusión de una definición entre los textos del Código, con el remanido argumento de que las leyes no deben contener definiciones, porque en este caso no se han producido los riesgos que sé hacen derivar de esa crítica; esto es, la definición —como se verá— no adolece de excesos o defectos de entidad tal que perjudiquen la regulación legal.

⁷⁶ Cfr. A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 12, p. 16. La definición del art. 652 también ha sido criticada con el argumento de que es incompleta (Horacio S. Cáceres, *La cláusula penal en las relaciones contractuales*, en *Estudios de derecho privado. Homenaje al Dr. Pedro León*, Córdoba, 1976, p. 133). Afirma este autor que la cláusula penal no sólo tiene por finalidad, como resulta del art. 652, "la de asegurar el cumplimiento de una obligación, sirio que tiene la función primordial de fijar anticipadamente los daños y perjuicios..."

Pero más allá de las críticas, bien se han hecho notar los aciertos de nuestra definición. Así: *a*) dice el art. 652 que la cláusula penal es aquella "en que una persona se sujeta a una pena...", de dónde se desprende que el sujeto pasivo de la cláusula —no siempre ni necesariamente— ha de ser el deudor, pudiendo también ser alcanzado por ella un tercero, lo que constituye un acierto; *b*) es también un acierto de la definición la distinción entre pena compensatoria y pena moratoria, al establecer que ella se deberá en caso "de retardar o de no ejecutar la obligación"⁷⁷.

La doctrina, a su turno, ha propuesto distintas definiciones⁷⁸. Así, se ha dicho que es: "un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente"⁷⁹. O bien, "es la convención accesoria estipulada como cláusula o pacto de una obligación, por la que se promete realizar una prestación generalmente pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla o cumpla irregularmente lo prometido"⁸⁰. Es útil transcribir la definición de Laurent en tanto en ella se destaca la función de fijación o liquidación de los daños; para el jurista belga, la cláusula penal "es pena convencional que las partes contratantes estipulan, para valorar y determinar los daños y perjuicios a los cuales el acreedor tiene derecho en caso de inejecución de la obligación principal"⁸¹.

A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 13, p. 17.

⁷⁸ Se la ha definido como "una obligación accesoria que las partes agregan a una obligación principal al objeto de asegurar el cumplimiento de ella, imponiendo a cargo del deudor una prestación especial para el caso de que incumpla su obligación o no la cumpla de modo adecuado": Castán Tobeñas, *Derecho civil español común y foral*, t. III, p. 171. También se ha dicho que es "una estipulación accesoria a otra obligación, por la cual el deudor o un tercero se obliga a favor del acreedor o de un tercero a una determinada prestación, con el fin de asegurar el cumplimiento y fijar el límite del resarcimiento en el caso de retardarse o no ejecutarse la obligación principal": Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 382, p. 138. Para Llambías, la cláusula penal es "una estipulación accesoria a una obligación principal por la cual el deudor deberá satisfacer una cierta prestación si no cumple lo debido o lo cumple tardíamente": Llambías, *Obligaciones*, 11, n° 13S, p. 419; para Cazeaux, es "un pacto accesorio que se agrega a un acto jurídico por el cual el deudor o un tercero se comprometen a una prestación indemnizatoria en caso de incumplimiento de la obligación o de no cumplir en debida forma", Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, p. 390.

⁷⁹ A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 14, p. 17.

⁸⁰ J. Puig Brutau, *Fundamentos del derecho civil*, 1.1, vol. t. H, p. 524.

⁸¹ Laurent, *Principes de droit civil*, t. XVII, n° 424, p. 422. En el mismo sentido, Marcadé, para quien "se llama cláusula penal la convención accesoria que determina por anticipado los daños y perjuicios que el deudor deben* pagar, sea por incumplimiento, sea por el retardo en la ejecución de la obligación principal": Marcadé, *Explications*, t. IV, n° 649, p. 529.

b) Naturaleza y funciones

La doctrina más autorizada que se ha ocupado del tema sostiene que la cláusula penal tiene una doble función: por una parte, cumple la función compulsoria y, por otra, tiene función indemnizatoria. Esta ambivalencia, que se comprueba en derecho comparado, aunque se pretenda hacer prevalecer la función indemnizatoria, surge de los textos de nuestro Código Civil.

I) *Función compulsoria*. — En nuestro ordenamiento, la doctrina estima que la función compulsoria resulta de las siguientes consideraciones: 1º) según el art. 659, es dable a las partes convenir que la pena se pague por el simple retardo o que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal. En estos casos, desde que es posible la acumulación de la pena a la obligación principal y, por ende, es posible que cumplida la principal se deba de todos modos la pena, se interpreta que ésta no está destinada a indemnizar, sino que su finalidad fue compulsoria; 2º) por el art. 656, el acreedor podrá pedir la pena sin necesidad de probar que ha sufrido perjuicios y, a su vez, el deudor no podrá eximirse de pagarla ni aun probando que no causó daño alguno; de aquí se sigue que la pena no pudo tener una finalidad indemnizatoria, sino sólo la de constreñir al deudor al pago; 3º) por el art. 518, una obligación natural puede contener como accesoria una cláusula penal; de aquí se sigue que la cláusula no puede tener, en este caso, finalidad indemnizatoria, porque por hipótesis, la obligación principal es inexigible, dado su carácter natural; 4º) en el mismo sentido, alejando toda controversia, el art. 666 dispone la plena validez y eficacia de una cláusula penal, "aunque sea puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación que no pueda exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada por la ley"; se interpreta que en este caso la cláusula no puede tener finalidad indemnizatoria, ante la inexigibilidad de la obligación.

II) *Función indemnizatoria*. — Siempre según los textos de nuestro ordenamiento, la función indemnizatoria de la cláusula resulta del art. 655, según el cual la pena o multa impuesta en la obligación "entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente". Este texto, como se verá luego, resulta decisivo para afirmar que la cláusula tiene una clara finalidad indemnizatoria.

También se ha hecho notar que la cláusula, atendiendo a las circunstancias de cada caso, puede cumplir otras funciones: a) una función *satisfactiva*, que podría darse en aquellos casos en que la cláusula accede a deberes de carácter moral o no patrimonial; en estos casos, puede ser el instrumento legal para convertir esos deberes no patrimoniales en obligaciones jurídicas, de suerte tal que, no cumplido el deber moral y tornándose exigible la cláusula, su ejecución ten-

drá la finalidad de satisfacer al acreedor de aquel deber b) una función probatoria, de modo que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la pena sin necesidad de probar daño alguno; de allí que la exigibilidad de la cláusula haga presumir el elemento daño.

§ 251. CARACTERES. (OSIFICACIÓN)

a) Caracteres

La cláusula penal presenta los siguientes caracteres:

I) Es *accesoria* pues está añadida a una obligación principal, cuyo cumplimiento pretende presionar psicológicamente al deudor (función compulsoria) o, en defecto de cumplimiento, busca indemnizar al acreedor (función indemnizatoria); el carácter accesorio está expresamente reconocido en el art. 524 del Cód. Civil, donde se la tipifica como obligación accesorio respecto del objeto⁸². Se aplican las reglas propias de la accesoriedad. En particular, la regla de la nulidad: "la nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta deja subsistente la obligación principal" (art. 663)⁸³.

II) En nuestro derecho, es corriente la afirmación de que la cláusula penal constituye, en tanto accesorio, una obligación *condicional*, en el sentido de que su eficacia y exigibilidad depende de un acontecimiento futuro e incierto⁸⁴; se

⁸² G. Goda, *El contrato*, 1.1, p. 291, traducción de Ferrandis Vilella. Sobre las funciones de la cláusula en el derecho español: Jesús M. Lobato, *La cláusula penal en el derecho español*, n° 4, ps. 30 y ss. e Isabel Espín Alba, *La cláusula penal*, p. 49.

⁸³ Es la opinión mayoritaria de la doctrina: J. Peirano Fació, *La cláusula penal*, p. 183; A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 46, ps. 59 y ss.; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 184, p. 198; Galli, en Salvat y Galli, *Obligaciones*, 1.1, n° 197-b, p. 221; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 168, p. 135; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 676, p. 295; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t U, comentario al art 652, § 7, p. 205; J. Puig Brutau, *Fundamentos del derecho civil*, 11, vol. t. ü, p. 525; Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, t. II, n° 963, p. 104.

⁸⁴ En contra, Leiva Fernández sostiene que la cláusula penal en la versión *compensatoria* no es accesorio sino principal, fundando el aserto en que, en esa especie, el acreedor puede desplazar la obligación principal optando por el cobro de la cláusula; y en ese desplazamiento pretende justificar la autonomía de la cláusula penal compensatoria, respecto de la obligación donde está inserta: L. Leiva Fernández, *Acerca del interés y la cláusula penal*, en "LL.", 156-1180. No comparto esta afirmación, pues como bien se ha dicho, con idéntico criterio debiera negarse el carácter accesorio de la obligación facultativa, hipótesis en la que también el deudor puede optar, dejando de cumplir una y cumpliendo otra. De acuerdo: A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 46, p. 62.

⁸⁵ Al tratar sobre las obligaciones principales y accesorias, volveré sobre los efectos de la accesoriedad.

⁸⁶ A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 63, ps. 84 y ss.; Borda, *Obligaciones*, t L n° 184, p. 199; Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 11, p. 271.

dice, en tanto accesoria, para señalar que ese carácter condicional no le cabe, en razón de la cláusula, a la obligación principal que, en sí misma, puede ser pura y simple ⁸⁷. Sin embargo, de la circunstancia de que la cláusula penal sólo sea exigible en caso de incumplimiento o retardo de la principal, no se puede deducir, sin más, que se trata, en sentido estricto, de una obligación condicional en tanto dependería de un acontecimiento futuro e incierto, cual sería aquel incumplimiento o retardo, pues ni uno ni otro pueden erigirse —*sensu strictu*— en hechos condicionantes de la pena. Ello, por que si se tratara de una obligación condicional, ninguna de las partes podría exigir o evitar el cumplimiento del hecho en que consiste la condición; pero en este caso, es obvio que el deudor sí podría evitar el cumplimiento de la condición, con sólo cumplir la principal. En todo caso, la pena está sujeta, no a una "condición" como modalidad, sino a una *conditio iuris* consistente en que el deudor no cumpla la principal ⁸⁸.

III) Una importante doctrina afirma que la cláusula penal es *subsidiaria* ⁸⁹, aunque se discrepa en cuanto a qué se debe entender por subsidiaria. Por mi parte adhiero a quienes sostienen que la cláusula es subsidiaria, porque el interés del acreedor tiene por objeto específico, siempre, el de la obligación principal; sólo cuando la obtención de ese específico objeto se torna imposible o cuando se pierde interés en él, en subsidio, el acreedor puede optar por la cláusula penal si ésta fuera *compensatoria* ⁹⁰,

Se ha señalado también que la cláusula penal sería *preventiva* y, en ciertos casos, *aleatoria*. Lo primero, porque —por su naturaleza— la inserción de la cláusula está indicando que las partes han previsto de antemano la posibilidad de un incumplimiento y han querido ponerse a cubierto ⁹¹. Lo segundo (aleato-

⁸⁷ Hlosin p tjuiciode que\ aob Ugaci6n principal se atambien condicior^ se deberá esperar que se cumpla la condición que afecta a la principal para que ésta se torne exigible; luego, en caso de no cumplimiento, podrá tener vigencia la cláusula penal.

⁸⁸ Cabe precisar: a) en una obligación sujeta a la modalidad "condición", dado el carácter *incoercible* de ésta, tanto el acreedor como el deudor deben limitarse a aguardar que el hecho condicionante suceda o no suceda; b) la *modalidad condición* y la *conditio iuris* se diferencian por su naturaleza, pues mientras la primera es una cláusula *arbitraria* y *contingente*, el elemento *conditio iuris* es *necesario* y *constante* (Santoro Pasarelli, *Doctrinas generales del derecho civil*, n° 43, p. 234). De acuerdo con lo sostenido en el texto: Jesús M. Lobato, *La cláusula penal en el derecho español*, n° 15, d), p. 112.

⁸⁹ A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 65, ps. 86 y ss.; Borda, *Obligaciones*, t. I, n° 184, p. 199; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 676, p. 295; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. n, comentario al art 652, § 7, p. 205; Llambfás, *Obligaciones*, 1.1, n° 321; Cazeaux, en Cazeaux y Trigo, *Represas, Derecho de las obligaciones*, t. I, p. 271.

⁹⁰ De acuerdo, Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 184, p. 198; A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 65, p. 86.

⁹¹ Cfr. Pedro León, *Recopilación de clases*, t. I, p. 211.

ría), porque en la hipótesis de que las partes hubiesen tasado los daños en la cláusula, el acreedor deberá limitarse a percibir ese monto aunque, de hecho, sufra daños mayores⁹², por cual puede estimarse que asumió el riesgo (*alea*) de sufrir daños mayores; del mismo modo, el monto de la cláusula se debe aunque el acreedor no sufra daño alguno, riesgo que, en tal caso, asumiría el deudor.

b) Clasificación

Sobre la base del art. 652, que autoriza la inserción de una cláusula penal para el caso de que el deudor retarde o no ejecute el cumplimiento la obligación, la doctrina clasifica las cláusulas en compensatorias y moratorias⁹³.

1) *Compensatorias*.—Tienen carácter de cláusulas compensatorias aquellas que han sido previstas por las partes para el caso de incumplimiento absoluto⁹⁴; esto es, para el caso de que, por razones físicas o jurídicas sobrevinientes a la formación del vínculo, ya no sea posible —o sea inútil por pérdida de interés del acreedor— el cumplimiento de la obligación. En definitiva, si el cumplimiento ya no es posible—o si es inútil— el acreedor podrá exigir el pago de la pena que vendrá, así, a llenar su función indemnizatoria. Para determinar si la cláusula es o no compensatoria, se ha de considerar, en primer lugar, la intención común de las partes; en caso de que las partes no hayan explicitado el carácter de la pena o si existen dudas acerca de este punto, debe presumirse que la pena es compensatoria. Esta conclusión encuentra sólido fundamento en el art. 659, de cuyo texto resulta, con el carácter de regla general, que "el acreedor *no podrá pedir* el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, *a su arbitrio*.."; en consecuencia, ante la imposibilidad de reclamar el pago de la obligación principal, al acreedor le queda la posibilidad de cobrar el monto de la pena; de la misma manera, si aun siendo posible la obligación principal, el acreedor opta por la pena, no cabe sino interpretar que —en ambos casos— la pena *sustituye*, en tanto indemnización compensatoria, a la obligación principal. Esta regla sólo cede para permitir interpretar que la cláusula es moratoria, cuando de la declaración de las partes "*...aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo...*" (art. 659, primer supuesto) o cuando "se

⁹² Es la tesis sustentada por Busso, *Código Civil*, t IV, comentario a los arts. 655 y 656, n° 9, p. 484.

⁹³ J. Peirano Fació, *La cláusula penal*, n° 124, p. 258; A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 110, p. 161; Borda, *Obligaciones*, t 1, n° 197, p. 204; Galli, en Salvat y Galli, *Obligaciones*, 1.1, n° 197-a, p. 221; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 178, p. 140; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 675, p. 294; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art 652, 14, p. 202.

⁹⁴ Empleando la expresión *incumplimiento absoluto* en el sentido que se le ha dado, *supra* § 210.

haya estipulado que por el pago de la pena *no se entienda extinguida* la obligación principal" (art. 659, segundo supuesto).

H) *Moratorias*. — Tienen carácter de cláusulas moratorias aquellas que han sido previstas por las partes para el caso de que el deudor *retarde* el cumplimiento de la obligación (art. 652). Se impone, aquí, tres importantes consideraciones: 1*) ¿a qué especie de *retardo* se refiere la ley? En razón de que en el art. 652 se dice, a secas, "...en caso de retardar..." y en el art. 659 se habla de "...pena por el simple retardo...", se podría interpretar que la pena es debida por el retardo inimputable. No es así, como se verá al tiempo de estudiar la exigibilidad de la pena⁹⁵, se requiere inmutabilidad; 2') también deben ser consideradas como penas *moratorias* y, por ende, quedarán sujetas a su régimen aquellas cláusulas que estipulen el pago de la pena por toda especie de incumplimiento que no sea definitivo, por ejemplo, un incumplimiento relativo, parcial o defectuoso, ya con relación al objeto debido, ya con respecto al lugar de cumplimiento, etc. 3*) se ha dicho que si la obligación principal es de *no hacer*, la cláusula penal sólo podrá tener carácter compensatorio, porque se ha partido de la idea de que en las obligaciones de no hacer no cabe la posibilidad de retardo o mora⁹⁷. No estoy de acuerdo, pues como ha quedado demostrado al estudiar el régimen de la mora también en las obligaciones de no hacer cabe la posibilidad de retardo o mora.

IU) *Importancia práctica*. — La importancia práctica de la distinción radica en lo siguiente: 1") si bien, en principio, no se puede acumular la pena con la obligación principal, esa posibilidad existe cuando la cláusula tiene carácter moratorio; en tal caso, además del pago de la obligación principal, el deudor debe pagar la pena; 2^a) por lo común, la pena compensatoria consiste en una sola prestación, generalmente consistente en una suma de dinero, de cumplimiento instantáneo; las penas moratorias, por el contrario, se pactan por períodos determinados, días, semanas o meses, y se van acumulando a medida que transcurren los sucesivos períodos.

§ 252. INMUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Entre los caracteres de la cláusula penal se destaca el de la inmutabilidad. Por su importancia, corresponde asignarle especialmente un párrafo.

Infra, §254.

De acuerdo: A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 110, p. 162.

A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 112, p. 166.

Supra, § 230.

a) Inmutabilidad. Noción

" Cuando se afirma que la cláusula penal es inmutable se quiere significar, puesto que por naturaleza debe ser el producto de la libre voluntad de las partes, que no es posible modificar —salvo que medie un nuevo acuerdo de partes— ni su contenido, pretendiendo cambiar el objeto de la pena, ni su cuantía, pretendiendo incrementar o disminuir la pena estipulada. El fundamento sobre el que reposa este carácter inmutable está dado —en este caso como en pocos otros— por la autonomía de la voluntad (art. 1197), pues, en efecto, reserva hecha de las salvedades que se expondrán luego: a) nadie mejor que las propias partes para fijar la cuantía de una posible pena o indemnización en caso de inejecución o incumplimiento; b) el acuerdo previo sobre el monto de la pena, al eliminar dificultades probatorias referidas a la tasación del daño, seguramente evitará discusiones y pleitos tendientes a establecer esa cuantía¹⁰⁰. La inmutabilidad, en la versión de nuestro codificador, fue concebida para favorecer tanto al deudor como al acreedor, aprovecha al deudor, porque no le es permitido al acreedor pretender una cantidad mayor ni siquiera probando que la pena estipulada es insuficiente para reparar el daño sufrido; aprovecha al acreedor, porque tampoco le es permitido al deudor liberarse de la pena ni aún probando que el acreedor no sufrió daño alguno. Tales son, en tosca síntesis, las consecuencias que derivan del art. 656, primer párrafo.

En derecho comparado es posible agrupar algunas legislaciones, según se desprende de sus respectivos ordenamientos, en dos sistemas: a) aquellas que proponen que la inmutabilidad de la pena tenga carácter absoluto, por ejemplo, el art. 1152 del Cód. Civil francés, el art. 1152 del Cód. Civil español, el art. 1276 del Cód. Civil venezolano. Si se analiza, por ejemplo, el texto francés se advertirá esa intención: "Cuando la convención incluya que quien deje de cumplirla pagará una cierta suma a título de daños y perjuicios, no puede concederse a la otra parte una suma ni mayor ni menor" (art. 1152 del *Codé*)¹⁰¹; b) otras legislaciones dejan abierta la posibilidad de modificar la pena, atenuando en mayor o menor medida el carácter absoluto de la inmutabilidad, por ejemplo, el art 163 del Cód. Civil suizo, los arts. 340 a 343 del Cód. Civil alemán. El Có-

⁹⁹ Es la opinión común de los autores; por todos: R. Compagnucci de Caso, *Inmutabilidad de la cláusula penal y la incidencia de la desvalorización monetaria*, p. 123.

¹⁰⁰ Bibiloni resume este fundamento de la inmutabilidad de la cláusula en los siguientes términos: "El derecho de obtener aumento de la indemnización, o de reclamar la reducción parece conspirar contra la seguridad que se buscaba y sustituye con un pleito complicado y oneroso la estimación convenida con el mismo derecho con que se convinieron los precios del trabajo y su ministro...". Bibiloni, *Anteproyecto*, t II, p. 73.

¹⁰¹ Comentando el texto francés, ha escrito Moulón que el acreedor obtendrá siempre una indemnización, pero sólo en la suma estipulada; y remataba: "Los jueces no pueden bajo ningún pretexto fijar una suma mayor o menor": F. Moulón, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, t. II, p. 642.

digo suizo dispone que la estipulación de la cláusula penal no puede ser contraria a las "buenas costumbres", como ocurriría, por ejemplo, cuando sirve de pretexto para ocultar intereses excesivos; el Código alemán permite —a petición de parte— la disminución de la pena cuando resulta excesivamente alta o desproporcionada respecto de la obligación principal¹⁰².

En nuestro derecho, como se verá a continuación, la inmutabilidad no tiene carácter absoluto:

b) Inmutabilidad relativa

Pese al énfasis con que aparece establecido en nuestro ordenamiento el carácter inmutable de la pena (art. 656), nadie duda en nuestra civilística de que la inmutabilidad no es absoluta, sino relativa¹⁰³.

Si bien la mutabilidad de la pena tiene carácter excepcional, la ley prevé los siguientes casos en que la inmutabilidad pierde vigencia:

1) Mutabilidad por cumplimiento parcial de la obligación principal.— Según el art. 660, "Si el deudor cumple sólo una parte de la obligación, o la cumple de un modo irregular, o fuera del lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente, y el juez puede arbitrarla si las partes no se conviniesen". Está claro que en la hipótesis tenida en mira en este artículo, la pena **debe disminuirse proporcionalmente**; el fundamento de la norma radica en que ante el cumplimiento parcial de la principal, la obligación de pagar la pena ha visto disminuida **su causa** en la misma proporción del pago parcial realizado¹⁰⁴. Por otra parte, si el acreedor acepta el pago parcial y, además, reclama el pago íntegro de la pena, si se le concediera ese derecho se estaría permitiendo una doble reparación del daño o, bien, se estaría tolerando un enriquecimiento sin causa. En nuestro derecho, es invocable como fundamento de la reducción, la letra y el espíritu del art. 659 en cuanto prohíbe la acumulación de la obligación principal y la pena; por ende, si en parte se ha cumplido, la pena deberá disminuirse hasta cubrir la proporción no cumplida, pues de lo contrario habría acumulación.

¹⁰² Cfr. Enneccerus y Lehmann, *Tratado de derecho civil*, t II, vol. I, "Obligaciones", p. 191; K. Larenz, *Derecho de obligaciones*, t.1, p. 371.

¹⁰³ J. Peirano Fació, *La cláusula penal*, n° 140, p. 293; A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 66, p. 86; Borda, *Obligaciones*, LI, n° 204, p. 206; Salvat y Galli, *Obligaciones*, t I, n° 210, p. 228; Alterini, Ameál y López Cabana, *Obligaciones*, n° 893, p. 298; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. DI, comentario al art. 656, § 4, p. 215; Compagnucci de Caso, *Inmutabilidad de la cláusula penal y la incidencia de la desvalorización monetaria*, p. 25.

¹⁰⁴ J. Peirano Fació, *La cláusula penal*, n° 151.

¹⁰⁵ Cfr. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. I, n° 679.

La reducción de la pena por pago parcial sólo será procedente si se cumplen determinados requisitos:

a) Naturalmente, el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales (art. 742); en consecuencia, como resulta de la propia norma contenida en el art. 660, para que sea factible la disminución de la pena es necesario que el acreedor *acepte* el pago parcial.

b) El pago parcial debe ser útil para el acreedor; considero que esta utilidad se presume si el acreedor aceptó el pago disminuido¹⁰⁶, ya que es de suponer que antes de aceptar, meditó sobre la utilidad que puede o no reportarle el cumplimiento parcial y procedió en consecuencia. Por cierto, la aceptación que se computa no es la que se pudo prestar por anticipado y sin conocer el resultado final del cumplimiento; sólo se presumirá útil el cumplimiento parcial cuando haya sido aceptado por el acreedor *después* de efectuado el cumplimiento en parte. También, por cierto, me refiero a la *aceptación* en tanto acto jurídico sano y no a la que puede estar afectada por error, dolo, violencia, etc. Sería invocable, por analogía, la doctrina elaborada en torno de las relaciones de consumo; es decir, una aceptación se podría presumir útil siempre que se haya respetado puntillosamente el deber de informar al consumidor y éste haya tenido oportunidad de controlar, verificar y, en su caso, aprobar el cumplimiento parcial.

c) Si bien alguna doctrina ha sostenido que la reducción sólo es procedente cuando se trata de cláusulas compensatorias, estimo que no hay razones convincentes para negarla en las cláusulas moratorias; con mayor razón en nuestro derecho, cuyo art. 660 no contiene distinción alguna al respecto. La reducción, en suma, se aplicará tanto en las cláusulas compensatorias como en las moratorias¹⁰⁷.

d) Cabe también mencionar entre los requisitos que deben concurrir para que proceda la reducción —por causa de pago parcial— a la petición de parte interesada. Esta reducción no procede de oficio, porque tal proceder pondría en riesgo las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en jui-

¹⁰⁶ En contra, afirman que la aceptación no hace presumir la utilidad: Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 660, n° 15 y Aída Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 69, p. 93. La ilustre mendocina busca demostrarlo con el siguiente ejemplo: "si un transportista se obligó a trasladar una persona desde Mendoza a Buenos Aires, bajo pena de pagar determinada suma, ésta no debe reducirse si sólo llevó al pasajero hasta San Luis, donde lo abandonó en una zona donde no tuvo acceso a otros medios...". Por supuesto que no se deberá reducir la pena, y por supuesto que el cumplimiento parcial no ha sido útil para el acreedor, pero, ¿por qué razón se supone que *aceptó* el cumplimiento parcial del transporte? Por el contrario, parece obvio que no lo aceptó, puesto que de ninguna manera se puede suponer que aceptó el pago antes de su cumplimiento (al subir al transporte en Mendoza); salvo que el transportista le haya advertido sobre la posibilidad de dejarlo en San Luis y el pasajero asumió el riesgo; en tal caso, bien se haría en reducir la pena, porque de antemano el pasajero aceptó el riesgo, seguramente porque aun el transporte parcial podrá serle, en 1° misma proporción, de cierta utilidad.

¹⁰⁷ De acuerdo: A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 71, p. 96.

ció, pues el acreedor debe ser oído, ya que todo depende de su aceptación y de las circunstancias de hecho que pudieron rodear esa aceptación. Son tales particularidades las que, a mi juicio, impedirían la reducción de oficio, que sí podrá tener lugar en caso de que la reducción se decreta por tratarse de una pena excesiva o confiscatoria, como se verá en su momento.

e) Si bien no cabe la reducción de oficio, una vez que en la causa se han acreditado la totalidad de los requisitos enunciados, es un deber del juez resolver la reducción, de acuerdo con las circunstancias de los hechos acreditados en la causa.

f) Arduo es el problema relativo a fijar las pautas con arreglo a las cuales debe efectuarse la reducción en el caso bajo análisis. Nuestro art. 660 dice que la reducción debe ser *proporcional* al pago parcial realizado; pues bien, si se trata de una obligación principal cuyo objeto era una suma de dinero, la cuestión de determinar la reducción proporcional de la pena se simplifica, pues bastará una operación aritmética para determinar en qué proporción se ha incumplido la principal y, en consecuencia, proceder a la reducción de la accesoria. Tratándose, la principal, de una obligación de dar cuyo objeto no es una suma de dinero, pero que admite una tasación o precio en dinero, también la reducción proporcional estará simplificada. Pero la cuestión se complica cuando la obligación principal es de hacer o de no hacer, o si tiene un objeto mixto, o cuando el cumplimiento fue defectuoso o irregular con respecto al lugar, etc., y, en general, en todos aquellos supuestos en los que la tasación del pago parcial puede generar disidencias de importancia.

Se ha opinado¹⁰⁸ que en estos casos la cuestión de la reducción de la pena debe quedar librada a la libre y prudente apreciación del juez; también se ha dicho que no sólo interesa el valor material de la prestación parcialmente cumplida, sino también el valor de la utilidad que le reportó al acreedor el pago parcial, a los fines de establecer la cuantía de la reducción de la pena¹⁰⁹. Y no ha faltado quien opine que para efectuar la reducción se debe tener en cuenta no el valor de lo cumplido, sino la cuantía de lo no cumplido¹¹⁰.

Examinadas las distintas opiniones, considero que aquí—como en otras cuestiones de contornos imprecisos— cabe la utilización de un criterio sincrético que tome en cuenta *todas* las circunstancias de la causa, incluyendo el valor o utilidad que le reportó al acreedor el pago parcial.

H) *Mutabilidad por excesiva*.—La segunda hipótesis en la que se impone la mutabilidad de la pena, se presenta en aquellos casos que, genéricamente, pueden agruparse como supuestos en los que la pena es *excesiva* o *desproporcionada* con relación a la falta cometida por el deudor.

¹⁰⁸ Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, LII, § 591, p. 415.

¹⁰⁹ Salvaty Galli, OW/ga«'oneí,t.I,n°236.

¹¹⁰ Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 660, n° 18.

Para el análisis de esta importante cuestión se ha de partir del art. 656, segundo párrafo, incorporado a nuestro *reclv* *ws* *ativ* por la ley 17.711: "Los **jueces podrán**, sin embargo, reducir las penas cuando 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".

El análisis del problema de la disminución del monto de la pena en virtud de esta causal, enfrenta dos concepciones del derecho de las obligaciones: **a)** una que postula la plena vigencia de la autonomía privada, sostiene que disminuir la pena excesiva no es un deber ni constituye un imperativo para el juez; es sólo una facultad que la ley acordó a los magistrados, facultad que éstos deben usar con suma prudencia y con carácter estricto, pues de lo contrario, si se hiciera un amplio uso de ella —lo que redundaría en detrimento de la autonomía de la voluntad—, estas cláusulas perderían su razón de ser y seguramente los ciudadanos estimarían preferible dejar que directamente los jueces fijen el monto de las penas, absteniéndose de pactar cláusulas penales que seguramente serían revisadas¹¹¹; para esta tesis, en definitiva, la regla de la inmutabilidad debe ceder sólo en situaciones de excepción; **b)** otra que invoca la vigencia de un "orden público de protección", afirma la necesidad del control judicial de los contratos en los que existe inferioridad técnica, jurídica o económica de uno de los contratantes; ese orden público se manifiesta en los pronunciamientos que reprimen las cláusulas abusivas. "La cláusula penal, se sostiene, no ha escapado a ese fenómeno, pues muchas veces aparece configurada en el marco de un contrato con condiciones generales, celebrado con consumidores"¹¹².

La propia ley proporciona los elementos que se deben tomar en cuenta para determinar en qué casos debe presumirse que la pena es excesiva, lo que tornaría procedente una disminución; tales elementos son: 1°) desproporción del monto de la pena, en relación con la gravedad de la falta cometida; 2°) el valor del objeto de las prestaciones en juego; 3°) aprovechamiento de la situación del deudor; 4°) las demás circunstancias del caso concreto.

a) Según el art. 656 la disminución de la pena está autorizada cuando su monto resulte "desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan...". ¿Cómo debe interpretarse la palabra falta? Por una parte, se dijo que con ella el legislador ha querido que se valore la **culpa** del deudor que incurrió en incumplimiento¹¹³; por otra, se dijo que lo que interesa es el daño causado por el in-

¹¹¹ A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 79, p. 109.

¹¹² Isabel Espín Alva, *La cláusula penal*, p. 44. De un modo genérico, dice esta autora, si se trata de una cláusula de cariz estimativo de posibles daños, la intervención del juez debe buscar acercar lo máximo posible la pena a la realidad de los daños efectivamente causados.

¹¹³ A. Alterini, *La inmutabilidad relativa de la cláusula penal*, "Revista del Notariado", n° 712, p. 13.

cumplimiento¹¹⁴ finalmente, se ha impuesto la opinión que afirma la conveniencia de una valoración íntegra de conducta del deudor, valoración que incluye al mismo tiempo la culpa y la entidad del daño¹¹⁵. Juzgo oportuno acotar aquí que es ésta otra hipótesis en la que la culpa del deudor tiene importante relevancia, pues aun cuando no sea el factor exclusivo que debe valorarse, no se puede prescindir de su análisis para determinar cuándo existe una desproporción excesiva entre el monto de la pena y la gravedad del incumplimiento.

La doctrina, quizá exagerando el parentesco entre esta hipótesis de disminución de la pena y la lesión del art. 954, afirma que la desproporción que debe existir según el art. 656 es el elemento *objetivo* de la reducción¹¹⁶. Sin embargo, puesto que para saber si hay o no desproporción se debe valorar la *culpa* del deudor, el elemento se tiñe de un subjetivismo que parece desmentir aquella afirmación.

Por último, precisar si existe desproporción es una cuestión de hecho que queda librada a la prudente apreciación del juez, que deberá hacerlo teniendo en cuenta el valor de las prestaciones y las circunstancias del caso.

b) Respecto del valor de las prestaciones, se conocen legislaciones que han optado por establecer topes legales; en estos sistemas se considera que la pena es excesiva cuando supera un determinado límite, que puede ser el del valor del objeto de la obligación incumplida (así, el nuevo Cód. Civil brasileño, art. 412, según el cual "*O valor da cominacáo imposta na cláusula penal nao pode exceder o da obrigacáo principal*") o el duplo de ese valor (así, Cód. Civil colombiano, art. 1601).

El sistema de los topes legales no es aceptado ni aun en aquellos países que lo han adoptado, como lo expone Clóvis Bevilacqua con referencia al sistema brasileño: el límite impuesto a la pena por este artículo (dice el jurista brasileño refiriéndose al art. 920) no se justifica, pues si bien ha nacido como una prevención contra la usura, importa una grave restricción a la libertad de las convenciones "que más perturba que tutela los legítimos intereses individuales", pronunciándose a favor de las legislaciones que consagran en esta materia una plena libertad contractual¹¹⁷.

Con acierto, nuestra legislación (mérito de la ley 17.711) no adoptó el sistema de los topes legales, sino que —como ya se dijo— ha dejado la cuestión libradas a la prudente apreciación del juez¹¹⁸. Al respecto es necesario discri-

¹¹⁴ Moisset de Espanés, *La cláusula penal y la lesión* (arts. 656 y 954), "E.D.", 66-720.

¹¹⁵ Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t III, p. 78; A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, §81, p. 110.

¹¹⁶ Por todos, Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t> III, p. 78.

¹¹⁷ Clóvis Bevilacqua, *Código Civildos Estados Unidos do Brasil*, t. U de laedieSohistórica, comentario al art. 920, p. 57.

¹¹⁸ El sistema adoptado es el que mejor se adecúa a la labor judicial, desde que deja libradas

minar: 7) Cuando se trata de obligaciones de dar dinero, es común que la pena se fije en un porcentaje de la suma en que consiste la obligación; en estos casos, la tendencia de la jurisprudencia se orientó en dos sentidos: a) algunos fallos decidieron tomar como parámetro la tasa de interés moratorio o compensatorio vigente en plaza, ajustando la pena a la cuantía de esa tasa, sin otros incrementos¹¹⁹; esta doctrina es la que corresponde aplicar cuando se trata de cláusulas insertas en contratos de mutuo oneroso; b) otros fallos —en razón de la culpa detectada en el obrar del deudor— decidieron aplicar, por analogía, las pautas contenidas en el art. 622 del Cód. Civil, en el sentido de establecer que debe pagarse en concepto de pena un monto que, sumado a los intereses compensatorios y moratorios, puede llegar hasta dos veces y media la tasa que cobran los bancos oficiales en operaciones de descuento¹²⁰. Estas decisiones sólo estarían justificadas si, en el caso concreto, se quiere sancionar un comportamiento recalcitrante del deudor, pues de lo contrario, no son aconsejables ya que se podría convalidar por esta vía la imposición de una tasa usuraria. IT) Por otra parte, cuando se trata de obligaciones que tienen por objeto cosas cuya tasación en dinero depende de una mera operación aritmética, la determinación de la desproporción se simplifica pudiendo aplicarse, por analogía, la regla indicada en el párrafo precedente. III) En cambio, cuando se trata de obligaciones de valor indeterminado, cobra singular importancia la apreciación de las demás circunstancias del caso.

c) La posibilidad que tiene el juez de valorar las demás circunstancias del caso es un instrumento de fundamental importancia en esta materia. Por ejemplo, puede acontecer que una cláusula aparezca desproporcionada al momento de su estipulación, pero luego ese desequilibrio desaparece por diversas circunstancias, ¿cabe, de todos modos, la reducción? Para responder, el juez apreciará esas circunstancias y tendrá en cuenta que para que proceda la reducción, la desproporción debe subsistir en el momento en que la pena debe ser pagada, pues si ha desaparecido no habrá ningún desequilibrio que arreglar. También son circunstancias que el juez deberá valorar, aquellas relacionadas con el interés no patrimonial del acreedor, interés que puede resultar decisivo para determinar el monto de la pena cuando, por ejemplo, fue ese interés la causa fin esencial de la estipulación de la pena, verbigracia, si se ha buscado con la cláusula asegurar el cumplimiento de la obligación del sastre de vestir al novio en la ceremonia de la boda; en este caso, el incumplimiento —aunque patrimonialmente no sea relevante— puede dar lugar a la imposición de una pena pe-

a la prudente interpretación del juez las particularidades de los distintos negocios jurídicos que llegan a su conocimiento, permitiéndole determinar dónde termina lo lícito y desde qué límite comienza la usura: Spota, *Instituciones de derecho civil Contratos*, t. D, p. 399.

¹¹⁹ C.E.Civ. y Com., Sala IV, 16/5/1975, "L.L.", 1975-B-425.

¹²⁰ CN.Civ., Sala C, 18/2/1975, "L.L.", 1975-B-781.

cuniaría considerablemente mayor al valor del traje, atendiendo a la frustración del interés espiritual del acreedor.

Si se decrará aplicable—por analogía—del art 954 relativo a la lesión, se tendrá en cuenta que si bien este texto dice que la desproporción debe subsistir "al tiempo de la demanda", la doctrina ha puesto en claro que la subsistencia debe extenderse hasta el momento de la ejecución de la pena, momento que puede llegar mucho tiempo después de la interposición de la demanda¹²¹. También puede ocurrir que al estipularse la cláusula no haya desproporción, y que ésta se presente con posterioridad, aun por causas extraordinarias e imprevisibles; en tal caso, procederá la reducción por aplicación del segundo párrafo del art. 1198 que ha receptado para nosotros la teoría de la imprevisión¹²².

d) Por último, procederá la reducción de la pena si se prueba que el acreedor—prueba que incumbe al deudor— se está aprovechando con abuso de la situación del obligado. Se ha señalado que para que se pueda hablar de *aprovechamiento*, por aplicación analógica de los conceptos elaborados a propósito del art. 954, debe detectarse una situación de inferioridad del deudor debida a un estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de éste; a tal punto se ha juzgado importante la existencia del elemento aprovechamiento que se afirmó que no cabe la reducción aunque medie desproporción entre la pena y el incumplimiento, si el acreedor no se aprovechó del deudor¹²³.

Considero que aquí debe prevalecer la doctrina según la cual si se prueba la existencia de una evidente desproporción entre la pena y el incumplimiento, es pertinente y admisible la presunción de que existió aprovechamiento, tal como se ha resuelto en importantes pronunciamientos¹²⁴.

III) *Mutabilidad de la pena por insuficiencia.* — La tercera hipótesis de mutabilidad de la pena se presenta en aquellos casos en que su monto resulta *insuficiente* a punto tal que no es apta para cumplir la función para la que ha sido prevista. ¿Tendrá derecho el acreedor a reclamar un incremento de la pena? El Código Civil nos brinda la siguiente respuesta: "...el acreedor *no tendrá derecho* a otra indemnización, aunque pruebe que la pena *no es indemnización suficiente* " (art. 655, *in fine*). La reforma de la ley 17.711, que modificó el art. 656 para posibilitar, como se vio, la disminución de las penas excesivas, no hizo lo propio con las penas insuficientes, de suerte tal que —si prevaleciera una interpretación literal de la ley— debería descartarse la posibilidad de pedir un incremento aun cuando la pena sea ínfima

A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 82, p. 113.

Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t III, p. 79.

CN.Civ., Sala D, "L.L." 1985-C-667; ídem. Sala F, "J.A.", 1987-0-328.

C.S.J.N., 18/12/1990, "J.A.", 1991-11-151.

Se ha pretendido justificar esta omisión de la reforma del año 1968 con dos argumentos, a saber: *a)* prácticamente no se presentan problemas de penas insuficientes, porque lo normal es que el acreedor tenga particular cuidado en fijar montos suficientes para ponerse a cubierto de un eventual incumplimiento del deudor; *b)* aun en el caso de que la pena sea insuficiente, siempre tendrá el acreedor la posibilidad de renunciar a la pena y reclamar el cumplimiento de la obligación principal¹²⁵. Pero la réplica ha sido, a mi juicio, contundente: *a)* lo primero —imponer penas altas— sólo será posible en aquellos casos en que el acreedor es la parte *fuerte* del contrato, pero si el poderoso es el deudor de la pena —como ocurre con las empresas prestadoras de servicios que utilizan contratos celebrados por adhesión de los consumidores— seguramente se impondrán a sí mismas penas ínfimas; *b)* la posibilidad de optar por la obligación principal sólo es factible en el caso de las penas compensatorias, pero no en las moratorias¹²⁶.

Ante la irritante desigualdad de trato que resulta del sistema de nuestro Código, la doctrina se ha pronunciado por reconocer al acreedor el derecho de pedir un aumento de las penas, si éstas fuesen ínfimas, aunque con carácter restringido y en situaciones de excepción. En particular, se podrá solicitar al juez el incremento o modificación de las penas en los siguientes casos:

a) Cuando al momento de celebración del contrato se pacte una pena minúscula con el propósito de ocultar una cláusula de disminución o limitación de responsabilidad civil que, como tal, no estaría permitida; por ejemplo, si se estipula que si con motivo del cumplimiento del contrato el deudoso sus dependientes causan un daño físico al acreedor o sus dependientes, se pagará —con el carácter de cláusula penal compensatoria— una pena de quinientos pesos cualquiera que sea la entidad del daño; es evidente que en este caso, si se provocan lesiones graves, se está usando el rótulo de cláusula penal para ocultar una limitación de la responsabilidad de una de las partes en desmedro de la otra, sustitución inadmisibles y fraudulenta. En estos casos, debe reconocerse al acreedor el derecho de pedir, sea la nulidad de la cláusula para posibilitar, luego, la iniciación de la acción indemnizatoria común, sea el incremento equitativo de la pena hasta cubrir la entidad del daño causado por el obligado al pago de la pena. Lo propio debe ocurrir cuando mediante la inclusión de una cláusula penal ínfima se pretende legitimar una dispensa del dolo del deudor.

b) Cuando, si bien al tiempo de celebración del contrato la pena guarda adecuada proporción con el posible incumplimiento, se vuelve ínfima o minúscula al momento en que debe ser pagada. Con abrumadora frecuencia, estas hipótesis se presentan cuando el valor de la moneda resulta afectado por procesos

Borda, *Obligaciones*, 11, n° 204.

A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 103, p. 139.

inflacionarios o de depreciación monetaria que distorsionan el valor de las obligaciones dinerarias. Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Convertibilidad, nuestra jurisprudencia había resuelto estos problemas admitiendo el reajuste o repotenciación de las penas con el argumento de que con ese procedimiento no se incrementaba el "valor" de la pena, sino que solamente se expresaba ese valor en números distintos. Esa regla —en principio y sin perjuicio de las particularidades de cada caso— cobrará vigencia y será aplicable cuando una cláusula penal resulte afectada por efecto de un proceso inflacionario.

c) Por último, también será procedente el incremento de las penas ínfimas en caso de que el incumplimiento del deudor sea doloso.

§ 253. ELEMENTOS

Dejando de lado la controversia sobre la naturaleza de la cláusula penal, es importante dejar sentadas algunas menciones respecto de sus elementos esenciales.

Los elementos de la cláusula a considerar son: a) los sujetos; b) el objeto; c) la causa-fuente; d) la causa-fin; y e) la forma.

S

a) *Los sujetos*

En virtud de la cláusula penal se establece una relación de obligación —accesoria— cuyos sujetos activo y pasivo no siempre coinciden con el acreedor y el deudor de la obligación principal. En efecto, si bien por lo común el deudor principal es, al mismo tiempo, el posible deudor de la pena, ello no quiere decir que la pena no pueda ser impuesta para el caso de que sea el acreedor quien incumpla un deber jurídico determinado¹²⁷. Es posible, incluso, que el deudor de la pena sea un tercero, porque así lo autorizan los arts. 652 y 664; cuando el obligado es un tercero, se crea una especie de relación que se asemeja al contrato de fianza, resultando aplicables, en lo pertinente, las normas de este contrato. Cabe precisar que si el tercero paga la pena, tendrá acción para repetir lo pagado, pues se habrá subrogado en los derechos del acreedor o de quien resultó beneficiario de la pena por expresa disposición del inc. 2 del art. 768. ¿Quién puede ser beneficiario de la pena? Es lógico que, en principio, lo sea el acreedor o, en su caso, el contratante que la estipuló a su favor, sin embargo, puesto que nada impide que se instituya como beneficiario a un tercero¹²⁸, la última parte del art. 653 así lo ha dispuesto expresamente.

¹²⁷ En los contratos creditorios bilaterales, p.ej. una compraventa, ambas partes asumen la condición de acreedor y deudor recíprocamente: aquí, uno y otro pueden ser, respecto de su obligación, sujeto pasivo (deudor) de una cláusula penal.

¹²⁸ Por todos: A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 24, p. 33.

En caso de que el beneficiario sea un tercero, ¿se estará ante una estipulación a favor de un tercero regida, por ende, por lo dispuesto en el art. 504 del Cód. Civil? Adviértase que si se responde afirmativamente, se deberá admitir que una vez aceptada la estipulación por el tercero, éste se convierte en acreedor directo de la pena, desplazando al acreedor principal. Sin embargo, no es ésa la solución más adecuada para este problema; en efecto, antes de dar una respuesta es necesario distinguir *a)* si se trata de una cláusula penal *compensatoria*, una vez producido el incumplimiento corresponderá al acreedor de la obligación principal decidir si optará por la principal o por la pena, y recién después de que la opción ha sido notificada al deudor, podrá intervenir el tercero demandando el cumplimiento de la pena, si el acreedor principal ha optado por ella; *b)* si se trata de una cláusula penal *moratoria*, y el deudor se hace pasible de esa pena, no siendo necesaria ninguna opción, pues el acreedor conserva su derecho a la obligación principal, podrá el tercero demandar directamente el cumplimiento de la pena por aplicación del art. 504; sólo el monto de la pena beneficiará al tercero.

b) El objeto

Como el objeto de cualquier obligación —por aplicación de los principios generales—, el objeto de la pena debe ser determinado, lícito y posible material y jurídicamente. Es importante señalar que el objeto de la pena debe consistir en algo *diferente* del objeto de la obligación principal». El art. 653 del Cód. Civil, al decir que la cláusula penal "sólo puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o *cualquier otra prestación* que pueda ser objeto de las obligaciones", incurre en tal ambigüedad que, en rigor, no dice nada, ya que, en definitiva, objeto de la pena puede ser el de "cualquier prestación", sea de dar, hacer o no hacer. Dentro de un marco tan amplio, en efecto, si bien lo común y corriente es que la pena consista en una obligación de dar y, casi siempre, de dar una suma de dinero, no hay mayores obstáculos para que se estipulen como penas obligaciones cuyo contenido consista en un hacer o en un no hacer, ¿o acaso no se puede pactar que si el deudor no cumple se abstendrá por un tiempo, como

¹²⁹ La afirmación es obvia, pero no conviene omitirla porque se ha llegado a suponer que podría estipularse como objeto de la pena el mismo objeto de la obligación principal-, una estipulación semejante carecería por completo de utilidad; así, p.ej., de qué serviría que la obligación de entregar el caballo "Bucéfalo" estuviese sujeta, en caso de incumplimiento, a una pena consistente en entregar ¡el mismo caballo "Bucéfalo"! Cuando la obligación principal tiene por objeto cosas fungibles, p.ej., cien toneladas de tabaco "Virginia", bien se podría estipular una pena que tuviera por objeto *otras* cien toneladas del mismo tabaco, pero la estipulación sólo tendría sentido cuando la pena tiene carácter *acumulativo* con la obligación principal, pues de lo contrario no se trataría de una pena sino que sólo se estaría cumpliendo la principal, y llamarle a eso cumplimiento de una pena es francamente absurdo. Comp. J. Peirano Fació, *La cláusula penal*, tf 133, p. 281.

- pena, de realizar una determinada actividad? Por cierto que sí, si la abstención del deudor le reporta una utilidad pecuniaria al beneficiario de la pena, por ejemplo, cuando la abstención consiste en no comercializar un producto, esa abstención puede tener carácter indemnizatorio.

c) *La causa-fuente*

La cláusula penal típica sólo puede tener como fuente la voluntad de las partes manifestada en actos o negocios jurídicos *inter vivos*; en particular, la fuente por antonomasia es el contrato, aunque también puede nacer de una declaración unilateral de voluntad¹³⁰. En cambio, no pueden ser consideradas como cláusulas penales las disposiciones testamentarias por las que se impone a un legatario una determinada obligación accesoria respecto del legado que recibe, pues tal obligación, al no tener finalidad compulsiva ni indemnizatoria, constituye un cargo y no una pena¹³¹.

d) *La causa-fin*

Si bien la cláusula penal es un negocio accesorio, desde que nace de la voluntad de las partes, está dotada de una causa-fin que le es propia y distinta de la causa-fin que ha inspirado el nacimiento de la obligación principal, como queda demostrado cuando se trata de las cláusulas penales compensatorias, ya que si el acreedor de la obligación principal opta por la pena está demostrando que no le interesa el cumplimiento de la principal y, por ende, está demostrando que tampoco le interesa la causa-fin que ha hecho nacer esa obligación principal, sino que ha preferido satisfacer la causa-fin que dio motivo a la imposición de la pena.

e) *La forma*

La cláusula penal es, siempre, una expresión de la voluntad de las partes; por ende, ¿en qué forma debe exteriorizarse esa voluntad? Tratándose de un negocio accesorio que, por lo común, integra el contenido normativo del contrato como una cláusula más, tiene —como es obvio— la misma forma que el contrato al que pertenece y correrá su misma suerte; esto es, tendrá las virtudes y los vicios de esa forma. Así, por ejemplo, si el contrato principal es una dona-

¹³⁰ Si el deudor reconoce que incurrió en mora y, con el propósito de remediar la situación, le escribe una carta a su acreedor admitiendo su moray asumiendo la obligación de pagar una determinada suma mensual de dinero hasta el cumplimiento de su obligación, bien se ha interpretado que esa obligación constituye una auténtica cláusula penal nacida de una declaración unilateral de voluntad que no requiere la aceptación del acreedor para quedar perfecta: CN.Civ., Sala F, 31/7/1969, "L.L.", 137-86.

¹³¹ De acuerdo, Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 652, n° 12.

ción inmobiliaria y fue hecho en escritura pública tanto el contrato como la cláusula serán válidos, mientras que si no se ha observado esa forma, tanto el contrato como la cláusula estarán viciados de nulidad plena (art 1810).

¿Qué decir de la forma cuando la cláusula se pacta por *separado* del contrato principal? Para una primera opinión¹³² debería prevalecer aquí la regla de la *independencia* de las formas; es decir, el principal debe ajustarse a la forma que le es requerida, pero la cláusula puede ser pactada libremente por cualquier forma, escrita, verbal, por teléfono, etc. Para otra tesis, a la que adhiero, no se ven razones que justifiquen apartarse de la regla de la accesoriedad por el solo hecho de que la cláusula se hubiese pactado por separado¹³³.

En definitiva, por aplicación de los principios generales propios de la accesoriedad, sea que la cláusula esté inserta en el principal, sea que se pacte por separado, se tendrán en cuenta las siguientes pautas: *a)* ante todo, se debe observar la misma forma exigida para el acto en el cual está contenida la cláusula penal; *b)* en consecuencia, si se trata de un contrato solemne absoluto (v.gr. una donación inmobiliaria), la cláusula deberá constar en escritura pública bajo pena de nulidad plena; si es de solemnidad relativa (v.gr. una cesión de crédito), deberá constar por escrito bajo pena de nulidad efectual; y si se trata de un contrato de formas libres (v.gr. una compraventa mobiliaria), podrá expresarse en cualquier forma, por escrito, verbalmente, por teléfono, etc.

Una especial situación se presenta cuando la cláusula penal accede a un contrato no formal, pero consiste en una obligación para cuyo cumplimiento se requiere observar una forma determinada con carácter solemne, por ejemplo, en una locación de obra, que es un contrato no formal¹³⁴, se pacta una cláusula penal por la cual se impone al empresario, como pena, si no llega a construir la obra en el tiempo convenido, la obligación de donar un inmueble a favor del dueño de la obra; en este caso, puesto que la donación inmobiliaria debe hacerse por escritura pública, la cláusula penal que impone la obligación de donar,

¹³² Defendida por J. Peirano Fació, *La cláusula penal*, n° 118, p. 246.

¹³³ De acuerdo: A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 44, p. 54. Para esta autora, la aplicación en materia de forma de la regla de la accesoriedad obedece a razones prácticas, ya que la tesis de la independencia de las formas puede conducir a fines no queridos por la ley; así, dice, bastaría pactar una cláusula penal para eludir el sistema de formas previsto por el legislador. En efecto —añade—, "la principal no podría ser reclamada pero sí la accesoría, con lo que se habría cumplido —al menos— la finalidad económica".

¹³⁴ La locación de obra es un contrato *no formal*. Lo es, porque la ley no impone para su celebración la observancia imperativa de una forma determinada; las partes son libres de elegir cualquier forma para expresar su voluntad; es decir, es de *formas libres*, pudiendo la locación de obra quedar concluida por escrito, verbalmente, por teléfono, etc., tal como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia: CN.Civ., Sala D, 20/9/1979, "L.L.", 1980-A-30; *idem*, 17/4/1979, "L.L.", 1979-C-350; *idem*, Sala I, 9/4/1996, "L.L.", 1997-C-181; *idem*, Sala L, 10/4/1996, "L.L.", 1997-E-1014 (39.794-S). Pero si surgen divergencias, la prueba se dificultaría si no se han dejado constancias escritas, por lo que la formalidad escrita es sugerida a los fines probatorios: CN.Civ., Sala A, 27/12/1979, "E.D.", 87-221.

¿deberá hacerse por escritura pública aunque el contrato principal al que accede sea de formas libres? Se ha sostenido que sí debe observarse la solemnidad requerida, con el argumento de que en caso contrario el beneficiario de la pena no podría exigir el cumplimiento¹³⁵. No comparto esta tesis, pues es necesario distinguir, por un lado, la cláusula en sí misma y, por otro, llegado el caso, la exigibilidad y el cumplimiento de la pena resultante del incumplimiento de la principal. La cláusula en sí misma podrá pactarse en idéntica forma que el contrato principal, sin perjuicio de que, en caso que deba cumplirse la obligación en la que consiste la pena, se observe la forma requerida según la naturaleza y el objeto de esa obligación. En el caso de nuestro ejemplo, pactar como pena una futura e incierta obligación de donar un inmueble no importa celebrar una donación inmobiliaria en los términos del art. 1810, ni siquiera podrá ser reputada como promesa de donación; luego, si se dan los requisitos de exigibilidad de la cláusula, el cumplimiento de la pena requerirá la solemnidad prevista en el art. 1810.

Por último, en cuanto al contenido de la cláusula, cabe señalar que no se requiere el empleo de términos sacramentales, es suficiente que se entienda con claridad que las partes han establecido la obligación de pagar una pena como sanción o como indemnización en caso de inejecución o incumplimiento de alguna de las obligaciones, para que la cláusula se considere pactada válidamente.

§ 254. EXIGIBILIDAD

La cláusula penal será exigible cuando se encuentren reunidos los siguientes requisitos: a) incumplimiento de la obligación principal; b) constitución en mora del incumplidor; c) imputabilidad del incumplimiento. No es necesario probar, en cambio, ni la existencia ni la cuantía de los daños causados por el incumplimiento.

a) Incumplimiento de la obligación principal

Cualquiera que sea la función para la que hubiese sido estipulada la cláusula, sea moratoria o compensatoria, el primer requisito que debe concurrir para que la pena sea luego exigible es el *incumplimiento* de la obligación principal, siendo aplicables aquí los conceptos expuestos en el precedente Capítulo VI¹³⁶. El incumplimiento constituye, así, la *conditio iuris* de la cual depende la exigibilidad de la pena

Al respecto, es pertinente formular las siguientes observaciones:

¹³⁵ Es la tesis que ha sostenido Kemelmajer de Carlucci, quien encuentra aquí un indicio elocuente de que la cláusula no es una simple estipulación negocial, sino un negocio jurídico en sí misma: *La cláusula penal*, § 44, p. 55.

¹³⁶ *Supra*, §201 a §216.

I) Si la cláusula pactada es *moratoria*, será suficiente que se produzca una inejecución (incumplimiento relativo) para que este primer requisito quede satisfecho; es decir que, subsistiendo la posibilidad de ejecución tardía, el acreedor tendrá derecho al objeto principal, *más* el objeto de la obligación convenida, en concepto de pena.

II) Si la cláusula pactada es *compensatoria*, para que la pena sea exigible el incumplimiento deberá ser absoluto o definitivo, esto es, debe desaparecer la posibilidad de ejecución tardía del objeto principal, o carecer de interés en él el acreedor, porque ésa es la hipótesis en la que entra en sustitución de ese objeto, el objeto de la pena estipulada como compensación.

b) Constitución en mora del incumplidor respecto de la obligación principal

Para que la pena sea exigible, ¿es necesario que quien incumplió la obligación principal haya sido constituido en mora?, ¿basta el mero retardo? Incentivado por las particularidades que presenta el tema de la cláusula penal, se reabre aquí el debate, al que en general ya me he referido¹³⁷, acerca de cuál de estas figuras es la que debe prevalecer en nuestro sistema: el mero retardo o la situación jurídica de mora.

I) Para algunos autores¹³¹, enrolados en una exacerbada corriente objetivista, la situación de mora sería aquí irrelevante, porque para que la pena fuese exigible sería suficiente el mero retardo del obligado respecto de la obligación principal. Esta tesis invoca los siguientes fundamentos: 1°) según el art. 659, si bien el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, "a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo"; 2°) por el art. 657, el deudor incurre en la pena, en las obligaciones de no hacer "desde el momento que ejecute el acto del cual se obligó a abstenerse"; 3°) de la letra de estos dos artículos se desprende que el legislador ha querido decir, se afirma, que el solo retardo, aunque no medie ningún factor de atribución de responsabilidad ni constitución en mora (con o sin interpelación)¹³⁹, toma exigible la

¹³⁷ *Supra*, § 220 a § 221. Para un análisis de la cuestión, antes y después de la reforma del año 1968, me remito a lo expuesto sobre este tema en el *Tratado de la mora*, § 103, p. 612, ratificando ahora los argumentos allí vertidos.

¹³⁸ Representado especialmente por Roberto López Cabana, *La demora en el derecho privado*, ps. 11 y 12 del exordio.

¹³⁹ Se tendrá presente que cuando se usa la expresión "constitución en mora" no se alude a los supuestos en que es necesaria la interpretación, sino a toda hipótesis de mora del deudor a la que se arriba, ya sea en forma automática (sin interpelación), como ocurre con las obligaciones sujetas a plazo expreso cierto o incierto, ya sea mediante interpelación, como ocurre con las obligaciones con plazo tácito. Sobre esta cuestión, *supra*, § 222.

pena, ya en las obligaciones positivas (dar o hacer) en virtud del art. 654, ya en las negativas (obligaciones de no hacer) en razón del art. 657.

JJ) Pero la doctrina mayoritaria¹⁴⁰, a la que adhiero, afirma que la exigibilidad de la pena está supeditada a la previa constitución en mora del obligado respecto de la obligación principal. Los argumentos que avalan esta tesis son los que siguen: 1°) si se pretende invocar el art. 659 para procurar —a partir de él— hacer prevalecer el simple retardo sobre la mora, se deben explicar —primero— las razones por las que se prescinde del art. 655 que en explícitos términos dispone que la pena será exigible y entrará "en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, *cuando el deudor se hubiese constituido en mora* "; 2°) la tesis contraria no sólo no nos da esas razones, sino que pierde de vista que la inserción de cláusulas penales en los contratos no es un instrumento para decretar —de antemano— la responsabilidad civil de una de las partes, sino que, a lo sumo (y únicamente cuando la pena es compensatoria), sirve para estimar el monto de una posible indemnización (en caso de incumplimiento), pero de ninguna manera se puede usar esa función para imponer al incumpliente una virtual condena a reparar daños y perjuicios al margen de las reglas generales que rigen la materia; 3°) por otra parte, bien se puede interpretar que la expresión *simple retardo* usada por el art. 659 equivale a las hipótesis de mora automática o sin interpelación; 4°) respecto del art. 657, referido a las obligaciones de no hacer, de ninguna manera se puede sostener que legitima el simple retardo, ya que, a lo sumo, indica que en tales obligaciones no es necesaria la interpelación, puesto que —como por otra parte lo ha señalado la doctrina más calificada¹⁴¹— en ellas se opera la mora automática, esto es, la mora sin interpelación¹⁴²; 5°) por otra parte, no existe en nuestro derecho una norma que asigne efectos al simple retardo al margen de la mora, ni se puede pretender que esa norma es la del art. 659; 6°) por último, y este argumento es fundamental, por el carácter accesorio de la cláusula penal, su exigibilidad debe necesariamente ajustarse al régimen general, y ese régimen es el del art. 509 del Cód. CivilTM.

En definitiva, la pena sólo será exigible cuando el obligado ha quedado constituido en mora —siempre respecto de la obligación principal— y para determinar cuándo ha quedado en mora se aplicará el régimen del art. 509 que ha sido examinado.

Por último, importa destacar para evitar equívocos que la cuestión tratada en los párrafos precedentes se refiere a la mora en el cumplimiento de la obli-

¹⁴⁰ Por todos: Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. III, p. 86, y A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 134, p. 199.

¹⁴¹ Cfr. L. Moisset de Espanés, *Las obligaciones de no hacer y la mora*, "J.A.", Doc.-1974-676.

¹⁴² Ya me ocupé de la cuestión (*supra*, § 230) y allí me remito.

¹⁴³ A. Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, § 134, p. 200.

gación principal, ya que lo relativo al cumplimiento de la obligación de pagar la pena, incluida la mora del obligado, queda sometido al régimen general, sin cuestionamientos.

c) Imputabilidad del incumplimiento de la principal

El debate continúa respecto del factor de atribución, o imputabilidad. Afirman unos, los mismos que reivindican el simple retardo¹⁴⁴ y otros que sostienen la imputabilidad objetiva en la responsabilidad contractual¹⁴⁵, que para la exigibilidad de la pena el Código Civil ha establecido un factor de atribución puramente objetivo, con total prescindencia de culpa, al disponer en el ya citado art. 654 que el deudor no se puede dispensar de pagar la multa aunque pruebe que "por justas causas no hubiese podido" cumplir con la principal.

Esta afirmación merece la siguiente réplica:

I) El texto literal del artículo pareciera indicar que ni siquiera el caso fortuito o la fuerza mayor eximen al deudor del deber de pagar la pena, pues la ley parece condenarlo aunque por "justas causas" no hubiere podido cumplir. Apegándose a la letra de la ley, un viejo fallo¹⁴⁶ interpretó que el art. 654 descarta toda defensa al deudor, de modo que aunque probase que ha existido caso fortuito, ello no tendría influencia alguna sobre la responsabilidad derivada del incumplimiento. Por cierto que esta interpretación no resiste el menor análisis.

II) La doctrina¹⁴⁷, predominante, señala que la mora del deudor debe ser imputable a él a título de dolo o culpa; el caso fortuito lo exime de responsabilidad. La expresión "aunque por justas causas" empleada por el legislador en el

¹⁴⁴ Algunos han llegado a sostener, incluso, que el simple retardo *sin que sea necesario* ningún factor de atribución (ni objetivo ni subjetivo) es suficiente para la exigibilidad de la pena (p.ej., R. López Cabana, *La demora en el derecho privado*, n° 24, p. 161), y otros, como los citados en la nota siguiente, si bien sostienen la necesidad de que concorra un factor de atribución, afirman que éste es objetivo, consistente en el riesgo creado, la obligación de garantía, etc.

¹⁴⁵ P.ej., Pizarra y Vallespinos, *Obligaciones*, t. IU, p. 88. Aunque cabe aclarar que para los profesores cordobeses la responsabilidad por incumplimiento es objetiva sólo en las obligaciones de resultado, ya que —según ellos— en las obligaciones de medios el factor de atribución es subjetivo.

¹⁴⁶ CCiv., 12/11/1881, "Fallos", 3:232, cit por Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 654, n° 5, p. 478.

¹⁴⁷ Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, t. IV, n° 456; Demogue, *Des obligations*, t. VI, n° 479; Baudry - Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, t. II, n° 1372; Salvat y Galli, *Obligaciones*, 1.1, n° 221; Lafaille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", vol. I, n° 240; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 180; Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 361 bis, p. 477. En el mismo sentido la jurisprudencia: CN.Civ., Sala B, 15/4/1966, "L.L.", 122-736; *idem*, Sala D, "E.D.", 53-240. Con relación a la cláusula penal, se puede estimar corriente la afirmación de "que la pena no puede ser exigida cuando el incumplimiento no es imputable al deudor a título de dolo o culpa". De acuerdo: Isabel Espín Alva, *La cláusula penal*, p. 80; J. M. Lobato, *La cláusula penal en el derecho español*, n° 26, B, p. 160.

art 654 se refiere a posibles dificultades que pudieran entorpecer el cumplimiento pero que no alcanzan a borrar la responsabilidad.

III) Esta interpretación se apoya en los siguientes fundamentos: 1°) la cláusula penal compensatoria se rige por las mismas normas que gobiernan la indemnización de daños e intereses, para lo que es necesario la imputabilidad; nada autoriza a apartarse de tales principios; 2°) la solución culpabilista aparece confirmada en el art. 655 que supedita la exigibilidad de la pena a la previa mora del deudor; y esta situación —tal como lo vengo sosteniendo— es esencialmente culpable; 3°) bien se puede sostener que lo que el art. 654 expresa es que, aunque el deudor sea de buena fe, la inexecución lo hace pasible de la pena; pero de allí no cabe deducir que le ha impuesto una responsabilidad objetiva¹⁴«.

IV) En suma, la procedencia de la cláusula penal supone que el deudor incurrió en mora cuya forma de constitución se verificará —como ya lo he dicho— de acuerdo con los supuestos del art. 509, lo que equivale también a sostener que si se prueba la falta de culpa, el deudor quedará liberado de las consecuencias derivadas de la mora (art. 509, *in fine*), entre las que se computa la obligación de pagar la pena.

d) El daño

Existe acuerdo entre los autores respecto de que no es necesario probar ni la existencia ni la cuantía de los daños causados por el incumplimiento, por estar así establecido en el art. 656: "Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno".

§ 255. EFECTOS. PRESCRIPCIÓN

Una vez reunidos los requisitos que tornan exigible la cláusula penal, se abre el capítulo relativo a los efectos, esto es, a la determinación de las consecuencias jurídicas que derivan de esa exigibilidad. Por razones de método, es-timo conveniente analizar tales efectos según que la cláusula sea compensatoria o moratoria

¹⁴⁸ Se ha destacado en los últimos tiempos una clara tendencia de retomo hacia la culpa, luego de los excesos objetivistas; ese retomo hace necesario replantear el concepto de culpa, que hoy ya no es la "culpa del siglo XIX" sino la culpa de estos tiempos. Encontrar este nuevo perfil de la culpa es el desafío que afrontamos, desafío cuanto más necesario, cuando vivimos "un momento en que la línea que parece seguir la jurisprudencia es la de un retomo a la responsabilidad por culpa como principio, con la consiguiente consideración de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo como un supuesto excepcional". Díez-Picazo, *La culpa en ja responsabilidad civil*, trabajo incluido en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, p. 103.

a) *Cláusula compensatoria*

Si la cláusula tiene carácter compensatorio, los efectos se producirán bajo la influencia de dos principios generales conexos, directamente vinculados, que son los siguientes:

I) *El principio de opción*. — Este principio, que favorece el interés del acreedor, está consagrado en el art. 659 en los siguientes términos: "el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio...". Tratándose de la pena compensatoria, por hipótesis, el incumplimiento que se sanciona debe ser el absoluto, en sus dos versiones: a) la primera, aun cuando después de producido el incumplimiento no haya desaparecido la posibilidad de ejecución tardía, pero el acreedor ya no tiene interés en esa ejecución tardía (lo que es palmario en las obligaciones sujetas a plazo esencial), es enteramente lógico que sea el acreedor quien tenga el derecho de optar. Sería absurdo pretender que el deudor pueda exigir se le acepte el objeto de la obligación principal para evitar el pago de la pena; b) la segunda, si el incumplimiento es absoluto en el sentido de que la obligación principal ya no podrá ser cumplida, ni siquiera es necesario este principio, pues la única alternativa será el pago de la pena, cuyo monto entra en compensación del objeto de la obligación principal. El principio, en suma, está plenamente justificado.

Por excepción, la opción le corresponderá al deudor, según está dispuesto en el art. 658: "El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena, sino en el caso de que expresamente se hubiese reservado ese derecho". Esta excepción, además de interpretarse con carácter estricto, sólo autoriza a dejar de cumplir la principal pagando en cambio la pena, pero no podría funcionar a la inversa; es decir, el deudor no podría pretender cumplir con la principal para evitar la pena, cuando el acreedor ha perdido interés en la primera. En cambio, estimo posible, si así se acordó, que antes de ocurrir el incumplimiento el deudor haga uso de la opción (pague la pena para evitar el cumplimiento de la principal). Se aplican, en subsidio y por analogía, las reglas de las obligaciones facultativas.

II) *El principio de no acumulación*. — El segundo principio que rige esta materia es el de no acumulación, que también está expresado en el art. 659: "Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena...". Podría alguien suponer que es inoficioso enunciar este principio, o que no sería otra cosa que una reiteración del anterior. Sin embargo, su mención tiene importancia porque permite precisar una importante excepción: la convención de las partes que autoriza la acumulación, ya que mismo art. 659 dice que vale la acumulación "...cuando se aclarare que por el pago de la pena no se entenderá extinguida la obligación principal". Repárese en que, tratándose de una pena compensatoria, la acumulación resultaría grave y onerosa para el deudor, que se vería obligado a cumplir con la obligación principal y, además, a pagar la

pena cuyo monto podría llegar a ser —precisamente por ser compensatorio— igual o equivalente al de la principal. Por esta circunstancia, bien se ha sostenido qué dada la gravedad de la acumulación, la cláusula debe pactarse en forma expresa e inequívoca¹⁴⁹.

Se ha señalado que el principio de no acumulación deriva del carácter subsidiario de la pena. En efecto, dado el carácter subsidiario de la estipulación penal, por regla general el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena; debe limitarse a exigir una de ambas.

b) La cláusula moratoria

Si la pena ha sido establecida, no para compensar un eventual incumplimiento definitivo, sino sólo para sancionar un incumplimiento relativo (tardío, parcial, irregular o defectuoso), los efectos que se producen son los siguientes:

I) *Principio de la acumulabilidad.* — A diferencia de la compensatoria, la cláusula moratoria está sujeta al principio de la acumulabilidad, es decir, el acreedor tiene derecho a que se le pague la obligación principal y, además, la pena. Esta consecuencia se deduce del art. 659 que permite pactar que la pena se pagará "por el simple retardo" (art. 659). Vale reiterar que, según pienso, la expresión simple retardo empleada en este artículo equivale a mora en estricto sentido técnico-jurídico (incumplimiento que deja abierta la posibilidad de ejecución tardía, por eso sé habla de retardo).

Es decir, la pena es debida por el simple retardo (léase mora), sin perjuicio del derecho del acreedor de perseguir el cumplimiento de la obligación principal¹⁵⁰.

c) Efectos particulares en las obligaciones con pluralidad de sujetos

Cuando la relación de obligación principal está establecida con pluralidad de sujetos, sea la pluralidad activa o pasiva, es necesario efectuar una serie de distinguos:

I) *Objetos de la misma naturaleza o carácter.* — Cuando el objeto de la obligación principal y el objeto de la pena son de la misma naturaleza, por ejemplo, en ambos casos se trata de cosas divisibles (sumas de dinero) o indivisibles (por la obligación principal se debe un inmueble y como pena se deberá entregar un automóvil), la cuestión debe regirse por las reglas pertinentes para cada especie. Lo propio ocurre cuando una y otra obligación revisten el mismo carácter simplemente mancomunado o solidario; se aplican las reglas respectivas.

Pizarro y VaUespinos, *Obligaciones*, t UJ, p. 90.

Ver, Wayar, *Tratado de la mora* § 103, c), p. 615.

JJ) *Objetos de distinta naturaleza u obligaciones de distinto carácter.* — Se aplican las siguientes reglas: 1*) sea divisible o indivisible la obligación principal, "cada uno de los codeudores ó de los hédederóíó^ deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción de su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal" (art. 661); 2') si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, o si fuere solidaria aunque divisible, "cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera" (art. 662).

d) *Prescripción*

Juzgo importante una breve referencia a la prescripción de la obligación de pagar la pena: a) en razón del principio de accesoriedad y ante la ausencia de una norma expresa que resuelva la cuestión, cabe afirmar que la obligación de pagar la pena está sujeta a las mismas reglas que sobre prescripción se aplican a la obligación principal¹⁵; b) sin embargo, si la pena consiste en el pago periódico, por años o períodos cortos, de sumas de dinero, la prescripción debe regirse según lo dispuesto en el art. 4027, inc. 3, que prevé para esa especie una prescripción de cinco años.

Con relación al comienzo de la prescripción, por aplicación de las reglas generales, su cómputo tendrá inicio a partir de su exigibilidad, debiendo considerarse la particularidad de que la obligación de pagar la pena, susceptible de prescripción, está sujeta a la *conditio iuris* de que el deudor incurra en incumplimiento de la obligación principal. De allí que, en principio, a partir del incumplimiento de la principal se torne exigible la obligación de pagar la pena, salvo que las partes hubiesen dispuesto otra cosa.

CAPÍTULO LX
POTESTAD JURÍDICA DEL ACREEDOR SOBRE
EL PATRIMONIO DEL DEUDOR

A) GENERALIDADES. MEDIDAS CAUTELARES

§ 256. INTRODUCCIÓN. PLAN DE EXPOSICIÓN

En principio, el acreedor no puede inmiscuirse en los asuntos patrimoniales de su deudor. Sin embargo, si tiene fundados motivos para temer que éste incurrirá en inejecución, en incumplimiento, o que se volverá insolvente, puede ejercer sobre el patrimonio del obligado ciertos derechos y acciones que tienen por objeto asegurar o garantizar su crédito. Así, puede —según los casos— solicitar al juez que decreta medidas cautelares \ intentar las acciones de revocatoria, la subrogatoria, la de simulación, las llamadas acciones directas, ejercer el derecho de retención u otras medidas preventivas.

Por razones de método, en el presente capítulo se efectuará una reseña de las medidas cautelares, breve, pues su estudio corresponde al derecho procesal; luego se abordará lo concerniente a la acción subrogatoria, a las acciones directas y a las acciones de revocatoria y de simulación. No se tratará, en cambio, ni la teoría de los privilegios ni el derecho de retención.

¹ Según la clasificación de los "efectos" de la obligación que se ha adoptado (*supra*, § 79, a, II), en este Capítulo se abordará lo concerniente a los efectos secundarios respecto del acreedor, que son, en general, los medios legales que le permiten a éste, no ya la satisfacción directa de su derecho de crédito, sino su preservación o seguridad. Sobre este tema: Salemo, M. U., 23 *patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974.

² El derecho de crédito está dotado de una serie de instrumentos jurídicos cuya finalidad es proteger al acreedor, ya que procuran que éste cobre efectivamente su crédito; entre tales instrumentos se cuentan, entre otras, la denominada "garantía patrimonial universal" y las medidas cautelares. Sobre el particular M. García Amigo, *Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw - Hill, Madrid, 1995, p. 512; Lino Rodríguez Arias - Bustamante, *Derecho de obligaciones*, n° 138, p. 257; Jacinto Gil Rodríguez, en Puig I Ferriol, Gete Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez, José Hualde Sánchez, *Manual de derecho civil*, L. D., "Derecho de obligaciones", Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 323.

Ello, por las siguientes razones: a) juzgamos que la teoría de los privilegios encuentra mejor ubicación en el marco del moderno derecho concursal, porqué es éste el que se ocupa de los conflictos que se presentan en caso de concurrencia de acreedores frente a un mismo deudor insolvente; b) el estudio del derecho de retención se hará al tratar la responsabilidad por incumplimiento contractual.

§ 257. EL PATRIMONIO DEL DEUDOR COMO GARANTÍA COMÚN

En esta materia impera la regla según la cual el deudor responde frente a sus acreedores con todo su patrimonio; por eso se dice que el patrimonio del deudor es la *prenda común* de los acreedores³. Según la teoría clásica, el patrimonio —entendido como "el conjunto de los bienes de una persona" (art. 2312)— es una emanación de la personalidad, razón por la que no hay persona sin patrimonio ni patrimonio sin persona⁴. El patrimonio es único e indivisible y se lo concibe como una universalidad jurídica porque los bienes particulares que lo constituyen forman una masa abstracta, independiente y distinta de cada uno de aquéllos, admitiéndose que pueda estar constituido exclusivamente por deudas⁵. A partir de tales premisas se destacan estas consecuencias: 1°) todos los bienes del deudor —formando una masa única— quedan expuestos al poder de los acreedores; 2°) ninguna persona puede tener más de un patrimonio; 3°) el patrimonio puede estar formado sólo por deudas, si sólo deudas tiene su titular.

³ Se trata de un principio que nos viene de siglos anteriores, receptado por las legislaciones y proclamado por la doctrina. E. Betti lo confirma, al señalar que la obligación grava al deudor "...en el sentido de que del patrimonio debe salir el bien debido, cuando se encuentra dentro de él (en especie o en género), o bien que del patrimonio deben sacarse los medios que sean necesarios para conseguirlo (en las obligaciones fungibles de hacer), o que, en fin, del patrimonio debe salir el equivalente pecuniario de ese bien" (Betti, *Teoría general de las obligaciones*, 1.1, p. 384). En el mismo sentido: L. Barassi, *La teoría generale delle obbligazioni*, vol. I^Q, ps. 974 y ss.; M. A. Bertauld, a partir del art. 2092 del Código Napoleón, sintetiza la idea: "quienquiera que se obligue, obliga accesoriamamente sus bienes presentes y futuros", en *Traite théorique et pratique de la subrogation*, p. 16, París, 1964.

⁴ Una explicación sobre esta concepción del patrimonio puede verse en la nota al art. 2312 del Cód. Civil. Asimismo, es importante la opinión de S. Fornieles, *El concepto de patrimonio y la identidad personal del difunto y del heredero. La doctrina de Aubry y Rau*, trabajo publicado en "Revista de Derecho Civil", t. II, Buenos Aires, ps. 25 y ss.

⁵ Sobre la teoría clásica del patrimonio, haciendo suyas las conclusiones contenidas en la nota al art. 2312 y que fueron enunciadas en el texto ver, por ejemplo, Salvat, *Tratado. Parte general*, t. n, n° 1306, p. 8.

a) *Fundamentos del principio*

El principio según el cual el patrimonio es la 'aprenda común' no esjítá con*, , sagrado expresamente en los textos de nuestro Código Civil⁶; la doctrina, empero, ha demostrado que —pese a la ausencia de un texto legal taxativo— el principio en cuestión surge, tácitamente, de diversas reglas particulares contenidas en él. Así, se hace derivar el principio: 1°) del art. 505, inc. 3, en tanto faculta al acreedor a exigir del deudor las indemnizaciones correspondientes; se deduce que tales indemnizaciones sólo son factibles porque el acreedor puede hacer subastar cualquiera de los bienes del deudor y, siendo así, se infiere que dichos bienes (su patrimonio) están garantizando las obligaciones de su titular, 2°) del art. 961, en tanto concede a los acreedores acción para demandar la revocación de los actos por medio de los cuales el deudor hubiese disminuido su patrimonio perjudicando a aquéllos; de aquí se deduce que la ley está reconociendo un derecho anterior de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, pues sólo así se explica que puedan interferir o dejar sin efecto actos de éste, lo que implica modificar una situación patrimonial ajena⁷.

Fuera del Código Civil, entre las normas que regulan los concursos de acreedores (ley 24.522), el principio de que el patrimonio es la garantía común está contenido en una institución específica: el *desapoderamiento*. En efecto, cuando se decreta la quiebra de un deudor, éste "queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y administración" (art. 107, ley 24.522)⁸. El desapoderamiento, en suma, es la cabal demostración de que el patrimonio del deudor constituye la garantía común con que cuentan los acreedores.

b) *Límites*

El principio no tiene valor absoluto, ya que reconoce dos importantes limitaciones:

⁶ • Cfr. Llambías, *Obligaciones*, 11, n° 386, p. 503; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, n° 367, p. 555; Salemo, *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, n° 130, p. 109.

⁷ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 386, p. 503. Este autor añade que el principio de la garantía común también resulta de los arts. 3474 y 3922. Salemo, *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*, n° 131, p. 110, agrega que el principio está implícito en el art. 546, texto que reconoce al acreedor bajo condición suspensiva el derecho de pedir que el juez decrete "todos los actos conservatorios" del patrimonio del deudor.

⁸ El texto del art. 107 de la ley 24.522 reproduce la letra del texto que estaba contenido en el art. 111 de la ley 19.551. Cfr. Fassi y Gebhardt, *Concursos*, comentario al art. 111 de la ley 19.551, 4° ed., p. 255.

I) En primer lugar, determinados bienes del deudor quedan excluidos de la garantía. Por razones humanitarias, en efecto, la ley excluye de la potestad de los acreedores determinados bienes. Así, no pueden ser subastados, por ejemplo: *a)* "el lecho cotidiano del deudor y de su familia, las ropas y muebles de su indispensable uso y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio" (art. 3878); *b)* los sueldos y remuneraciones —incluido el aguinaldo— que, en general, son inembargables, salvo hasta el límite máximo del veinte por ciento; *c)* los inmuebles constituidos como "bien de familia"; *d)* los créditos que el deudor tenga a su favor por alimentos (art. 374), aun los que proviniesen de una renta vitalicia (art. 2076); *e)* las jubilaciones y pensiones;/) el salario mínimo, vital y móvil; etc.».

II) En segundo lugar, no todos los acreedores tienen la misma jerarquía y, por ende, no todos concurren en paridad de condiciones frente al deudor. Cabe clasificar a los acreedores en dos categorías generales: *privilegiados* o *quirografarios*; los primeros son aquellos a los cuales la ley les reconoce el derecho de ser pagados con preferencia a otros (art. 3875); los segundos son aquellos que no gozan de preferencia y, por lo tanto, cobrarán después de que hayan sido satisfechos los privilegiados y lo harán a prorrata sobre el remanente, si es que quedare (art. 3922). La existencia de acreedores de distintas categorías es una excepción al principio según el cual el patrimonio es garantía común, porque si el patrimonio es insuficiente, los quirografarios pueden quedarse sin cobrar nada.

§ 258. PLURALIDAD DE PATRIMONIOS

La teoría clásica del patrimonio, en versión ortodoxa, conduce a negar que un deudor pueda tener más de un patrimonio, esto es, niega que una misma persona pueda ser titular de una pluralidad de patrimonios; y esto, en última síntesis, impide limitar la responsabilidad patrimonial de las personas individualmente consideradas.

Se estima⁹, sin embargo, que ha llegado la hora de revisar esta teoría. Creer, se ha dicho¹⁰, que el patrimonio es uno e indivisible y que no se puede ser titular más que de un solo patrimonio choca con las necesidades de la vida. Poderosas razones justifican que la ley permita que una misma persona pueda ser titular de varios patrimonios. Así: *a)* el fraccionamiento patrimonial favorece los emprendimientos económicos, desde que el empresario individual no se ve obligado a comprometer todos sus bienes ante un solo emprendimiento,

⁹ Ver Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t.1, p. 556.

¹⁰ Al conjuero de las necesidades económicas, la teoría del "patrimonio persona" está en crisis y se avizora su ocaso.

¹¹ A. G. Spota, *Tratado de derecho civil*, 1.1, vol. 3-5, n° 1759, p. 668.

sino que limita su responsabilidad a los bienes afectados a ese emprendimiento; b) ante la falta de un sistema jurídico que permita a las personas individuales limitar su responsabilidad, se recurre a la constitución de sociedades de capital (anónimas o de responsabilidad limitada) que sólo lo son en apariencia, porque en realidad lo que se busca es comprometer la responsabilidad sólo hasta el límite del capital aportado y no todo el patrimonio. En nuestro país, el camino hacia la aceptación de la pluralidad de patrimonios está abierto.

En efecto:

a) *De lege lata*, la ley 24.441, al legislar sobre el contrato de fideicomiso, crea un patrimonio separado y distinto del patrimonio de las partes, el *patrimonio fideicomitado*. Según la citada ley, en efecto, por el contrato de fideicomiso, una persona, el Aduciante, transmite el dominio limitado (transmisión en confianza) de determinados bienes a otra persona, el fiduciario, quien se obliga a explotarlo en beneficio de la persona que se designe en el contrato, que es el beneficiario, debiendo luego restituir el dominio recibido (cfr. art. 1°, ley 24.441). Los bienes transmitidos al fiduciario, denominados bienes fideicomitados, "constituyen un *patrimonio separado* del patrimonio del fiduciario y del fiduciante" (art. 14, ley 24.441). Ese "patrimonio separado" garantiza las obligaciones que se contraigan con motivo de la ejecución del fideicomiso, no puede ser aprovechado ni por los acreedores del fiduciante, ni por los acreedores del fiduciario.

b) *De lege ferenda*, es aconsejable que en una futura reforma —como ya se ha intentado¹²— el legislador autorice la figura de la "empresa individual de responsabilidad limitada" que vendría a llenar el vacío que hoy existe en la materia; empresa individual caracterizada por que los bienes que forman su capital "constituirán un patrimonio separado e independiente de los demás bienes pertenecientes a la persona física y están destinados a responder por las obligaciones de la empresa..."¹³.

§ 259. LAS MEDIDAS CAUTELARES

En general, las *medidas cautelares* son aquellas que se solicitan al juez y consisten en actos procesales que éste ordena en el curso de un proceso o previamente a él, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho,

Proyecto de ley presentado por los diputados Aramouni y Del Ball.

¹³

Art 2° del proyecto de ley citado en la nota precedente. En definitiva, se trata de aceptar la existencia de un patrimonio destinado a un fin, carente de personalidad jurídica, pero susceptible, en cuanto tal, de derechos y obligaciones; puede ese patrimonio ser acreedor o deudor **M.** García Amigo, *Teoría general de las obligaciones y contratos*, p. 520. La Comunidad Económica Europea acepta las empresas individuales de responsabilidad, según se colige del art 7° de la Directiva 89/667.

con el fin de garantizar la eficacia de la sentencia a dictarse¹⁴. Tienden, en definitiva, a facilitar otro proceso garantizando la eficacia de sus resultados¹⁵. Para que las medidas cautelares sean decretadas por el juez es necesario que quien las solicite acredite —*prima facie*— que el derecho que pretende proteger es verosímil y que existe un peligro cierto e inminente de que se altere la situación existente en perjuicio del solicitante. En el derecho de obligaciones en particular, interesan aquellas medidas cautelares cuya finalidad específica consiste en asegurar el resultado de una ejecución forzada¹⁶, como lo son el embargo preventivo, el secuestro, la inhibición, la anotación de litis, la intervención judicial, la prohibición de innovar.

He aquí una enunciación de cada una de ellas.

a) El *embargo preventivo* es una medida cautelar por la cual se ordena la afectación de un bien del patrimonio del deudor al pago del crédito cuya ejecución está por iniciarse o ya ha sido iniciada. Consiste en la individualización de uno o más bienes del deudor y en la declaración judicial de que el bien afectado es indisponible para el deudor, de tal manera que si la sentencia es favorable al acreedor, el juez ordenará la venta de ese bien en pública subasta y el importe que se obtenga será aplicado a satisfacer al acreedor que lo ha solicitado, pues el embargo otorga prioridad de cobro cuando se producen ejecuciones individuales concurrentes; quien primero embarga tiene prioridad a percibir el crédito (conf. art. 218, Cód. Proa Civ. y Com. de la Nación), siempre que no hubiese acreedores privilegiados que ostenten un mejor derecho. Está regulado en los arts. 209 a 220 del Cód. Proa Civ. y Com. de la Nación. Tratándose de inmuebles, automotores u otras cosas registrables, el embargo se obtiene mediante la inscripción de la orden judicial en el Registro respectivo; tratándose de bienes muebles no registrables, mediante la designación del propio deudor, o de un tercero, como depositario judicial de los bienes embargados, asumiendo el designado, en tanto depositario judicial, la obligación de conservarlos y ponerlos a disposición del juez cuando éste lo requiera.

¹⁴ Cfr. J. R. Podetti, *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Buenos Aires, p. 33. También se ha dicho que "el proceso cautelar tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de un proceso (de conocimiento o de ejecución), pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia que le pone fin": Palacio, L., *Manual de derecho procesal civil*, t. II, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 271.

¹⁵ Cfr. Guasp, *Derecho procesal civil*, L II, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 683.

¹⁶ Además de asegurar el resultado de una ejecución forzada, las medidas cautelares pueden ser decretadas con el objeto de conservar una prueba a los efectos de hacerla valer enjuicio (v.gr., tomarle declaración anticipada a un testigo de avanzada edad), evitar un daño irreparable en la persona o en los bienes de quien la solicita (v.gr. la protección de personas, los alimentos provisionales, la prohibición de innovar), etc. Cfr. Alsina, *Tratado*, L V, 2ª ed., p. 454. .

b) El *secuestro* es la orden judicial de despojar al deudor de determinados bienes (previamente embargados o prendados), designando a un tercero como depositario judicial, generalmente un martillero autorizado, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el juicio de ejecución y se ordene la venta del bien en pública subasta¹⁷. Esta medida cautelar de alcance extremo puede ser especialmente útil cuando recaiga sobre cosas que eventualmente pueden desaparecer o desvalorizarse, tornando ilusorio el cumplimiento de la sentencia.

c) La *inhibición general de bienes* es una medida cautelar que puede ser decretada en caso de que fracase el embargo. En efecto, si no es posible localizar bienes susceptibles de embargo y ante la eventualidad de que el deudor pueda disponer o gravar bienes registrables no localizados, el juez dicta una resolución judicial por la cual prohíbe al deudor ejercer actos de disposición (comprar, vender o gravar) de bienes registrables, medida que cesará si el deudor presenta bienes para que sean embargados. La medida se cumple mediante la comunicación que el juez remite a los registros respectivos a fin de que tomen nota de que el deudor, correctamente individualizado, no está habilitado para realizar ninguna especie de transmisión registral, ni enajenando ni incorporando bienes a su patrimonio. Ésta medida, que está legislada en el art. 228 del Cód. Proa Civ. y Com. de la Nación, sólo impide disponer de los bienes registrables, ya que los muebles no registrables —de hecho— no pueden ser afectados por la medida. No otorga prioridad de cobro al acreedor que solicitó la inhibición.

d) La *anotación de litis* será útil cuando el acreedor quiera poner en conocimiento de terceros que ha planteado una demanda judicial reclamando la constitución, declaración, modificación o extinción de un derecho real sobre un determinado bien registrable de su deudor. Esta anotación cautelar no provoca la indisponibilidad del bien, sino que tiene por objeto dar a publicidad la existencia de un juicio sobre el bien al que se refiere la anotación y, si a pesar de la existencia del pleito, los terceros celebran actos jurídicos con relación a ese bien, ya no podrán ser considerados de buena fe¹⁸ porque no podrán alegar que desconocían la preexistencia del juicio anotado. La medida judicial se inscribe en los registros de la propiedad, a los efectos de su publicidad (art 229 del Cód. Proa Civ. y Com. de la Nación).

e) La *intervención judicial* es la medida cautelar que consiste en la designación por el juez de una persona para que sustituya a quien tiene la administración de los negocios del deudor, asignándole atribuciones específicas, pudiendo limitarse exclusivamente a la recaudación de fondos de hasta el 50 % de

¹⁷ Según el diccionario de Escriche, el secuestro "es el depósito que se hace de una cosa litigiosa en un tercero, hasta que se decida a quién pertenece".

¹⁸ Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, 3ª ed., n° 377, p. 570.

las entradas o ingresos que se registren, de las que debe rendir cuentas al juez que lo designó. Tales retenciones se destinan a satisfacer el interés del acreedor.

f) La prohibición de innovar tiene lugar cuando el juez ordena —a petición del acreedor— que no se modifique la situación de hecho existente respecto del patrimonio del deudor, siempre que se haya probado, *prima facie*, que existen serios motivos para temer que una modificación de la situación podría ser perjudicial para los derechos que se quieren tutelar. Es una medida cautelar prevista en el art. 230 del Cód. Proa Civ. y Com. de la Nación.

B) LA ACCIÓN SUBROGATORIA

§ 260. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DE ESTA ACCIÓN

Puede ocurrir que un deudor se encuentre en estado de insolvencia, que bien podría desaparecer o atenuarse si ese deudor cobrara, a su vez, un crédito que tiene a su favor o ejerciera derechos de los que es titular y con los cuales, conservaría o incrementaría su patrimonio. Sin embargo, es negligente y no realiza las gestiones que es menester para ejercer sus derechos; y no lo hace porque sabe que lo que obtenga no quedará en su patrimonio sino que pasará a manos de sus acreedores, habida cuenta de su endeudamiento. Es obvio advertir que ese comportamiento negligente y omisivo del deudor perjudicará a sus acreedores; por ello se abre aquí este interrogante: ¿tienen los acreedores del deudor inoperante algún derecho para remediar esta situación?

Sí, la ley les confiere la acción subrogatoria¹⁹, llamada también indirecta u oblicua²⁰. Al respecto, el Código Civil, en el art. 1196 dice: "...los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona".

La acción subrogatoria puede ser descripta como "la facultad que la ley confiere a los acreedores dotados de interés legítimo, para que *puedan ejercer los derechos de que es titular su deudor y que éste ha dejado de gestionar*"²¹. En este concepto se destaca que se trata de una facultad (por lo tanto se puede dejar de usar) conferida por la ley (sólo la ley puede autorizar a inmiscuirse en asuntos patrimoniales ajenos) a quienes tienen *interés legítimo* (por aquello de que el interés es "la medida de las acciones"); en virtud de esta acción, el subro-

¹⁹ Esta acción se llama subrogatoria, porque quien la intenta reemplaza o sustituye (subroga) al deudor que deja de ejercer sus derechos.

²⁰ La acción subrogatoria es llamada también indirecta u oblicua. Indirecta, porque el acreedor que la ejerce no actúa, en realidad, en nombre propio sino que lo hace en nombre del deudor subrogado; oblicua, por qué lo que obtenga el acreedor subrogante ingresará, primero, al patrimonio del subrogado y de allí deberá ser tomado por aquél.

²¹ Cfr. Llambías, *Obligaciones*. 1.1. n° 420, p. 533.

gante puede ocupar el lugar del deudor y gestionar por éste aquellos derechos que el reemplazado dejó de usar, la acción supone, pues, que hay *inacción* del deudor. A quien se subroga se lo denomina acreedor subrogante o sustituto; al deudor que por su inactividad ha dado lugar al ejercicio de la acción se lo llama deudor subrogado o sustituido; y a aquellos contra quienes se dirige la acción, terceros demandados.

¿Cuál es la razón por la cual la ley confiere esta facultad a los acreedores? La razón está dada por el principio de que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores. Por lo tanto, si la inoperancia o desidia del deudor atenta contra la integridad o conservación de la garantía, es lógico que se autorice a los acreedores a intentar las acciones que están destinadas, precisamente, a evitar el deterioro o la desintegración del patrimonio.

En lo que respecta al método, cabe decir que el Código Civil trata de la acción subrogatoria en la Sección Tercera del Libro Segundo, entre los artículos que se refieren a "los efectos" de los contratos, pues le ha dispensado el art. 1196, incluido entre los textos que se refieren a ese tema. El método del Código Civil merece dos críticas: a) por su ubicación, se podría suponer que la acción subrogatoria se concede sólo a los acreedores de origen contractual, como si se tratara de un efecto del contrato. No es así, la acción subrogatoria puede ser intentada por todo acreedor que sufra la inoperancia de su deudor, cualquiera que sea la fuente de la obligación de la que sea titular el subrogante; b) el art. 1196 es notoriamente insuficiente para contener el régimen jurídico de la acción subrogatoria; por ello el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los Códigos Procesales de las provincias contienen normas que integran ese régimen, completando así al Código Civil.

§ 261. NATURALEZA Y CARACTERES

Sobre la naturaleza de la acción subrogatoria se han expuesto opiniones diversas. Así:

a) Se ha sostenido que se trata de una cesión tácita²², cesión que se verificaría entre el deudor subrogado (cedente) y el acreedor subrogante (cesionario); en nuestro derecho esta tesis es inadmisibles, porque: 1°) no se puede decir que hay "contrato" de cesión, porque para que el acreedor ejerza la acción subrogatoria no necesita el acuerdo o consentimiento del deudor; es más, está autorizado a actuar aun en contra de la voluntad del subrogado; 2°) además, no puede haber cesión porque no hay *transmisión* de un derecho, como lo exige el art. 1457, ya que el deudor subrogado continúa siendo el titular, y en su caso "el propietario" de los derechos y acciones que ejerce el subrogante.

b) También ha sido concebida como una representación legal en interés del representante²³. Esta tesis, como lo revelan sus propios expositores, no es «ada más que una nueva versión de aquella otra que afirma que se está ante «na *procuratio in rem suam*»²⁴ ya que, en definitiva, se está diciendo que el subrogante actuaría como procurador de sí mismo. La tesis no es aceptable por las siguientes razones: 1°) en primer lugar, es dudoso que el subrogante actúe en su exclusivo interés pues, si bien se ve, la gestión de éste también redundará en beneficio del subrogado, beneficio que se apreciará si se tiene en cuenta que si el subrogante triunfa será el patrimonio del subrogado, en definitiva, el que resultará favorecido. En efecto, todo aquello que el subrogante obtenga estará destinado a pagar las deudas del subrogado; por ello, no se puede negar que éste resultará beneficiado después de pagado el acreedor subrogante (u otros si lo obtenido por éste alcanzara) ya que el subrogado se habrá liberado de una obligación con la consiguiente desgravación de su patrimonio; 2°) por otra parte, tampoco se puede ocultar que la tesis de la *procuratio in rem suam* desfigura la esencia misma de la subrogación, ya que no se tendría en cuenta el interés del subrogado (supuesto representado) con olvido de que él es y continúa siendo durante el juicio, el dueño de los derechos y acciones que se ejercen en su nombre. Es que no puede haber "subrogación" allí donde no se toma en cuenta el interés del subrogado; 3°) por último, aun cuando en un caso concreto el subrogante actúe en su propio interés, no podría ser considerado como mandatario, porque el art. 1892 prohíbe que el mandatario pueda actuar en su exclusivo interés²⁵.

c) Otros han sostenido que se trata de una especie de mandato legal²⁶; es decir, afirman que el subrogante actúa, por disponerlo así la ley, como mandatario del subrogado. Tampoco esta variante resulta admisible, pues no explica por qué es el subrogante (presunto mandatario) quien debe soportar los gastos y costas del juicio en caso de ser derrotado; si fuese un mandato, tales gastos deberían ser asumidos por el subrogado (mandante) y no por el subrogante (mandatario).

d) Como lo ha sostenido calificada doctrina²⁷, a la que adhiero, el acreedor que ejerce la acción subrogatoria ejerce un *derecho propio* de carácter con-

²³ Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 429, p. 540; A. A. Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 750, p. 324.

²⁴ Para demostrarlo bastan las palabras del propio Llambías, quien dice: "Según una tendencia doctrinaria bastante caudalosa, la acción subrogatoria renueva una hipótesis de la representación de otro en interés propio (*procuratio in rem suam*) conocida de los romanos: es una representación porque quien actúa lo hace en nombre de otro; pero la actuación se inspira en un interés propio del representante..." (Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 427, p. 539).

²⁵ Así: Salvaty Acuña Anzorena, *Fuentes*, 1.1, n° 232-a, p. 180, réplica inspirada en Aubry y Rau, *Cours*, t. IV, § 312, p. 122, nota n° 18.

²⁶ Moulon, F., *Repetitions écrites sur le Code Civil*, t. II, n° 1171, p. 601.

²⁷ Acuña Anzorena, A., *Acción subrogatoria. Intervención en el juicio del deudor directo*,

servatorio, derecho que le reconoce la ley y que le permite reemplazar a su deudor inoperante, con el objeto de evitar una desmembración del patrimonio de éste y así conservar la garantía de *ciédilolMii&TÓgátil*. La tesis reconoce estos fundamentos: 1°) se trata de una acción nominada, ya que tiene nombre propio, y es parcialmente típica, pues está una parte de su régimen contenido en el art. 11 %; 2°) no se ve por qué se deba asimilar esta acción a una figura determinada, desconociendo su singularidad²⁸; 3°) por tratarse de un derecho propio, su ejercicio no está supeditado, necesariamente, a los requisitos de la representación, ni se producen los efectos de ésta; 4°) la circunstancia de que no haya representación se explica porque los actos del subrogante cumplidos en juicio no son oponibles al subrogado, salvo que éste los hubiese ratificado expresa o tácitamente²⁹; 5°) si la acción tiene éxito, tanto el subrogante como el subrogado se verán beneficiados; 6°) si la acción fracasa, los gastos y costas del juicio deberán ser soportados por el subrogante porque éste, como se dijo, no actúa como representante del subrogado, sino que ejerce un derecho propio.

La acción subrogatoria presenta los siguientes caracteres:

d) *Hs facultativa*, en el sentido de que es el acreedor quien decide si la intenta o no; no se le puede impedir que demande, como tampoco se lo puede coaccionar para que lo haga.

b) *Es individual*, porque puede ser ejercida por cualquier acreedor, sin que sea necesario que otros acreedores lo autoricen o le presten acuerdo. Ni siquiera es necesario que el deudor tenga varios acreedores; es suficiente que exista un solo acreedor y que el deudor sea omiso en ejercer sus derechos con los que podría procurarse medios para pagar³⁰ sus propias obligaciones.

c) *Proporciona un beneficio indirecto*, porque lo que obtenga el subrogante ingresará, primero, al patrimonio del subrogado; luego, aquél podrá satisfacer su crédito del patrimonio de éste. Su beneficio es, pues, indirecto.

§ 262. CARÁCTER CONSERVATORIO

Se discute si la acción subrogatoria tiene carácter conservatorio o ejecutivo. La opinión hoy predominante³¹ sostiene que tiene carácter abstracto y neutro ya que no es posible asignarle, exclusivamente, una función conserva-

nota a fallo en "L.L.", ü-3-394; Sánchez de Bustamante, *Acción oblicua*, n° 241; Borda, *Obligaciones*, 1.1, 223, p. 120.

²⁸ Acuña Anzorena, *Acción subrogatoria. Intervención en el juicio del deudor directo*, nota afalloe "L.L.", U-3-394.

²⁹ Al tratar sobre los efectos de la acción subrogatoria entre acreedor subrogante y deudor subrogado, se insistirá en este tema.

³⁰ Sánchez de Bustamante, *Acción oblicua*, n° 264, p. 105.

³¹ Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 431 bis, p. 544; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 224, p. 225.

tona o una función ejecutiva, pues ello dependerá del derecho del deudor que se intente hacer valer: así, si la acción que se ejerce por vía subrogatoria tiene por objeto que se declare una prescripción liberatoria en favor del deudor, esa acción habrá tenido una función meramente conservativa, pero si se intenta subastar un bien para que el deudor subrogado pueda cobrar un crédito, entonces tendrá carácter ejecutivo. Por ello, se concluye que la acción subrogatoria es puramente instrumental, incolora y carente, por sí misma, de contenido propio 32.

Considero más ajustada a la verdadera naturaleza de la acción subrogatoria la tesis que afirma que siempre tiene carácter conservatorio, aun en aquellos casos en que consiste en una ejecución contra quien es deudor del deudor subrogado. Son sus fundamentos: *a)* la ley confiere a los acreedores esta acción (art. 1196) con el fin esencial de que puedan evitar que se agrave la insolvencia del deudor, o bien que cese esa insolvencia; no sirve esta acción para obtener el cobro *directo* del crédito; *b)* en caso de que el subrogante logre subastar bienes del demandado, el producido de esos bienes debe ingresar al patrimonio del subrogado y de allí podrán ser tomados por el acreedor; *c)* aunque la acción contra el deudor del deudor sea ejecutiva, para el acreedor se tratará de una ejecución con el fin de conservar el patrimonio del subrogado (*podría llamarse ejecución conservatoria*); *e)* para que el subrogante pueda satisfacer su crédito con el producto de los bienes subastados, deberá ejercer su propia acción contra el deudor a quien antes debió subrogar³³.

§ 263. DERECHOS Y ACCIONES SUBROGABLES

a) Regla general

La regla está en el art. 1196: *todos* los derechos y acciones del deudor pueden ser ejercidos por el acreedor. El casuismo es tan amplio, como amplia es la regla. Así, se ha admitido que los acreedores están facultados para demandar, por vía subrogatoria: *a)* el cobro de los créditos que terceros adeuden al subrogado; *b)* medidas cautelares que garanticen los créditos de que sea titular el deudor; *c)* interrumpir la prescripción que podría perjudicarlo; *d)* oponer la prescripción cuando el deudor sea demandado; *e)* reivindicar bienes del deudor que se encuentren en poder de terceros; *f)* pedir la división de condominio; *g)* solicitar la apertura de una sucesión en la que tenga interés el deudor, o activarla; *h)* aceptar herencias a nombre del deudor; *0)* demandar la nulidad de actos jurídicos; *j)* demandar el cumplimiento, resolución, rescisión o revocación de contratos en que sea parte el deudor y en tanto ello sea útil para el patrimonio de éste; *k)* pedir la citación de evicción de un tercero para que salga en defensa

³² Llambías, *Obligaciones*, 11, n° 431 bis, p. 544.

³³ Bibiloni, J., *Anteproyecto*, t. II, p. 32.

del subrogado, etc. En general, los acreedores pueden, por subrogación, plantear todas las acciones judiciales y ejercer todos los derechos que estimen útiles para conservar el patrimonio del deudor, de cuyo contenido podrán satisfacer sus propios créditos, con determinadas excepciones.

b) Excepciones

La regla no es absoluta. No pueden ser ejercidos por vía subrogatoria: *a)* los derechos extrapatrimoniales, *b)* las meras facultades del deudor, *c)* los derechos patrimoniales inherentes a su persona, y *d)* los derechos patrimoniales inembargables.

I) Los derechos extrapatrimoniales. — Respecto de aquellos derechos del deudor que carecen de contenido económico y de significación pecuniaria, no tiene sentido otorgarle al acreedor la vía subrogatoria, pues con el ejercicio de estos derechos en nada se incrementaría o conservaría el patrimonio del obligado y, por ende, ningún beneficio reportaría para sí el acreedor. Así, es absurdo hablar de subrogación cuando se trata de derechos que no integran el patrimonio del deudor, tales como el de usar el nombre, el de transitar y circular con libertad, el derecho a la protección del honor y de la integridad moral, los derechos políticos, de elegir y de ser elegido para el desempeño de cargos públicos, etc. 3*.

H) Las meras facultades del deudor. — Por oposición a los derechos adquiridos se conocen en doctrina las meras facultades, que son aquellas posibilidades que el ordenamiento jurídico le reconoce a las personas habilitándolas para tomar una decisión, que tendrá efectos jurídicos, de entre varias alternativas. No es lo mismo el derecho de quien ha comprado una cosa de exigir su entrega (éste es un verdadero derecho adquirido), que la mera posibilidad que toda persona tiene de comprar o no esa cosa (ésta es una mera facultad); mientras el derecho a exigir la entrega puede ser ejercido por vía subrogatoria, la simple facultad de comprar o, en su caso, de vender esa cosa no es subrogable. Tampoco son subrogables las facultades de administración que el deudor tiene sobre sus bienes, ni aun con el argumento de que lleva una mala o negligente administración; así, por ejemplo, no tienen los acreedores acción para obligar a su deudor a alquilar o no un inmueble, computado el alquiler como un acto de administración. La razón es que si bien la acción subrogatoria tiene por objeto *suplir la inacción* o desidia del deudor, no puede ser usada para reemplazarlo por completo, convirtiéndolo en un mero espectador del manejo de sus bienes por un extraño³⁵. Es que si se permitiera la injerencia de los acreedores en el

³⁴ Comp. Sánchez de Bustamante, *La acción oblicua*, n.º 329 y ss., p. 128.

³⁵ Borda, *Obligaciones*, t. I, n.º 235, p. 228.

ejercicio de estas simples facultades se violaría gravemente la libertad del ser humano y se colocaría al deudor bajo la virtual tutela de sus acreedores.

LII) *Lostierechos patrimoniales inherentes a supersona.* —Tampoco son subrogables aquellas acciones que si bien tienen, o pueden tener, contenido patrimonial, son inherentes a la persona del deudor; se suele mencionar como ejemplos de esta clase a la acción de reclamación de estado, de filiación, de divorcio, de nulidad de matrimonio, la acción de revocación de una donación por ingratitud del donatario o por incumplimiento de los cargos. En estos casos, si el resultado es favorable para el deudor, se incrementará su patrimonio y con ello se beneficiarían sus acreedores; sin embargo, se interpreta que estas acciones no son subrogables³⁶, porque —tratándose de cuestiones *inherentes* a la persona del deudor— la decisión de iniciar o no la acción depende, sólo y exclusivamente, de su estado de conciencia y, por ende, los acreedores no pueden subrogar o hacer suya la conciencia del deudor.

IV) *Los derechos patrimoniales inembargables.* — Por último, tampoco son subrogables los derechos patrimoniales inembargables, tales como el derecho a percibir alimentos o al cobro de jubilaciones o pensiones. La razón es obvia, pues de nada le serviría al acreedor procurar que su deudor cobrara estos rubros si luego no pudiese embargarlos ni ejecutarlos.

§ 264. SUPUESTOS CONTROVERTIDOS

En algunos casos concretos se ha dudado si los acreedores tienen o no derecho a subrogar al deudor.

Así:

a) Respecto de los daños sufridos por el deudor como consecuencia de hechos ilícitos cometidos por terceros. En este caso y como punto de partida, es necesario formular una primera distinción según la naturaleza del perjuicio entre los daños materiales y los daños morales.

Comenzando con los daños materiales, se suele discriminar, según la naturaleza del bien dañado, entre los daños causados a las cosas materiales y los daños causados en el cuerpo o en la salud del deudor. En el primer caso, la acción para demandar la indemnización es subrogable, pues, tratándose de cosas materiales, su reparación es una cuestión puramente patrimonial que los acreedores no pueden desaprovechar. En el segundo caso, la doctrina³⁷ tenía esta-

³⁶ En el ámbito del derecho de familia, donde prevalece el aspecto moral y de conciencia, se debe ser muy prudente a la hora de conceder a un acreedor el derecho de subrogar el ejercicio de un derecho de esta clase: Cazeaux, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, n° 430, p. 600.

³⁷ Cfr. Aubry et Raxi, *Cours*, t. IV, § 312; Demolombe, *Cours*, t. XXV, n° 80; entre nosotros, Sánchez de Bustamante, *Acción oblicua*, n° 732.

biendo que la acción no era subrogable, por dos razones: 1^a) esta acción, se dice, tiende a satisfacer, sino h' veoganzái al menos el rencor de la persona que ha sufrido el daño; con esa finalidad se la usaba en el derecho romano (*vindictam ¿pirantes*); por lo tanto, exclusivamente el deudor podría decidir entablarla o no; 2^a) tratándose de daños físicos, la acción para obtener su reparación sería inherente a la persona que los sufrió y, por ende, sería insubrogable. En la actualidad, esta doctrina ha sido superada. La mayoría de los autores¹⁸ admite que aun tratándose de daños en el cuerpo o en la salud del deudor, la acción para reclamar su reparación es subrogable, se puede replicar así los argumentos que se dieron en contra: 1^a) a comienzos del tercer milenio, cuesta aceptar que el derecho civil puede servir como instrumento de venganza; se debe aceptar, por el contrario, que la demanda tiene por fin excluyente la reparación patrimonial de las lesiones; 2^a) es obvio que los daños físicos que sufra el deudor redundarán en perjuicio de su capacidad de producción y, por ende, pueden convertirse en el factor desencadenante de la disminución o desintegración de su patrimonio; desde este punto de vista, es innegable el derecho de sus acreedores a reclamar, por vía subrogatoria, la íntegra reparación del perjuicio causado. Cabe sin embargo tener presente que si se trata de un accidente de trabajo y puesto que la indemnización que pudiera obtener el deudor por ese rubro no es embargable, esa acción tampoco será subrogable.

Respecto del daño moral la cuestión es distinta. En este caso sí se admite que la acción para obtener su reparación es inherente a la persona del deudor, ya que por la particular naturaleza del reclamo, sólo él debe decidir si reclamará o no la indemnización. Los acreedores no están autorizados a reemplazarlo, pues ello equivaldría a reemplazar la conciencia del deudor y permitir que extraños pongan precio a su dolor y sufrimiento.

b) Respecto de las acciones de nulidad de actos jurídicos celebrados por el deudor. También en este caso se debe partir de una distinción, según que la nulidad sea absoluta o relativa. Si es absoluta, los acreedores podrán actuar como terceros interesados y ejercer la acción de nulidad por derecho propio sin necesidad de subrogar o representar al deudor (doctrina del art. 1047). Si la nulidad es relativa, y puesto que sólo puede ser alegada "por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes" (art. 1048, última parte), se trata de saber si los acreedores pueden actuar en reemplazo del deudor por la vía subrogatoria. Se impone la respuesta afirmativa por las siguientes razones: 1^a) si la nulidad va a reparar o, en su caso, incrementar el patrimonio del deudor, sería injusto negar a los acreedores el derecho de intentar la acción si el deudor se muestra omiso; 2^a) el art. 1196 permite a los acreedores ejercer todos los derechos y acciones del deudor, quedando excluidos solamente aquellos inherentes a la persona; el art. 1048 se limita a decir que la nulidad relativa puede ser invocada

¹⁸ Por todos: Salvat, *Fuentes de las obligaciones. Contratos*, 1.1, n° 238; Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 443, p. 570; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 230.

únicamente por aquellos "en cuyo beneficio" ha sido establecida, expresión que no alcanza a constituir una excepción al art. 1196; 3*) sólo se declarará improcedente la subrogación si la nulidad se refiere a cuestiones inherentes a la persona del deudor o a asuntos que carecen de contenido patrimonial.

§ 265. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Si nos atenemos a la letra del art. 1196, *todo* acreedor puede valerse de la vía subrogatoria; por consiguiente, pueden hacer uso de ella tanto los acreedores quirografarios como los privilegiados, incluso aquellos que hayan constituido a su favor una garantía real (hipoteca, prenda, etc.), siempre que tengan interés legítimo³⁹. Tampoco es necesario que la fecha del crédito de quien pretende valerse de la subrogación sea anterior o posterior a la fecha del derecho que el deudor ha dejado de usar; tal circunstancia es irrelevante, porque lo que interesa es que el patrimonio del deudor se conserve, ya que es la garantía de los acreedores, y para conservar ese patrimonio, carece de interés si el derecho que se ejercerá por subrogación fue adquirido por el deudor con anterioridad o con posterioridad al crédito de quien se postula como subrogante.

Los acreedores cuyos créditos están sujetos a una condición o a un plazo, ¿pueden valerse de la acción subrogatoria? Algunos autores han interpretado que no pueden hacer uso de la subrogación porque —sostienen— un crédito condicional o a plazo no es un crédito cierto, ni líquido, ni exigible⁴⁰. Otra doctrina⁴¹, a la que adhiero, considera que cabe concederles la acción, pues (como se verá *infra*, § 266) para que un acreedor pueda subrogarse no es necesario que su crédito sea líquido ni exigible, porque, como ya se dijo (*supra*, § 262), la acción subrogatoria tiene carácter meramente conservatorio; así, por ejemplo, si quien ejerce esta vía indirecta tiene sólo un crédito condicional que finalmente se frustra por el no cumplimiento de la condición, de todas maneras su gestión no habrá causado daño alguno; por el contrario, esa gestión, desde que contribuyó a la conservación del patrimonio, habrá beneficiado al deudor.

§ 266. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Son requisitos *necesarios* para ejercer la subrogación: que quien la intente tenga la calidad de acreedor, que sea titular de un interés legítimo y que haya inacción del deudor subrogado.

³⁹ Es la opinión predominante, por todos: BibHoni, *An/eproytfc/í>,t.II,p. Sl.ennota.Rcz-zónico, Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 369, nota n° 88, etc.

⁴⁰ Baudry-Lacantinerie y Barde, *Desobligations*, 1.1, n° 692.

⁴¹ Sánchez de Bustamante, *Acción oblicua*, n° 808; R. de Ruggiero, *Instituciones de derecho civil*, t. II, § 76, p. 166.

a) La primera condición es que quien la intente tenga la calidad de acreedor, sea quirografario, privilegiado o con garantía real. Es esencial que el subrogante sea acreedor del subrogado. Según las reglas sobre la carga de la prueba, corresponde a quien lo invoque acreditar la calidad de acreedor; será irrefutable si el crédito del subrogante le fue otorgado por sentencia firme o consta en documentos auténticos o si fue reconocido por el propio subrogado; en otros casos, podrá valerse de cualquier medio de prueba siempre que el elegido sea admisible y pertinente. Como es obvio, la prueba de que es acreedor importará también probar que su crédito es *cierto*. En cambio, no es necesario que el crédito sea líquido ni exigible. No lo es, porque dada su naturaleza de medida conservatoria, si la gestión llevada a cabo por el subrogante es exitosa, lo que obtenga ingresará primero al patrimonio del deudor, desde donde aquél debe cobrar; por consiguiente, si al momento en que el subrogante quiera cobrar su crédito, todavía éste no es líquido, deberá previamente ser liquidado o, si no es exigible, ese cobro debe ser postergado hasta que el crédito sea exigible o, en caso contrario, debe ser denegado.

h) La segunda condición es que el acreedor sea titular de un interés legítimo, es decir, que tenga motivos jurídicos suficientes para reemplazar al deudor, como ocurre, por ejemplo, cuando corre el riesgo de no poder cobrar su crédito si no suple la inacción de éste. Por cierto, la sola circunstancia de que el acreedor promueva acción por vía subrogatoria, asumiendo los gastos, crea una seria presunción de que tiene motivos para demandar; por consiguiente, corresponde al tercero demandado o, en su caso, al deudor subrogado, aportar la prueba de que el subrogante carece de interés, en cuyo caso la subrogación debe ser rechazada. Tampoco es deber del acreedor probar que el subrogado es insolvente, porque la insolvencia no es requisito para el ejercicio de la acción subrogatoria; sin embargo, si el demandado probara que el deudor es solvente y, por ende, que el crédito del subrogante no corre riesgo alguno, entonces se habrá probado que carece de interés legítimo y su intervención debe ser rechazada.

c) Por último, es necesario que el deudor asuma una actitud pasiva o de inacción, pues únicamente en ese caso se justifica que los acreedores puedan reemplazarlo; no es necesario que la inacción ponga en peligro el crédito del subrogante; es suficiente la mera inacción. Le corresponde al acreedor que pretende usar la vía indirecta probar que su deudor nada ha hecho para conservar su patrimonio. No hay inacción si el deudor ejerce sus derechos, aunque lo haga de manera equivocada o deficiente, ni aun cuando perjudique a sus acreedores; en este último caso, los acreedores podrán intentar la acción revocatoria o pauliana, pero no pueden pretender subrogarse.

No es necesario, a los fines de habilitar la subrogación, que el deudor sea constituido en mora respecto del deber jurídico de ejercer el derecho que, de lo contrario, ejercerá por él su acreedor, como tampoco es necesario que éste proceda, con carácter previo, a excutir los bienes de su deudor, por la misma razón

que no está obligado a probar la insolvencia del subrogado. Tampoco se requiere que el acreedor tenga *título ejecutivo*, pues todo acreedor, cualquiera sea la naturaleza de su derecho, siempre que sea patrimonial, puede optar por la vía subrogatoria.

¿Se debe citar a juicio al deudor subrogado? La acción subrogatoria crea una relación procesal entre el acreedor subrogante y el tercero demandado, proceso que bien puede desarrollarse normalmente y concluir con el dictado de la sentencia sin que el deudor tenga ninguna participación; es por ello que la doctrina⁴² señala que no es necesario citar al subrogado ajuicio. Sin embargo, esa misma doctrina reconoce que la intervención del deudor puede ser útil, desde varios puntos de vista; así, puede aportar valiosa información para la causa, como, por ejemplo, acreditar que es solvente probando de este modo que el subrogante carece de interés legítimo; en particular para el tercero demandado, la intervención del deudor será útil, porque si éste participa en el juicio y la sentencia resuelve rechazar la pretensión del subrogante, ese rechazo será oponible también al deudor subrogado; en cambio, si éste no participa en el juicio, la sentencia no le será oponible y podrá nuevamente plantear la demanda contra el tercero sin que éste le pueda invocar que existe cosa juzgada. Por estas razones se acepta que es conveniente que el deudor sea citado ajuicio por el acreedor subrogante, por el tercero demandado o de oficio por el juez; incluso, se admite que por su propia iniciativa el deudor intervenga en el juicio.

Tampoco es necesario que el acreedor solicite autorización judicial para subrogarse en los derechos y acciones de su deudor. En épocas pasadas se pensaba que la autorización judicial era necesaria para evitar que el subrogante se hiciera justicia por mano propia; es decir, así como no podía tomar los bienes de su deudor sin sentencia del juez, así tampoco podía —se argumentaba— demandar a un tercero (deudor de su deudor) para cobrarse su crédito sin autorización judicial. Pero esta argumentación resulta hoy inaceptable, por cuanto el subrogante no tiene atribuciones sobre los bienes del tercero demandado más allá de incorporarlos —si triunfa— al patrimonio del subrogado, desde donde —luego— podrá tomarlos para cobrarse, siempre que previamente, esta vez sí, el juez dicte sentencia al respecto. Por excepción, en caso de que el deudor hubiese renunciado a una herencia perjudicando así a sus acreedores y éstos decidan —ejerciendo la acción revocatoria— dejar sin efecto esa renuncia y posteriormente aceptar —por subrogación— la precitada herencia, el ejercicio de esa subrogación requiere de previa autorización judicial por disponerlo así el art. 3351.

§ 267. EFECTOS

Es necesario determinar qué consecuencias jurídicas trae consigo el ejercicio de la acción subrogatoria, para lo cual cabe distinguir las relaciones jurídicas que se establecen entre: a) el acreedor subrogante (actor) y el tercero (demandado); b) el subrogante y el deudor subrogado; c) el deudor subrogado y el tercero demandado; y d) el deudor subrogado y otros acreedores.

a) Efectos entre el acreedor subrogante (actor) y el tercero (demandado)

La acción subrogatoria, en tanto indirecta u oblicua, supone que el acreedor ha demandado al deudor de su deudor. Si bien el derecho para usar la vía subrogatoria es un derecho *propio* del acreedor, el derecho que le reclama al tercerones unjteccto *ajeno*, pues pertenece al deudor subrogado. Así las cosas, y como ⁴³ se dijo, la subrogación pone en escena a adversarios *aparentes* $OBK; Kf \wedge \wedge \wedge \wedge \wedge S \wedge s \wedge \wedge c \wedge o s$, que son el subrogado y el tercero. El acreedor subrogante y el tercero demandado son adversarios aparentes, en el sentido de que el primero reemplaza al subrogado y el demandado no le debe al demandante sino al reemplazado.

I) ¿Qué defensas podrá oponer el tercero demandado? Está fuera de toda duda que puede oponer *todas* las defensas que hubiese podido oponerle al subrogado si hubiese sido éste el demandante; si se tiene presente que su adversario efectivo es el subrogado, no se dudará de que puede hacer valer todas las defensas que tenía contra él al momento de contestar la demanda. Es más, si con posterioridad a la contestación de la demanda se producen hechos o actos jurídicos entre el subrogado y el tercero que modifiquen o extingan el crédito que por vía oblicua ha reclamado el subrogante, esos hechos o actos jurídicos podrán ser incorporados ajuicio por el mecanismo procesal del *incidente de hecho nuevo* y ser opuestos al actor; por ejemplo, si después de contestar la demanda, el demandado ha compensado o transado su deuda con el subrogado, podrá hacer valer estas circunstancias en el juicio que se sigue contra él, debiendo el juez rechazar la demanda. En este caso, y en razón de que la extinción del crédito es posterior a la contestación de la demanda, el tercero demandado deberá afrontar las costas del juicio.

También el tercero demandado está habilitado para contrademandar (reconvenir) al subrogado. En efecto, al tiempo de contestar la demanda podrá, a su vez, demandar al subrogado haciendo valer los derechos que tuviera en su contra. Se podría pensar que no siendo el subrogado *parte* en el juicio, la con-

trademanda sería improcedente; sin embargo, cualquier obstáculo quedará superado con la citación ajuicio del subrogado, citación que el tercero deberá concretar al interponer la reconvencción. Si se le negara el derecho de reconvenir, quedaría el tercero en situación de desventaja frente a su adversario efectivo (el subrogado), a quien no podría demandar por la única circunstancia de que fue reemplazado por el subrogante; la acción subrogatoria no puede ser usada en desmedro o con perjuicio para el tercero demandado. Es más, si el demandado tiene motivos para reconvenir, ya no al subrogado, sino al propio subrogante, también podrá hacerlo **; abonan esta tesis, en primer lugar, razones de economía procesal, pues de lo contrario se estaría obligando al demandado a iniciar un nuevo juicio contra el subrogante, con el desgaste que ello supone; en segundo lugar, esta contrademanda quedaría encuadrada entre las hipótesis de acumulación de acciones, en cuyo marco la garantía de la defensa enjuicio y del debido proceso estarán asegurados para el subrogante contra quien, por hipótesis, se dirigirá la contrademanda.

II) En caso de que el tercero demandado sea derrotado en el juicio, ¿el monto de la condena se extenderá a la totalidad del crédito del subrogado o se limitará al monto del crédito del subrogante en caso de que éste sea menor? Supóngase que el subrogado le debe mil pesos al subrogante, en tanto que el tercero le debe al subrogado dos mil pesos; pues bien, se trata de saber si el juez condenará al tercero a pagar únicamente los mil pesos a que el subrogante tiene derecho sobre el subrogado, o si la condena comprenderá la totalidad del crédito del subrogado, es decir, los dos mil pesos. Si bien la doctrina ha mostrado ciertas vacilaciones, estimo que es correcta la tesis que afirma que la condena debe comprender la totalidad del crédito del subrogado. Varias son las razones que la respaldan: 1°) por su carácter conservatorio, la acción subrogatoria está encaminada a mantener la entidad del patrimonio subrogado; por lo tanto, esa finalidad no sería plena si sólo se recuperara una parte del crédito del subrogado; 2°) admitir que la condena deba limitarse al crédito del subrogante importaría tanto como obligar al subrogado a aceptar pagos parciales o fraccionados. En todo caso, si el tercero quiere evitar la condena por la totalidad de lo que él le adeuda al subrogado, podrá dirigirse al subrogante y, asumiendo el carácter de *tercero interesado* (arts. 727 y 728), cancelar su crédito, con lo cual lo privará de interés legítimo, sin el cual la subrogación no podrá prosperar.

ni) Ya se dijo que el crédito o derecho que el subrogante le reclama enjuicio al tercero es *ajeno* pues pertenece al subrogado. A partir de allí, se comprenderá que el subrogante no está habilitado para disponer de ese crédito o derecho sin la intervención del subrogado. No podría, en efecto, acordar una transac-

ción o una compensación, ni siquiera recibir un pago del demandado, sin la participación del interesado directo —el subrogante—, para lo cual éste debe ser citado ajuicio.

b) Efectos entre el acreedor subrogante y el deudor subrogado

Son dos las cuestiones que cabe analizar, por un lado, qué clase de actos realizados u obtenidos por el subrogante serán oponibles al subrogado; por otro lado, qué destino debe darse a la utilidad que obtenga el subrogante con su gestión.

I) Respecto de la primera cuestión, se trata de saber, en concreto, si los actos cumplidos o realizados por el subrogante deben ser soportados por el subrogado; para responder es necesario distinguir si el subrogado fue citado o no a juicio. Si no fue citado ajuicio, ninguno de los actos, trámites o gestiones del subrogante, ni siquiera la sentencia⁴⁵ que se dicte en el juicio respectivo, le serán oponibles; esta conclusión es irrefutable, pues de ninguna manera la subrogación autoriza a prescindir del deudor sustituido a la hora de disponer de sus bienes. Si el deudor fue citado a juicio, la cuestión es distinta; en este caso, aun cuando no comparezca ante el juez, siempre que se haya respetado su derecho de defensa y el debido proceso (art. 18, Const. Nac), los actos procesales cumplidos con posterioridad a la citación, incluida la sentencia, le serán oponibles y no podrá desconocerlos.

Es fundamental, sin embargo, dejar sentado que aun cuando el deudor hubiese sido citado ajuicio, *no le serán* oponibles los actos de *disposición, incautación o apoderamiento* por parte del subrogante, de aquella utilidad que hubiese obtenido del tercero demandado. Como se verá en el párrafo siguiente, lo que se obtenga del tercero debe ingresar primero al patrimonio del subrogado, de donde podrá ser tomado por los acreedores.

II) Respecto de la segunda cuestión, y como fue anticipado, todo lo que el subrogante hubiese obtenido del tercero deberá ingresar al patrimonio del subrogado; éste tendrá sobre dicha utilidad pleno poder de disposición, tal como lo tiene cualquier propietario sobre sus bienes, salvo que el subrogante hubiese trabado embargo sobre esos bienes, solicitado una inhibición u obtenido cualquier otra medida cautelar que prive al subrogado de su poder de disposición. Si el subrogante, como es lógico, pretende cobrar su crédito de los bienes obtenidos del tercero, deberá solicitar una orden de subasta, que podrá plantear ante el mismo juez que dictó la sentencia contra el tercero siempre, claro está, que se le dé al subrogado la oportunidad de defenderse; es importante destacar

⁴⁵ En contra: sostiene que la sentencia le es oponible aunque el subrogado no haya participado en el juicio, Alsina, *Tratado de derecho procesal civil*, 1.1, n° 10, b, p. 351.

que en el trámite de ejecución contra el subrogado debe intervenir el mismo juez que intervino en la acción subrogatoria, porque esta ejecución no es otra cosa que una *ejecución* de la sentencia *.

c) Efectos entre el deudor subrogado y el tercero demandado

Cabe consignar los siguientes efectos: 1°) mientras se sustancia la acción subrogatoria, el deudor subrogado conserva —salvo que estuviese embargado o inhibido— su poder de disposición sobre el crédito, pudiendo cederlo, prendarlo, etc., sin que el tercero demandado pueda impedirlo; 2°) si el subrogado no participa en el juicio, lo que allí ocurra —incluida la sentencia que se dicte— no le será oponible; por lo tanto, aunque la sentencia hubiese favorecido al tercero demandado, éste no podrá valerse de ella y, en consecuencia, podrá ser demandado nuevamente por el subrogado; 3°) si es citado ajuicio, los actos procesales cumplidos, incluida la sentencia, le serán oponibles; por lo tanto, si la sentencia reconoce la existencia o legitimidad del crédito, el subrogado podrá valerse de ella y, llegado el caso, ejecutarla frente a su deudor, en cambio, si la sentencia desconoce el crédito, ya no podrá pretender que el demandado le pague ese crédito.

Le será oponible al subrogado el pago que hiciere el demandado al subrogante si decidió pagar invocando la calidad de *tercero interesado* (sobre esto, *supra*, § 106).

d) Efectos entre el subrogante y otros acreedores del subrogado

Ya se dijo que si el subrogante triunfa, todo lo que obtenga del tercero demandado debe ingresar al patrimonio del subrogado; sobre esos bienes, el subrogante no tiene privilegio ni preferencia, concurriendo en pie de igualdad con otros acreedores del subrogado, lo cual quiere decir que todos cobrarán a prorrata en caso de subasta. Esto es injusto, porque —por hipótesis— los otros acreedores aprovecharán la gestión llevada a cabo por el subrogante que decidió, a su costa, suplir la actitud negligente del deudor común; es por ello aconsejable que quien intente una acción subrogatoria solicite, desde el inicio de la gestión, que el juez ordene el embargo de los bienes que se obtendrán del tercero demandado, pues el embargo decretado a favor del subrogante le dará una posición de preferencia respecto de otros acreedores del subrogado.

C) LAS ACCIONES DIRECTAS

§ 268. NOCIÓN. CARÁCTER EXCEPCIONAL

Quedó expuesto que cuando un deudor es omiso y no ejerce los derechos patrimoniales que tiene contra su propio deudor, perjudica a sus acreedores; con el fin de tutelar el derecho de crédito, la ley autoriza a los acreedores del deudor omiso: a) para que lo reemplacen mediante la acción subrogatoria; b) en algunos casos excepcionales y por razones justificadas, la ley autoriza a los acreedores a demandar a los deudores del deudor y cobrar sus créditos directamente de lo que obtengan del demandado (acciones *directas*).

Por consiguiente, se llaman acciones directas a "aquellas que la ley concede a ciertos acreedores para que demanden al deudor del deudor omiso y cobren directamente de lo que obtengan del tercero demandado, la totalidad del crédito del accionante o hasta el límite de lo que el demandado adeuda". Es de destacar la ventaja que una acción directa tiene sobre una subrogatoria, porque en la directa la utilidad que el acreedor obtenga del tercero demandado se destinará directamente a pagar el crédito del accionante sin pasar por el patrimonio del deudor; en cambio y como ya fue dicho, en la acción subrogatoria lo que el subrogante obtenga ingresará al patrimonio del subrogado e integrará la garantía común. Mientras una acción directa favorece exclusivamente al accionante, la subrogatoria favorece a todos los acreedores.

Las acciones directas tienen carácter excepcional. Si la regla es que los acreedores no pueden inmiscuirse en los asuntos patrimoniales de su deudor, con mayor razón no están habilitados para demandar a los deudores del deudor y pretender que éstos paguen directamente el crédito del demandante; esa posibilidad sólo puede ser acordada por la ley en casos concretos, por razones especiales y en términos expresos (p.ej., art. 1645).

§ 269. CONDICIONES DE EJERCICIO. EFECTOS

Para el ejercicio de una acción directa es necesario:

a) Que el demandante sea titular de un crédito, cierto, líquido y exigible contra su propio deudor, por consiguiente, si su crédito es condicional o a plazo o si por otra razón todavía no es exigible, no estará habilitado para intentar la acción directa. La razón radica en que, tratándose precisamente de una acción directa, su objeto consiste en que el demandado pague el crédito, pero, ¿cómo va a pagar si el crédito del accionante todavía no es exigible? Si se tratara de una acción subrogatoria, la cuestión sería diferente porque en este caso sí podría demandar aunque el crédito no fuese exigible, ya que con la subrogatoria no se persigue el cobro directo sino sólo la conservación del patrimonio del deudor⁴⁷.

En contra, afirma, sin ofrecer sus fundamentos, que para el ejercicio de la acción directa

b) Que el objeto del crédito del accionante sea homogéneo, es decir, coincida con el objeto del pago a que puede ser condenado el demandado *^o; así, por ejemplo, si el acreedor tiene derecho a suma de dinero y el tercero demandado adeuda una suma de dinero, la acción directa será factible; en cambio, si el objeto del crédito y el objeto del pago no coinciden, debe descartarse la acción directa, salvo que la obligación se resuelva en una obligación de dar dinero o que las partes —actor y demandado— se pongan de acuerdo sobre el objeto.

El ejercicio de una acción directa produce los siguientes efectos:

a) El más importante es que habilita al demandante a incautar bienes del demandado para aplicarlos al cobro de su crédito, sin ingresarlos previamente al patrimonio del deudor originario; se trata de un cobro directo. La circunstancia de que los bienes incautados no ingresen al patrimonio del deudor originario constituye para el demandante una notable ventaja, pues debe ser considerado beneficiario exclusivo de su gestión y no tendrá que pujar con otros acreedores de aquel deudor respecto de los bienes incautados.

b) La demanda deberá admitirse, si así correspondiere, por la totalidad del crédito del demandante. Cabe aquí discriminar 1) si la suma adeudada por el demandado es mayor, después de pagado el demandante, quedará un remanente que corresponde al deudor originario en su carácter de acreedor del demandado; 2°) si la suma adeudada por el demandado es menor, entonces se habrá concretado un pago parcial al demandante, quien conservará, por el saldo, un crédito contra el deudor originario.

c) El pago, total o parcial, que como consecuencia de la acción directa se haga por parte del demandado al demandante, extinguirá la obligación del primero respecto del deudor originario —su acreedor— aunque éste no hubiese sido citado a juicio.

§ 270. DISTINTOS CASOS DE ACCIÓN DIRECTA

Con carácter excepcional, en nuestro Código Civil se encuentran los siguientes casos de acciones directas:

a) En el contrato de locación de cosas, cuando el locatario cede a un tercero (sublocatario) el contrato, el locador tendrá acción directa contra este tercero para exigir de él el cumplimiento de las obligaciones emergentes de la locación; asimismo, el tercero también tendrá acción directa contra el locador para exigirle el cumplimiento del contrato (arts. 1589, 1591, 1592, etc.).

no es necesario que el crédito del accionante sea líquido y exigible: Borda, *Obligaciones*, 11, n° 255, p. 239.

⁴⁰ Sobre objeto del crédito y objeto del pago, ver *supra*, § 132.

b) En los contratos de obra, cuando el dueño de la obra adeuda todo o parte del precio al empresario que ha ejecutado la construcción y éste, a su vez, adeuda el precio de los materiales empleados o la remuneración por la mano de obra prestada por los trabajadores, tanto el comerciante que puso los materiales como los trabajadores tendrán acción directa contra el dueño de la obra para exigirle el cobro de sus créditos hasta el límite de lo que él le debe al empresario (art. 1645).

c) En el contrato de mandato, en los casos en que el mandatario puede sustituir sus poderes en un tercero, el mandante tiene acción directa contra el sustituido y éste la tiene contra el mandante, por las obligaciones que correspondieren a la ejecución del mandato (arts. 1926, 1927, etc.).

§ 271. COMPARACIÓN CON LA ACCIÓN SUBROGATORIA

La acción directa y la subrogatoria se diferencian por lo siguiente:

a) En la subrogatoria, el beneficio que se obtenga ingresará al patrimonio del subrogado; en la directa, el beneficio podrá ser incautado por el accionante sin pasar primero por el patrimonio del deudor originario; b) en la subrogatoria, la gestión del subrogante favorecerá a todos los acreedores del subrogado; en la directa, el accionante es el beneficiario exclusivo de su gestión; c) en la subrogatoria, el subrogado conserva el poder de disposición sobre el crédito (salvo que hubiese sido embargado) hasta tanto no sea desapoderado por el juez; en la directa, a partir de la notificación de la demanda el deudor originario (acreedor del demandado) queda impedido de ejercer actos de disposición sobre el crédito, como recibir pagos, transar, compensar, etc., y en caso de que los hiciera, tales actos serán inoponibles al demandante; d) en la subrogatoria, el subrogante debe demandar la totalidad del crédito que el demandado adeuda al deudor originario; en la directa, el demandante debe limitar su demanda al monto de su crédito contra el deudor originario.

D) LA ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA

§ 272. NOCIÓN, MÉTODO

a) *Noción*

Siempre con el propósito de proteger o tutelar el crédito, la ley confiere a los acreedores la acción revocatoria —llamada también *pauliana* en recuerdo del romano Paulo a quien se le atribuye su paternidad— destinada, en sustancia, a dejar sin efecto aquellos actos del deudor que perjudiquen a los acreedores. Ante todo se ha de tener presente que la acción revocatoria es un remedio legal, concretamente una acción judicial, que se otorga a los acreedores para

que puedan impugnar uno o más actos del deudor, cuando tales actos perjudiquen el interés patrimonial de aquéllos; el ejercicio de esta acción tiene por objeto obtener una sentencia en cuya "Virtud los efectos del acto impugnado no sean oponibles al acreedor demandante. A diferencia de lo que ocurre con la acción subrogatoria, cuyo ejercicio supone la *inacción* del deudor, la acción revocatoria puede entrar a funcionar cuando el deudor celebra un acto cuyos efectos perjudican a sus acreedores.

Nuestro Código Civil no nos da una definición de la acción revocatoria; se limita a establecer en el art. 961 que "Todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos". Se advierte que la hipótesis que sirve de base a esta acción es la siguiente: un deudor insolvente, o en trance de insolvencia, decide vender o enajenar sus bienes, con el fin de que sus acreedores no puedan ejecutar o subastar esos bienes; para remediar esta situación, los acreedores pueden impugnar la venta o enajenación mediante la acción revocatoria, solicitando al juez que declare en su sentencia que los efectos de los actos impugnados no serán oponibles al acreedor demandante.

b) Método

Nuestro Código Civil trata esta acción dentro del título de los "Actos jurídicos" (arts. 961 a 972 inclusive) porque el codificador consideró, siguiendo a Freitas, que los actos susceptibles de ser revocados son aquellos que adolecen del vicio de fraude; por eso se los llama también actos fraudulentos. Por su vinculación con la teoría del acto jurídico, algunos autores omiten tratar lo referente a la acción revocatoria entre los capítulos de la teoría de las obligaciones, remitiéndose a la "parte general"⁴⁹. Sin embargo, se estima que su estudio no puede ser desplazado de la teoría de las obligaciones, por una sola y principal razón: se trata de una acción que se concede *exclusivamente* a los acreedores por su condición de tales.

§ 273. NATURALEZA Y CARACTERES. LEGITIMACIÓN

a) Naturaleza de la acción revocatoria, Inoponibilidad

Para explicar la naturaleza de la acción revocatoria cabe afirmar, como punto de partida, que no constituye una acción de nulidad, en el sentido de que su consecuencia no es privar al acto impugnado de sus efectos. Por el contrario, el acto revocable será válido y producirá plenos efectos tanto entre las partes que lo celebraron, como respecto de los terceros en general; por excepción, no

⁴⁹ Ése es el método que adoptan, p.ej., Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 402, p. 520 y Borda, *Obligaciones*, 11, 219, p. 218.

tendrá efecto respecto del o de los acreedores que lo hubieren impugnado judicialmente. Por eso se dice que la acción revocatoria tiende, en definitiva, a que se declare la *inoponibilidad* de ese acto respecto del acreedor demandante.

La revocatoria es una acción de inoponibilidad. Lo que al derecho de obligaciones le interesa es que los actos que perjudiquen a los acreedores —calificados como actos revocables— pueden ser declarados inoponibles respecto de ellos, aunque sean válidos entre las partes que los celebraron o con relación a otros terceros. Desde esta perspectiva, el ejercicio de la acción revocatoria corresponde al o a los acreedores que se consideren perjudicados por un acto *revocable* del deudor y la ejercerán con el objeto de que tal acto sea declarado inoponible, sin perjuicio de que produzca otros efectos.

b) *Caracteres*

La acción pauliana se caracteriza por ser

I) *Personal*: porque ha sido concedida por la ley a todo acreedor que se considere perjudicado por el deudor, para que pueda ejercerla en su propio nombre y directamente contra quienes fueron los partícipes del acto.

U) *Individual*: lo es en dos sentidos: 1°) porque para su ejercicio no es necesario que existan o concurren varios acreedores; puede existir un solo acreedor y ese único podrá interponerla; 2°) porque el beneficio que pueda obtener el acreedor que hizo uso de la revocatoria podrá ser aprovechado exclusivamente por él.

LU) *Subsidiaria*: porque para que pueda ser ejercida, es necesario que el deudor se encuentre en estado de insolvencia, es decir, es reconocida en subsidio cuando el deudor carece de bienes.

IV) *Conservatoria*: porque, con relación al crédito del demandante, tiende a mantener el patrimonio del deudor en el mismo estado en que se encontraba antes de la realización del acto revocable.

c) *Legitimación*

¿A quién corresponde la acción revocatoria? Si se busca la respuesta en la letra del art. 961, se encontrará que allí dice que "todo acreedor *quirografario* puede demandar la revocación", con lo cual pareciera que están excluidos los acreedores privilegiados. Sin embargo, hay acuerdo en la doctrina respecto de que también los privilegiados pueden ser titulares de esta acción, atribuyéndose la redacción limitativa del artículo a la circunstancia de que, en la mayoría de los casos, los afectados son los quirografarios, pero se admite que ello no descarta que un acreedor hipotecario, por ejemplo, pueda verse perjudicado, en un caso concreto, por un acto de su deudor y tener por esta razón interés legítimo para plantear la demanda de revocación. Por lo tanto, lo que resulta decisivo

para reconocer —o no— interés legítimo en el demandante no es el carácter quirografario o privilegiado del acreedor que intente la acción, sino si se ha probado —o no— que el acto del deudor le causa un perjuicio concreto y actual.

Respecto de la legitimación pasiva cabe decir que la demanda debe ser dirigida contra el deudor y el tercero, quienes, por hipótesis, han sido *partes celebrantes* del acto impugnado. La acción revocatoria alcanzará su objeto sólo si la sentencia a dictarse resulta vinculante para ambos demandados; en tal caso, ninguno de ellos, ni el deudor ni el tercero que contrató con él, podrán invocar la existencia ni los efectos del acto impugnado frente al acreedor demandante.

§ 274. REQUISITOS

Los requisitos se clasifican en: *a) generales y b) específicos* para el caso de que el acto impugnado se haya celebrado a título oneroso. Veamos:

a) Requisitos generales

Los requisitos generales están enunciados en el art. 962 y son tres, a saber:

I) En primer lugar, es necesario que el deudor "*...se halle en estado de insolvencia...*" (art. 962, inc. 1). La insolvencia del deudor es un requisito esencial, pues si es solvente, es decir, si tiene bienes suficientes para pagar sus deudas, no se justifica que un acreedor pretenda que un acto celebrado por el deudor con un tercero sea declarado inoponible respecto de ese acreedor, la insolvencia del deudor justifica el interés legítimo del acreedor demandante, interés sin el cual la acción no será admitida. Sobre este requisito cabe dejar establecidas tres cuestiones: 1°) la insolvencia debe existir al momento en que el acreedor intente la acción; 2°) corresponde al acreedor probar la insolvencia del deudor, para lo cual puede valerse de cualquier medio de prueba; es importante probar que el deudor no tiene bienes registrables inscriptos a su nombre o que se han iniciado ejecuciones en su contra que no pueden ser afrontadas o que se encuentra en estado de cesación de pagos; 3°) el acreedor estará eximido de probar la insolvencia, cuando éste hubiese sido declarado en concurso preventivo o quiebra, en los términos de la ley 24.522, pues la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra presuponen —*iure et de iure*— que el deudor se encuentra insolvente y en cesación de pagos.

II) En segundo lugar, es necesario que "*...el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor...*" (art. 962, inc. 2). Exige aquí la ley que el acreedor pruebe que el acto del deudor ha provocado o agravado su insolvencia; es decir, el actor debe acreditar que el acto impugnado tiene directa e inmediata incidencia en el estado de insolvencia del deudor y, por ende, que es como consecuencia de ese acto que el crédito del actor no será satisfecho. A la inver-

sa, si el deudor acredita que la enajenación que se le impugna no causa su insolvencia, la acción revocatoria debe ser rechazada.

n) El último de los requisitos generales consiste en que *"el crédito, en virtud del cual se intenta la acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor"* (art. 962, inc. 3). La ley quiere proteger al acreedor que ha otorgado el crédito en un momento en que el deudor era solvente y luego, por un acto fraudulento, se ha vuelto insolvente; está claro, entonces, que la tutela se concede al acreedor cuyo crédito es de fecha anterior al acto impugnado.

Una importante excepción al requisito de la "fecha anterior" se encuentra en el art. 963, a cuyo tenor *"Exceptúanse de la condición 3ª del artículo anterior, las enajenaciones hechas por el que ha cometido un crimen, aunque consumadas antes del delito, si fuesen ejecutadas para salvar la responsabilidad del acto, las cuales pueden ser revocadas por los que tengan derecho a ser indemnizados de los daños y perjuicios que les irroque el crimen"*. El que ha sufrido daños causados por una persona que, previamente y con el fin de eludir su responsabilidad, ha enajenado sus bienes, puede demandar se declare la inoponibilidad de aquellas enajenaciones y así poder incautar o subastar los bienes que antes del hecho integraban el patrimonio del obligado; la circunstancia de que en estos casos el crédito del demandante sea de fecha "posterior" a las enajenaciones no es un obstáculo para la procedencia de la acción. La excepción está justificada porque se trata de enajenaciones dolosas, realizadas con el exclusivo fin de eludir responsabilidad.

b) Actos a título gratuito

Si el acto impugnado se ha celebrado a título gratuito (v.gr., donación, cesión gratuita, etc.), al acreedor demandante le bastará probar que concurren los tres requisitos generales para que la acción prospere; es decir, si prueba que el deudor es insolvente, que el perjuicio resulta del mismo acto impugnado y que su crédito es de fecha anterior al acto, obtendrá la declaración judicial de inoponibilidad. No es necesario que el actor pruebe, además, que el que adquirió el derecho transferido por el deudor insolvente actuó de mala fe, conociendo su insolvencia o en complicidad con él. Tratándose de un acto a título gratuito, es irrelevante la buena o mala fe del adquirente; así resulta en claros términos del art. 967, a cuyo tenor, si el acto del deudor insolvente fuere a título gratuito, puede ser revocado a solicitud de los acreedores *"...aun cuando aquel a quien sus bienes hubiesen pasado, ignorase la insolvencia del deudor"*.

c) Actos a título oneroso. Requisitos específicos

Además de los requisitos generales indicados en los párrafos precedentes, la acción revocatoria está supeditada a la concurrencia de otros requisitos espe-

cíficos, exigibles cuando el acto impugnado se ha celebrado a título oneroso. Tales requisitos son la intención de defraudar por parte del deudor y la complicidad del tercero adquirente que hatercibido tes btenes4tód@ud©r. Según el art. 968: "Si la acción de los acreedores es dirigida contra un acto del deudor a título oneroso, es preciso para la revocación del acto, que el deudor haya querido por ese medio defraudar a sus acreedores, y que el tercero con el cual ha contratado, haya sido cómplice en el fraude".

Del texto transcrito resulta que es necesario:

1º) Que el deudor haya obrado, al celebrar el acto impugnado, con intención de perjudicar a sus acreedores; esta intención se presume si al tiempo de celebrar el acto, el deudor se encontraba en estado de insolvencia (art. 969, primera parte).

2º) Que el adquirente haya obrado en complicidad con el deudor; esta complicidad se presume si el tercero conocía, al tiempo de celebrar el acto, la insolvencia del deudor.

Respecto de la prueba se observarán estas reglas: a) corresponde al acreedor probar tanto la intención del deudor como la complicidad del tercero; b) probada la insolvencia del deudor, se presume que actuó con intención de perjudicar, se trata de una presunción *iuris tantum*, porque se admite la prueba en contrario; c) si bien no será fácil que el acreedor pruebe la complicidad del tercero, no sólo podrá valerse de cualquier medio probatorio, sino que le bastará probar que el tercero *conocía* la insolvencia del deudor, porque ese conocimiento hace presumir su complicidad; también en este caso se trata de una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada por la prueba en contrario; d) si se prueba, en forma directa o indirecta, la complicidad del tercero, quedará también probada la intención del deudor, por aquello de que el tercero no puede ser cómplice si el deudor no hubiese querido defraudar.

§ 275. EFECTOS

a) Principio general Inoponibilidad

Ya se dijo que la acción revocatoria no es una acción de nulidad so, sino una acción de inoponibilidad. El acto inoponible es un acto *válido* entre partes y respecto de los terceros en general, pero no produce efectos respecto de un determinado tercero: el acreedor que lo impugnó judicialmente; respecto de este acreedor, aquel acto —válido para los demás— es inoponible si. Por la tanto:

⁵⁰ *Supra*, § 273, a). Para otros, autores, el efecto principal de la acción revocatoria consiste en que el acto impugnado queda sin efecto (art. 1045): Nélida E. Trincavelli, *Acción pauliana*, p.86.

⁵¹ Cfr. R. Martínez Ruiz, *Distinción entre acto nulo y acto inoponible*, en "J. A.", 1943-IV-355.

1º) el acto impugnado producirá sus efectos respecto de las partes contratantes (deudor y tercero) y respecto de otros terceros; 2º) no producirá efectos respecto del acreedor que ha demandado Ja-revóación., v

Sentado el principio general, cabe enunciar las consecuencias de la acción revocatoria respecto del acreedor demandante, del adquirente o subadquirente del derecho y de los demás acreedores del deudor.

b) Respecto del acreedor demandante

Fue dicho que la inoponibilidad determina que el acto impugnado no produzca efectos respecto del acreedor demandante. Siendo así, éste tiene derecho para embargar y, en su caso, pedir la subasta de los bienes que el deudor hubiese enajenado al tercero y de lo que se obtenga en la subasta cobrará su crédito; si quedare algún remanente o saldo después de pagado el acreedor, ese saldo pertenecerá al adquirente, porque para él, como ya se dijo, el acto impugnado es válido.

El beneficio que se obtiene de la acción revocatoria no se expande a otros acreedores, sino que beneficia exclusivamente al acreedor demandante; así resulta del art. 965, a cuyo tenor: "La revocación de los actos del deudor será sólo pronunciada en el interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos".

c) Respecto del adquirente

A partir del principio general, el acto impugnado es válido entre partes, razón por la cual el adquirente puede tener legítimo interés en satisfacer el crédito de quien lo ha impugnado para evitar la pérdida total o parcial de los bienes que recibió del deudor. Con este propósito, la ley le confiere el derecho de desinteresar al accionante en el art. 966, en los siguiente términos: "El tercero a quien hubiesen pasado los bienes del deudor, puede hacer cesar la acción de los acreedores, satisfaciendo el crédito de los que se hubiesen presentado, o dando fianzas suficientes sobre el pago íntegro de sus créditos, si los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlos". Para evitar la pérdida de lo que le transfirió el deudor, puede el adquirente: a) pagar el crédito del accionante, supuesto típico de pago por tercero, pago que el accionante no podrá rechazar (art. 729) y que tendrá efecto subrogatorio (art. 768); b) ofrecer caución suficiente, real o personal, que asegure al demandante el cobro íntegro de su crédito.

d) Respecto del subadquirente

Puede ocurrir que la persona que recibió los bienes del deudor los hubiese transferido, a su vez, a un subadquirente. ¿Cuál es la situación jurídica de éste?

Según el art. 970, es necesario distinguir según que la segunda transferencia se hubiese hecho por título gratuito o por título oneroso. En el primer caso (título gratuito), para que la acción de los acreedores contra el subadquirente sea *admisibile* sólo se requiere que se acredite la concurrencia de los requisitos generales (art. 970, primera parte). En el segundo caso (título oneroso), la acción sólo será procedente "en el caso de que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude" (art. 970, segunda parte). Estas reglas son generalizables: en caso de sucesivas transferencias a título gratuito bastará la concurrencia de los requisitos generales; si las transferencias se han hecho a título oneroso, se deberá probar la complicidad del adquirente, pero si uno de los subadquirentes logra probar que no fue cómplice, la acción debe ser rechazada tanto respecto de quien aportó esa prueba, como de sus sucesivos adquirentes.

e) Obligación de restituir

Si la acción revocatoria tiene éxito, declarada la inoponibilidad de la transferencia de bienes respecto del demandante, el que los adquirió debe restituirlos; esa obligación de restituir debe sujetarse a las siguientes reglas, de acuerdo con lo que disponen los arts. 971 y 972:

1°) Si la transferencia fue a título gratuito y aunque el adquirente haya obrado de buena fe, desconociendo la insolvencia del deudor, está obligado a restituir lo recibido hasta el límite del crédito del demandante; pero, en razón de su buena fe, no estará obligado a restituir los frutos, ni responde por los daños y perjuicios que la enajenación hubiese causado. Téngase presente que en las enajenaciones a título gratuito no es necesario que el adquirente haya obrado de mala fe; aun siendo de buena fe está obligado a restituir. Es más, si el adquirente gratuito, a su vez, transfirió a título oneroso los bienes a un subadquirente, está obligado a restituir lo que hubiese recibido del subadquirente⁵².

2°) Si la transferencia fue a título gratuito y el adquirente ha recibido de mala fe, conociendo la insolvencia del deudor, está obligado a restituir lo que se le dio, con los frutos percibidos o que pudieron percibirse.

3°) Si la transferencia fue a título oneroso y el adquirente ha obrado de mala fe, debe restituir lo recibido con sus frutos, como poseedor de mala fe (art. 971). Si, a su vez, transfirió los bienes a un subadquirente de buena fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios; también estará obligado a indemnizar si la cosa se hubiese perdido en su poder, aunque la pérdida haya ocurrido por caso fortuito (art. 972)

4°) Por último, si la transferencia fue a título oneroso y el adquirente ha obrado de buena fe, no prosperará la revocatoria pues, como se dijo, en las enajenaciones onerosas es requisito esencial para admitir esta acción que el demandante pruebe que el adquirente obró de mala fe «en complicidad con el deudor».

f) Respecto de otros acreedores del enajenante

Ya se dijo que la acción revocatoria sólo puede favorecer a aquel que la promovió (art. 965) y sólo hasta el importe de su crédito. Por lo tanto, la situación jurídica de los restantes acreedores del deudor no se modifica respecto de la que existía antes de la promoción de la demanda. También se dijo que si luego de pagado el demandante, queda un saldo o remanente de los bienes enajenados, ese saldo pertenece al adquirente porque respecto de él el acto impugnado es válido.

§ 276. PRESCRIPCIÓN. DIFERENCIA CON LA ACCIÓN SUBROGATORIA

a) Prescripción

Es importante dejar establecido que la acción revocatoria tiene, según lo dispone el art. 4033, un plazo de prescripción de un año, plazo que debe contarse desde la fecha "en que tuvo lugar el acto" o, en su defecto, desde la fecha en que los acreedores "tuvieron noticia del hecho".

b) Diferencia con la acción subrogatoria

Las acciones subrogatoria y revocatoria tienen elementos comunes porque: 1°) ambas son de contenido patrimonial; 2°) se conceden a los acreedores; 3°) se fundan en el principio de que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores; 4°) ambas tienden a evitar o atenuar la insolvencia del deudor; 5°) se conceden en subsidio, para el caso de que el deudor no pueda afrontar sus obligaciones.

Pero presentan notorias diferencias.

1°) En la subrogatoria, el acreedor ejerce la acción en nombre de su deudor, en la revocatoria, el acreedor ejerce la acción en nombre propio; 2°) la acción subrogatoria se dirige contra el deudor del deudor; la revocatoria se dirige contra el deudor y el tercero a quien se transfirieron los bienes; 3°) la subrogatoria aprovecha a todos los acreedores y no sólo al que intentó la acción; la revocatoria beneficia exclusivamente al acreedor que promovió la demanda; 4°) la subrogatoria se funda en la inacción del deudor; la revocatoria se concede porque el deudor ha ejecutado actos que perjudican a los acreedores; 5°) la subrogatoria no tiene un plazo de prescripción propio; la revocatoria sí tiene un plazo de prescripción propio, un año (art 4033).

§ 277. RELACIONES CON LA ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL

Si el deudor en estado de insolvencia es declarado en **quiebra** la ley (ley 24.522) prevé mecanismos tendientes a reconstituir el patrimonio del quebrado, declarando ineficaces los actos de disposición de bienes celebrados por éste durante un período —denominado "período de sospecha"— que comprende los dos años precedentes a la declaración de quiebra, para que los acreedores del quebrado puedan hacer efectivos sus créditos con la liquidación de esos bienes. Estos mecanismos constituyen lo que se denomina acción revocatoria concursal, en atención a que opera en el marco de un proceso de liquidación del patrimonio del deudor. En otros términos, todos los actos de disposición realizados por el deudor durante los dos años anteriores a su declaración de quiebra, serán declarados ineficaces para la masa de acreedores, porque la ley presume que son actos fraudulentos⁵⁴.

Es necesario discriminar:

a) Actos ineficaces de pleno derecho

Son ineficaces respecto de los acreedores los actos realizados por el deudor en el período de sospecha, que consistan en: 1°) actos a título gratuito; 2°) pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad; 3°) constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía (supuestos enumerados en el art. 118, ley 24.522).

Se trata de actos ineficaces de pleno derecho, porque la declaración de ineficacia se pronuncia por el juez sin necesidad de acción o petición expresa y sin tramitación. La resolución es apelable y recurrible por vía incidental (art. 118, segundo párrafo).

b) Actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos

Fuera de los declarados ineficaces de pleno derecho enumerados en el párrafo anterior, los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha, pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. El tercero que celebró el acto ineficaz con el quebrado puede evitar la declaración de ineficacia probando que el acto no causó perjuicio (art. 119, ley 24.522).

⁵⁴ Sobre el tema, puede verse: Grillo, *Período de sospecha en la Ley de Concursos. Efectos retroactivos de la quiebra*, Astrea, Buenos Aires; Barbieri, *Nuevo régimen de concursos y quiebras*. Ley 24.552, Universidad, Buenos Aires.

Según el art. 119 de la ley citada, esta declaración debe reclamarse por acción que se deduce ante el juez de la quiebra y tramita por vía ordinaria, salvo que por acuerdo de partes se opte por hacerlo por incidente. La acción es ejercida por el síndico; está sujeta a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible y no está sometida a tributo previo, sin perjuicio de su pago por quien resulte vencido. La acción perime a los seis meses.

c) Acción concedida a los acreedores

Sin perjuicio de la responsabilidad del síndico, cualquier acreedor interesado puede deducir a su costa esta acción, después de transcurridos treinta días desde que haya intimado judicialmente a aquél para que la inicie. El acreedor que promueve esta acción no puede requerir beneficio de litigar sin gastos y, a pedido de parte y en cualquier estado del juicio, el juez puede ordenar que el tercero afiance las eventuales costas del proceso a cuyo efecto las estimará provisionalmente. No prestada la caución, el juicio se tiene por desistido con costas al accionante (art. 120).

d) La acción revocatoria ordinaria

Según la ley específica (art. 120, ley 24.522), la acción regulada por los arts. 961 a 972 del Cód. Civil sólo puede ser intentada o continuada por los acreedores después de haber intimado al síndico para que la inicie o prosiga, sustituyendo al actor, en el término de treinta días.

En cualquier caso, si se declara la ineficacia, el acreedor tiene derecho al resarcimiento de sus gastos y a una preferencia especial sobre los bienes recuperados, que determina el juez entre la tercera y la décima parte del producido de éstos, con límite en el monto de su crédito (art. 120).

E) LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

§ 278. INTRODUCCIÓN

a) Método: los problemas a considerar

El estudio sobre la simulación de los actos jurídicos corresponde a la "Parte general"⁵⁵, por ello nuestro Código Civil trata el tema a propósito de los vi-

⁵⁵ Si bien afirmar que el estudio de la simulación corresponde a la teoría general del acto jurídico no requiere ninguna justificación, es pertinente señalar que, según la más calificada doctrina, su punto de partida está constituido por las relaciones que existen entre la voluntad interna

cios de los actos jurídicos {arts. 955 a 960). Aquí, en el marco de la teoría de la relación de obligación —puesto que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores—, interesa la protección de los derechos del acreedor cuando se presentan dos situaciones concretas relacionadas con la simulación: a) cuando el deudor se ha desprendido de sus bienes mediante la celebración de actos simulados tendientes a aparentar insolvencia; b) cuando el deudor afirma que los bienes existentes en su patrimonio sólo le pertenecen en apariencia, ya que está obligado por contradocumento a devolverlos a un tercero. Me ocuparé de la simulación circunscribiendo el asunto al examen de los problemas enunciados.

b) Concepto de simulación

Conviene precisar la terminología para facilitar el ulterior desarrollo: a) por su raíz etimológica, simulación quiere decir "hacer similar, dar aspecto y semejanza de verdadero a lo no verdadero"; b) simular es hacer aparecer como real lo que no es; c) disimular es ocultar lo que es real⁵⁶. Para el derecho, en términos generales se puede decir que hay simulación "cuando los contratantes crean, con su declaración, sólo la apariencia exterior de un contrato, del cual no quieren los efectos, o crean la apariencia exterior de un contrato diverso del querido por ellos"⁵⁷. La simulación se puede llevar a cabo recurriendo a manio-
bras o declaraciones de variado contenido; nuestro Código Civil nos brinda una enunciación de supuestos en que un negocio jurídico ha de reputarse simulado, al describir que hay simulación "cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten" (art. 955)⁵⁸.

y la declaración, temática propia de aquella teoría; p. ej., Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 2, trad. de R. Atard y J. A. De la Puente; Mosset Iturraspe, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, 1.1, n° 3, p. 17.

⁵⁶ Esa terminología es usual; además: *simulador* es el que con habilidad hace creer que un acto insincero es verdadero: Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 42.

⁵⁷ Es la definición de Galgano, *El negocio jurídico*, n° 82, p. 335, trad. de F. de P. Blasco Gaseó y L. Prats Albentosa. Para Ferrara, la simulaciones "la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo": Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 56. Según Betti, existe simulación "cuando las partes de un negocio bilateral, de acuerdo entre ellas —o el autor de una declaración con destinatario determinado en inteligencia con éste—, dictan una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones, persiguiendo a través del negocio un fin (disimulado) divergente de su causa típica" (Betti, *Teoría del negocio jurídico*, § 50, p. 297).

⁵⁸ La doctrina está de acuerdo en que el art. 955 no contiene una definición si no únicamente

La simulación que aquí interesa es la que puede afectar el derecho de crédito de los terceros.

c) Naturaleza

Para desentrañar la naturaleza de la simulación, son pertinentes las siguientes observaciones: *a)* la simulación constituye una hipótesis de conexidad contractual, en el sentido que se trata de una operación compleja que requiere la celebración —por las mismas partes— de por lo menos dos negocios jurídicos, que llegan a ser tres en la simulación relativa; *b)* en efecto, todo tiene inicio en un acuerdo simulatorio que, como se verá enseguida, es en sí mismo un contrato⁵⁹ con ciertas particularidades; *c)* a partir del acuerdo simulatorio, las partes deciden celebrar un negocio simulado (acto no real, aparente) y además, si la simulación es relativa, un negocio disimulado (oculto a los ojos de los terceros); *d)* por ello, en razón de la naturaleza contractual del acuerdo simulatorio, es correcto llamar a las partes involucradas en la simulación como "contratantes", siendo los acreedores de ambas partes, respecto de ellas, terceros; *e)* si bien la simulación requiere siempre la participación de por lo menos dos personas o centros de interés, sólo una de ellas, por lo común, es la beneficiada con la simulación, a ésa se la puede llamar simulador principal; la otra parte, que es la que acompaña a la primera, puede ser llamada cómplice, aunque nada se opone a que, en algunos casos, el acuerdo simulatorio se presente como contrato plurilateral «>;/» los simuladores pueden querer únicamente crear un acto aparente que, en realidad, no produzca efecto alguno (simulación absoluta), o bien pueden querer crear un acto aparente para ocultar otro verdadero (simulación relativa).

una enumeración —no taxativa— de supuestos en los que hay simulación (Zanonni, en Belluscio [dir.] y Zanonni [coord.], *Código Civil*, 14, comentario al art. 955, § 1, p. 387).

⁵⁹ Se podría sostener que el acuerdo simulatorio no es en sí mismo un contrato, sino que se trataría de un hecho o momento prenegocial respecto del contrato simulado (Auricchio, *La simulazione del negozio giuridico*, p. 30, citado por J. Mosset Iturraspe, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, 11, n° 9, p. 33). Sin embargo, el acuerdo reúne todos los requisitos que, según nuestro art. 1137, son necesarios para que exista un contrato; en todo caso, será necesario precisar la categoría contractual a la que pertenece y sus caracteres.

⁶⁰ Sobre esta terminología (simulador principal y cómplice): Morello, *Dos aspectos de la reforma del Código Civil en materia de simulación*, incluido en *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, 1.1, "Parte general", Lex, La Plata, p. 316. El acuerdo simulatorio es, por lo común, un acuerdo de dos, pero puede presentarse como plurilateral cuando, p. ej., participen el simulador principal, un cómplice y un tercero como persona interpuesta (Galgano, *El negocio jurídico*, n° 82, p. 337).

d) Elementos

Por los fundamentos que quedarán expuestos, considero qué los elementos de la simulación son:

- 1°) El acuerdo simulatorio.
- 2°) El negocio simulado.
- 3°) El negocio disimulado (si la simulación es relativa).
- 4°) La *causa simulandi*.

La cuestión no es pacífica. Para Ferrara, los requisitos de la simulación son: 1°) una declaración deliberadamente disconforme con la intención; 2°) concertada de acuerdo entre las partes; 3°) para engañar a terceras personas⁶¹. Se le reprocha a Ferrara la afirmación de que en la simulación existe disconformidad deliberada entre la voluntad interna y la declarada, ya que, en rigor, no hay tal divergencia entre lo que se quiere y lo que se manifiesta; por el contrario: se quiere producir las declaraciones insinceras y se producen esas declaraciones⁶². Para Mosset Iturraspe, la finalidad de engaño no debe reputarse como un requisito autónomo de la simulación, ya que forma parte del acuerdo simulatorio⁶³; para este autor, además, el acuerdo simulatorio y el negocio simulado serían un mismo negocio. Estoy de acuerdo en que la simulación no supone divergencia entre lo querido y lo manifestado; pero, por el contrario, considero que: 1°) la finalidad de engaño, si bien es la causa-fin del acuerdo simulatorio, debe ser analizada—por su importancia— como un requisito autónomo; 2°) el acuerdo simulatorio no debe ser confundido ni identificado, ni con el negocio simulado, ni con el disimulado; en todos los casos se trata de contratos —que, si bien son conexos, son diferentes entre sí—.

1) El acuerdo simulatorio. — Cuando las partes han tomado la decisión de llevar a cabo la simulación, y se ponen de acuerdo sobre lo que harán al respecto, se puede decir que han celebrado un contrato « que puede ser individuali-

⁶¹ Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 44. En palabras de Stolfi: el acto simulado es querido, aunque aparentemente (Stolfi, *Teoría del negocio jurídico*, p. 154, trad. de J. Santos Briz); o en dichos de Betti: el negocio simulado es querido como medio para alcanzar un fin distinto de aquel que su causa representa (Betti, *Teoría del negocio jurídico*, § 50, p. 294).

⁶² Mosset Iturraspe, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, 1.1, n° 3, p. 19.

⁶³ Mosset Iturraspe, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, 1.1, n° 8, p. 30.

⁶⁴ Dice el jurista de Santa Fe: "...no es dable sostener que el acuerdo simulatorio sea un negocio autónomo, con consentimiento, objeto y causa propios, diferente del negocio simulado y, en su caso (simulación relativa), del negocio disimulado" (Mosset Iturraspe, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, 1.1, n° 9, p. 34).

⁶⁵ A partir de la letra del art. 1137 del Cód. Civil, de acuerdo con los postulados de la denominada *tesis amplia*, se puede decir que es contrato "todo acuerdo bilateral patrimonial" (so* bre el tema: López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, "Parte general", § 1). En consecuencia, puesto que los simuladores "se ponen de acuerdo" para celebrar actos patrimoniales tendientes a provocar alguna simulación, se puede decir que aquel acuerdo es, en sí mismo, un contrato.

zado con el nombre de acuerdo simulatorio. Se trata del primero de una serie de contratos conexos que, en conjunto, le darán vida al fenómeno de la simulación. Son notas distintivas de este acuerdo:

1º) Es, cronológicamente, el primero del conjunto de contratos que conformarán la conexidad simulatoria, porque constituye el paso inicial de la simulación; no pierde tal carácter aunque simultáneamente se celebre el negocio simulado, porque éste es —siempre— una consecuencia de ese acuerdo. Es obvio que no se celebrará un negocio simulado si antes las partes no se han puesto de acuerdo para simular. Tampoco dejará de ser el primero, en orden cronológico, aunque la fecha del negocio simulado sea anterior según el instrumento en el que conste este negocio porque en tal caso es ése, precisamente, el elemento simulado.

2º) El contenido de la declaración de la que nace el acuerdo simulatorio es distinto del contenido de los negocios o actos posteriores. En efecto, los simuladores, al ponerse de acuerdo para simular, declaran que, por ejemplo, formalizarán una compraventa simulada con el objeto de ocultar una donación verdadera (simulación relativa); esta declaración, como es natural, difiere de la que deben contener los posteriores negocios de compraventa (simulada) y de donación (disimulada). Por otra parte, en el acuerdo simulatorio se puede hacer constar, además, el contradocumento, pero no autoriza a sostener que éste —el contradocumento— es el acuerdo simulatorio.

3º) Si bien es en sí mismo un contrato, el acuerdo simulatorio tiene naturaleza de contrato preliminar que, por regla general, es bilateral, aunque por excepción puede ser plurilateral porque obliga a ambas partes a celebrar otros contratos que tendrán la apariencia de negocios definitivos.

4º) Por último, es importante señalar que el acuerdo simulatorio tiene, como contrato, los siguientes caracteres: a) es consensual, porque se perfecciona con el simple acuerdo o consentimiento de las partes; b) es creditorio, porque su efecto es el de imponer a ambas partes, como obligación recíproca, la de celebrar el negocio simulado y, en su caso, el disimulado; c) es no formal, porque rige el principio de libertad en la elección de las formas (art. 974), y ello aunque los actos que los simuladores acuerden celebrar sean formales; por ejemplo, si se de-

⁶⁶ Por regla general, el acuerdo simulatorio es *bilateral* en un triple sentido: a) como acto jurídico, porque —en tanto acuerdo— requiere la concurrencia de dos centros de interés; como dice Ferrara, si la simulación es el resultado de un acuerdo entre partes "sale, por lo mismo, del campo de los actos unilaterales" (Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 47); b) como contrato preliminar es también *bilateral*, en tanto ambas partes "prometen" celebrar los negocios futuros (simulado y disimulado); c) como contrato es también bilateralmente creditorio, porque impone obligaciones recíprocas a las partes. Por excepción, cuando se recurre a persona interpuesta para simular, entonces el acuerdo simulatorio se presenta como plurilateral, en el sentido de que deben concurrir tres centros de interés: el del simulador principal, el del cómplice y el de la persona interpuesta.

cide simular una donación inmobiliaria, esa decisión (acuerdo simulatorio) se podrá hacer verbalmente, aunque la donación posterior requiera escritura pública; d) puede ser gratuito u oneroso, según que sólo uno de los simuladores obtenga beneficios de la simulación (acuerdo gratuito), o que ambos simuladores obtengan ventajas y soporten sacrificios recíprocos (acuerdo oneroso).

II) *El negocio simulado*. — El segundo elemento de la simulación es el negocio simulado, que es aquel que los simuladores pretenden aparentar que es serio frente a terceros; es el contrato que los terceros "ven" aunque los simuladores no quieren que produzca efectos; es, en sí mismo, un nuevo contrato, producto del acuerdo simulatorio y conectado con él. Debe contener las cláusulas y los elementos, especialmente la forma, del contrato que se quiere aparentar; por ejemplo, si se quiere simular una donación inmobiliaria, deberá ser formalizada en escritura pública. Por cierto, tendrá los caracteres propios del contrato que se quiere simular.

ni) *El negocio disimulado (si la simulación es relativa)*. — Si la simulación es relativa, se ha de celebrar, además, el negocio disimulado, que es aquel que los simuladores pretenden que quede oculto a los ojos de los terceros; es el negocio verdadero oculto bajo el manto del negocio simulado; por ejemplo, si se simula una compraventa para ocultar una donación, ésta es el negocio disimulado. Por cierto, es también un contrato en sí mismo, conexo con los anteriores, que debe reunir los requisitos propios del contrato que se quiere ocultar.

IV) *La causa "simulandi"*. — Ya se dijo que la causa-fin no es un elemento esencial de la relación de obligación, sino que es esencial del acto voluntario que la crea⁶¹ y consiste en la finalidad que impulsa a las partes a celebrar el acto. En ésta, como en pocas hipótesis, se aprecia la importancia que la causa-fin tiene a los fines de la disciplina jurídica, en este caso, de la simulación. Es verdad que aquí la finalidad debe buscarse en el acuerdo simulatorio, porque allí, en la génesis del fenómeno simulatorio, está presente la motivación: ¿por qué los simuladores acuerdan simular? Con sentido objetivo, abstracto e idéntico para todos los casos de simulación (causalismo clásico), se puede decir que esa finalidad es la de engañar a terceros; distinto es el motivo o finalidad individual que mueve el interés particular de los simuladores; esa causa-fin motivo, puede ser lícita o ilícita.

§ 279. CLASES

Para un adecuado estudio de la simulación corresponde clasificar las distintas especies que pueden presentarse; así: a) según el contenido del acuerdo simulatorio, en simulación absoluta o relativa; b) según la causa-fin motivo, en

simulación lícita e ilícita; c) según la extensión de las cláusulas simuladas, en simulación total o parcial.

a) Simulación absoluta y relativa

I) *Simulación absoluta*. — La simulación es absoluta "cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real" (art. 956, primera parte). Con mayor precisión se puede decir que hay tal simulación cuando las partes celebran un contrato declarando, en documento separado y oculto, que tal contrato no producirá efecto alguno⁶⁸; la intención de los simuladores es crear, frente a terceros, la apariencia de la transmisión de un derecho a favor de determinada persona o la apariencia de la asunción de una obligación a su cargo, pero en realidad no hay transmisión de derecho ni hay asunción de deuda. Se la llama absoluta, porque la intención de los simuladores no se dirige a ningún negocio y sólo está inspirada, habitualmente, en la pretensión de sustraer bienes del patrimonio del enajenante para aparentar que es insolvente y así perjudicar a sus acreedores⁶⁹. Por ejemplo, Juan dona a Pedro un inmueble, pero por contradocumento las partes declaran que esa donación no producirá ningún efecto, ya que Juan sólo busca evitar que ese bien sea subastado por sus acreedores.

JJ) *Simulación relativa*. — La simulación es relativa cuando "se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter" (art. 956, segunda parte). En términos más simples y claros: hay simulación relativa cuando las partes crean la apariencia de un contrato distinto del que efectivamente quieren; la hipótesis presupone la existencia de dos negocios distintos, el simulado, que es el destinado a "aparecer" frente a los terceros, y el disimulado, que es el que realmente quieren las partes y que permanece oculto a los ojos de los terceros⁷⁰. Por ejemplo, Juan pretende beneficiar a uno de sus hijos con una donación, pero para evitar que otros herederos impugnen esa mejora, simula vender el inmueble, con el objeto de disimular la donación.

b) Simulación lícita e ilícita

Esta clasificación está relacionada con la causa-fin.

I) *Simulación lícita*. — Dije que la causa fin objetiva, abstracta e idéntica en toda simulación es la de engañar a terceros; ahora bien, no obstante que engañar quiere decir, en su primera acepción, "dar a la mentira apariencia de ver-

Galgano, *El negocio jurídico*, n° 82, p. 335.

Betti, *Teoría del negocio jurídico*, § 50, p. 297.

Galgano, *El negocio jurídico*, n° 82, p. 336.

dad", se comprenderá que no siempre, ni necesariamente, la simulación ha de causar un daño patrimonial; y si no causa daño, no es ilícita. Corresponde dis-⁷¹ criminar: la causa-fin objetiva no es apta para calificar a una simulación como lícita o ilícita; en cambio, la causa-fin motivo, subjetiva, individual y concreta, sí determinará la licitud o ilicitud de la simulación. Cuando el motivo no es ilícito, tampoco la simulación será reprobada por la ley; por ejemplo, si Juan, con el propósito de conservar sus bienes o sacarlos del asedio de ciertos compradores (causa-fin-motivo), decide simular enajenarlos a Pedro, tal simulación (absoluta) no será ilícita, porque el motivo que la inspira a nadie perjudica. Por ello, el art. 957 dice que la simulación "no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito". Si la simulación fuese relativa, por ejemplo, si Juan simula vender sus bienes a Pedro para ocultar una donación, con el mismo propósito de evitar el asedio de otros posibles compradores, también la simulación será lícita. En este caso, si se descubriera que la enajenación es simulada, quedando en evidencia la donación oculta, siendo ésta seria, no podrá ser anulada, siempre que con ella no se hubiese producido "la violación de una ley, ni perjuicio a tercero" (art. 958).

JJ) *Simulación ilícita*—En términos generales se puede decir que una simulación es ilícita cuando es concertada con el fin (causa-fin motivo) de "violiar las leyes o de perjudicar a un tercero" (art. 959). Se conocen diversas especies de simulaciones ilícitas, de entre las cuales es importante destacan *a)* el fraude al fisco, cuando se recurre a la simulación para evadir el pago de impuestos; *b)* la simulación concertada para burlar una determinada prohibición legal; por ejemplo, para eludir la prohibición de contratar entre los tutores y sus pupilos (art. 1359) se recurre a la interposición de persona para aparentar que el tutor no le vende al pupilo sino a un tercero; *c)* la venta simulada hecha por el causante, para disimular una donación, con el propósito de perjudicar a los herederos forzosos del vendedor, *d)* la enajenación simulada de los bienes de un deudor, para aparentar insolvencia y burlar así el derecho de sus acreedores⁷¹.

c) Simulación total o parcial

I) *Simulación total*. — La simulación es total cuando se extiende a todas las cláusulas del negocio aparente, el que, es obvio, resulta íntegramente simulado. La simulación total, según oculte o no un negocio disimulado, puede ser absoluta o relativa⁷². En particular, una simulación es total cuando lo que se si-

⁷¹ Ver Mosset Iturraspe, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, t. L n° 14, a), ps. 46 y ss.

⁷² No ha de creerse que la simulación total es siempre absoluta y que la parcial es siempre relativa, ya que ambas categorías no se excluyen. Así, una simulación total puede ser relativa si,

muía es la naturaleza del negocio celebrado; así, el reiterado ejemplo de simular una venta para ocultar una donación.

H) *Simulación parcial*. — A la inversa, una simulación es parcial cuando sólo afecta algunas cláusulas o uno de los elementos del negocio aparente. Conviene discriminar:

I') *Simulación de cláusulas*. Puede ocurrir que las partes se limiten a simular una o más cláusulas del contrato en cuyo caso las restantes serían verdaderas; el art. 955 se refiere a este supuesto mencionando que hay simulación cuando "el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas..."; por ejemplo, si en una venta se simula únicamente la cláusula relativa al precio, haciendo aparecer un precio más bajo, para disimular el precio verdadero que el comprador está pagando. La compraventa vale, aunque la cláusula sobre el precio no sea sincera.

2') *Simulación por persona interpuesta*. Un supuesto especial de simulación parcial y relativa, que por su importancia merece una mención aparte, es el que se presenta cuando se recurre a la interposición de persona; en este caso, en el contrato simulado aparece como contratante una persona —sujeto interpuesto— que es una persona distinta del verdadero contratante —contratante interponente— consistiendo la simulación, precisamente, en esa interposición de personas; por ejemplo Juan decide adquirir un inmueble a Pedro, pero como no desea que su adquisición sea conocida por terceros (acreedores, fisco, etc.) recurre entonces, con la complicidad del vendedor, a una tercera persona, interpuesta, Diego, que aparecerá como adquirente ficticio, aunque por contradocumento o mediante otra compraventa disimulada, resulta que Juan (interponente) es el verdadero adquirente. En este caso, como ya fue señalado, el acuerdo simulatorio es plurilateral, desde que requiere la concurrencia de tres centros de interés, aunque en el negocio simulado posterior al acuerdo sólo intervengan dos; así, en el caso de nuestro ejemplo, el acuerdo simulatorio debe ser consentido por Juan (comprador interponente), Pedro (vendedor cómplice) y el adquirente ficticio, Diego (persona interpuesta); luego, a la celebración de la venta simulada, deben concurrir únicamente Pedro y Diego. Por último, la venta disimulada o, en su caso, el contradocumento debe ser otorgado por Juan y Pedro, pudiendo participar también Diego⁷³.

p.ej., se simula una compraventa que nada tiene de real para ocultar una donación; una simulación parcial puede ser absoluta si, p. ej., en una donación se simula únicamente la imposición de un cargo que no tiene nada de verdadero ni oculta otro negocio accesorio.

⁷³ Gaigano, *El negocio jurídico*. ñº 82, p. 337.

§ 280. ACCIÓN DE SIMULACIÓN

a) *Noción*

Con el nombre "acción de simulación" se designa el derecho que tienen las partes de un acuerdo simulatorio, o los terceros interesados, de solicitar al juez que dicte una sentencia de certeza sobre la verdadera naturaleza de las relaciones jurídicas, declarando la ineficacia del negocio simulado, con carácter previo a un juicio condenatorio⁷⁴.

b) *Caracteres*

Esta acción presenta los siguientes caracteres: 1º) es declarativa, pues no da derecho al demandante a ejecutar su derecho sino sólo a pedir que se declare la verdadera realidad jurídica, oculta bajo una falsa apariencia⁷⁵; 2º) es preparatoria de una ulterior acción de pago o de condena, que no puede ser intentada si antes no desaparece la incertidumbre creada por la falsa apariencia; 3º) es personal y no real, porque con ella no se reclama la tutela de un derecho real, sino que se trata de una pretensión de certeza previa al reclamo judicial de un derecho que, según el caso, podrá ser real o de crédito⁷⁶, pero la pretensión de certeza tiene naturaleza personal; 4º) es conservatoria del patrimonio del simulador principal, ya que tiende a ratificar su integración, haciendo desaparecer la apariencia de su descomposición; 5º) se puede acumular la acción de simulación con otras acciones, como la de revocatoria o la de condena, pero estas acciones acumuladas se interpondrán con carácter *subsidiario*, es decir, para el caso de que proceda, primero, la simulatoria (*infra*, aquí, § 283, b).

c) *Naturaleza de la ineficacia*

Se discute si el negocio simulado alcanzado por la sentencia que declaró la simulación es inexistente o nulo. Piensan unos⁷⁷ que se trata de un supuesto de inexistencia, con el argumento de que en la simulación "las partes no han te-

⁷⁴ Cfr. Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 401. Para el citado jurista la acción de simulación no persigue ni la modificación ni la destrucción del negocio simulado, sino sólo la declaración de certeza sobre las verdaderas relaciones jurídicas establecidas.

⁷⁵ Según reiterada jurisprudencia: p.ej., C.N.Civ., Sala E, "ED.", 12-17. En otros términos, la acción tiende no a la condena del obligado, sino a hacer reconocer la inexistencia de una relación jurídica o la existencia de otra distinta (Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 405).

⁷⁶ Para Ferrara la acción de simulación no es ni real ni personal, sino que es simplemente declarativa; sin perjuicio de que la acción posterior a la declarativa, sea personal o real, de acuerdo con lo que se pretenda (Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 406).

⁷⁷ Por todos: Llambías, *Parte general*, t. EL n° 1802.

nido el fin inmediato de producir el efecto jurídico que se aparenta"⁷⁸; faltando el fin inmediato, el negocio no existe. Para otros, que rechazan la categoría de la inexistencia, el negocio existe, pero es nulo⁷⁹, con el argumento de que un acto inexistente no es otra cosa, en definitiva, que un acto nulo *°.

§ 281. ACCIÓN DE SIMULACIÓN ENTRE PARTES

a) *Legitimación*

El régimen de la acción de simulación entre partes corresponde a la teoría general del acto jurídico; aquí sólo se dirá lo esencial. Las partes que celebraron el acuerdo simulatorio ¿tienen acción para pedir su nulidad? En principio, se debe reconocer que las partes que celebraron el acuerdo simulatorio están legitimadas para demandar la nulidad, en tanto tienen, en términos procesales, interés legítimo en hacer cesar los efectos de la apariencia.

b) *Cuándo procede la acción*

Pero es necesario distinguir:

I) Si la simulación es lícita, cualquiera de las partes podrá pedir la nulidad; el fundamento de esta respuesta está en el interés legítimo que asiste a las partes para hacer cesar la simulación, aunque con ella ningún daño se hubiese causado.

II) Si la simulación es ilícita, por regla general, las partes no tienen acción para anular el acto simulado; el fundamento de esta respuesta radica en que si las partes fueron torpes al simular actos para perjudicar a terceros, no pueden —luego— invocar su propia torpeza para pedir la nulidad y menos todavía si con esa nulidad obtendrían beneficios patrimoniales, como queda en evidencia con este difundido ejemplo: una persona, con el fin de perjudicar a sus acreedores, simula enajenar sus bienes a un cómplice y luego, pasado el peligro de ejecución por parte de sus acreedores, pide la nulidad de la enajenación para recuperar esos bienes que están en poder del cómplice, que, traicionando la confianza del simulador principal, se niega a devolverlos; en este caso, la ley le niega acción (art. 959, primera parte), ya que si se le reconociera ese derecho se estaría permitiendo que el simulador principal consume su maniobra de defraudación a sus acreedores, aunque el precio de esa negativa sea que el cómplice

⁷⁸ Llambías, *Parte general*, t. II, n° 1802.

⁷⁹ Es la tesis que cuenta con el respaldo de la mayoría de nuestros autores, por todos: Borda *Parte general*, t. II, n° 1181; Mosset Iturraspe, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, t. I, n° 51, p. 193..

⁸⁰ El estudio *in extenso* de este asunto corresponde a la Parte general, adonde cabe remitir.

se beneficie al retener en su poder los bienes que se le transmitieron simuladamente; pero la ley no tiene otra salida".

BrSlfjJBil^^ la simulación, se concederá acción a los « simuladores para pedir ía nulidad del acto cuando "las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación" (art. 959, segundo párrafo incorporado por la ley 17.711). En el caso del ejemplo anterior, la acción sería acordada si el simulador principal se arrepintiera y decidiera hacer retornar los bienes a su patrimonio para que sus acreedores puedan hacer efectivos sus créditos sobre los bienes recuperados; se comprende que en este caso el simulador principal no obtiene beneficio alguno de la nulidad.

c) Prueba de la simulación entre partes. El contradocumento

Rigen los principios generales que gobiernan el *onus probandi*, es decir, la carga de la prueba incumbe a quien alega la simulación y pretende dejarla sin efecto. La prueba por excelencia es el contradocumento, que en general permanece oculto y al que se puede definir como la declaración de voluntad emanada de las partes que celebraron el acuerdo simulatorio, formulada por escrito, que tiene por objeto reconocer, declarar o probar el carácter simulado del acto al que se refiere⁸¹. Cuando la simulación es lícita, ninguna dificultad existe para que las partes hagan valer el contradocumento con el fin de hacer cesar la simulación; es más, se admite que es una medida de elemental prudencia exigir el otorgamiento de contradocumento cuando con la simulación no se quiere perjudicar a nadie. Pero si la simulación es ilícita, el contradocumento no podrá ser usado por las partes para probar la apariencia, si con él se viola la ley o se perjudican derechos de terceros (art. 960). Por último, podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción "si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación" (art. 960, *in fine*, agregado por ley 17.711).

d) Efectos de la acción de simulación entre partes

En general, y como corolario de su objeto, la acción de simulación, si es admitida por el juez, dará lugar a la nulidad del acuerdo simulatorio. A partir de allí cabe discriminar: 1°) si la simulación ha sido absoluta, declarada la nulidad del acto simulado, no existiendo un acto disimulado, la situación jurídica de las partes volverá al *status* jurídico que tenía antes del acuerdo; es decir, si hubo tradición de los bienes o, en su caso, inscripción registral, éstas quedan sin efecto, debiendo restituirse los bienes al patrimonio del simulador principal, con sus frutos y productos, por aplicación de las reglas propias de la nulidad; 2°) si la simulación ha sido re-

⁸¹ Como lo afirma Borda, *La reforma de 1968 al Código Civil*, p.165.

⁸² Pizzarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t II, p. 343.

lativa, declarada la nulidad del acto simulado se vuelve ostensible ese acto hasta entonces disimulado, que conservará, *inter partes*, plena eficacia; es decir, ** plíCída^ra^stfs^efectos propios y, en consecuencia, las p a ^ p o & á i l demandaiNeí cumplimiento coactivo de las obligaciones contraídas en virtud de ese acto *³.

§ 282. ACCIÓN DE SIMULACIÓN PLANTEADA POR TERCEROS

El régimen de la acción de simulación cuando es ejercida por terceros interesa, en particular, al derecho de las obligaciones, porque los terceros, por antonomasia, son los acreedores del simulador principal, aunque también el asunto puede afectar a los acreedores del simulador cómplice, quienes, en tal caso, podrán también intentar la acción.

a) *Legitimación activa*

En su oportunidad⁸³, a propósito del derecho a pagar, me ocupé de señalar quiénes son, para el derecho de obligaciones, terceros interesados. Aquí se puede decir que son terceros interesados, con legitimación activa para ejercer la acción de simulación, todas aquellas personas que están vinculadas jurídicamente con alguno de los sujetos que celebraron el acuerdo simulatorio, o con el objeto de los actos derivados de él, pero por una relación jurídica distinta de ese acuerdo. Por la amplitud del concepto están incluidos, además de los acreedores, los herederos forzosos de las partes que ven perjudicada su porción legítima. El fundamento del interés legítimo que ostenta esta clase de terceros y que justifica que puedan plantear la acción radica en que el mantenimiento de los actos simulados o disimulados, les causa un perjuicio patrimonial concreto y actual, es decir, no debe tratarse de un peligro abstracto ni de una simple amenaza de daño futuro e incierto⁸⁵.

b) *Legitimación pasiva*

La acción de simulación ejercida por terceros deberá dirigirse contra, todos los sujetos que fueron "parte" del acuerdo simulatorio; esto es, contra el simulador principal, el simulador cómplice y, si se tratara de una simulación por persona interpuesta, también contra aquel que asumió el referido rol de sujeto interpuesto. Como toda acción no personalísima, la legitimación pasiva se transmite a los herederos y sucesores de las partes del acuerdo.

⁸³ Pizzarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t II, p. 347.

⁸⁴ A propósito de los terceros interesados para pagar, *supra*, § 106.

⁸⁵ Cfr. Zanonni, en Belluscio (dir.) y Zanonni (coord.), *Código Civil*, t IV, comentario al art. 958, § 6, p. 409.

c) No se necesita que haya insolvencia

-A diferenciade-lo que ocurre con' la acctótl revocatoria o pauliana, para plantear la acción de simulación no es necesario que los sujetos demandados se encuentren en estado de insolvencia, aunque si están en ese estado, la acción será todavía más necesaria para resguardar el derecho de los acreedores *. Tampoco es necesario que la fecha del crédito del tercero que demande a los simuladores sea anterior al acuerdo simulatorio.

d) Prueba

También aquí rige el principio de que la carga de la prueba incumbe a quien afirma la existencia de la simulación, en este caso, son los terceros quienes deben aportar esa prueba. Ahora bien, teniendo en cuenta que, por hipótesis, no participaron en el acuerdo simulatorio, les está permitido valerse de cualquier medio de prueba. El fundamento de esta amplitud probatoria es claro: puesto que no participaron del acuerdo, no pueden valerse de la prueba escrita por excelencia, el contradocumento, razón por la cual están autorizados a usar toda clase de pruebas. En esta materia tienen especial importancia las presunciones, que pueden ser reunidas en distintos grupos «⁶⁶ :

1) Presunciones fundadas en las relaciones entre partes. — En algunos casos, la circunstancia de que entre los otorgantes del acuerdo simulatorio exista un vínculo de parentesco, por consanguinidad o afinidad o, incluso, una relación de amistad íntima o de convivencia, como ocurre entre los concubinos, es considerada una prueba presuncional de que han celebrado entre ellas un acto simulado. En algunos casos, la propia ley toma en consideración esa relación y sienta una presunción de apariencia del acto, sancionándolo con ineficacia; así: a) el art. 3604, que sienta la presunción de gratuidad de los actos otorgados por el testador que transfirió la propiedad de algunos bienes a uno de sus

⁶⁶ En algunos fallos se resolvió que sólo tiene interés legítimo el acreedor para pedir la declaración de simulación, si los simuladores se encuentran en estado de insolvencia, pues de lo contrario ese acreedor puede hacer valer su crédito sobre los bienes del deudor p.ej., CN.Civ., SalaC, 1677/1962, "G.F.", 236-274. Sin embargo, esta doctrina pierde de vista que en los supuestos más importantes en los que es útil la acción de simulación, no se busca corregir una situación de insolvencia—porque para ello se puede usar la acción revocatoria—, sino que se trata de remediar un perjuicio causado por la simulación en sí misma considerada; así, p.ej., el derecho de los herederos forzosos a la integridad de la porción legítima, menoscabada por una enajenación simulada, sólo puede quedar a salvo con la acción de simulación aunque el simulador no se encuentre en estado de insolvencia

⁶⁷ Ferrara clasifica las presunciones en cuatro grupos: las fundadas en las personas délos contratantes; b) las fundadas en objeto del contrato simulado; c) las fundadas en las modalidades o vicisitudes en la ejecución del acto; d) las fundadas en el comportamiento de los simuladores (Ferrara, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 400).

herederos forzosos, aunque en el título se pretenda aparentar que la transieren- >- •
 cía es onerosa, por la imposición de un cargo consistente en una renta vitalicia o con reserva de usufructo; b) el art. 3741, que dispone que es de ningún valor toda disposición a beneficio de un incapaz, "ya se disface bajo la forma de un contrato oneroso, o ya se haga bajo el nombre de personas interpuestas".

II) *Presunciones fundadas en la ejecución de las obligaciones.* — En otros casos, los jueces han aceptado la presunción de que existe simulación tomando en cuenta que, no obstante la celebración de un determinado negocio —aun observando la forma requerida—, por ejemplo, una donación inmobiliaria hecha en escritura pública, ese contrato no ha tenido ni siquiera principio de ejecución, ya que quien simula ser donante continúa en la posesión de la cosa y el donatario cómplice nunca realizó gestión alguna tendiente a su ejecución⁸⁶.

ni) *Presunciones fundadas en circunstancias concomitantes.*—En otros casos la jurisprudencia ha tomado en cuenta determinadas circunstancias que, relacionadas con la actitud o el comportamiento de las partes, le permitieron deducir de ellas que existe simulación. Así, por ejemplo, cuando una persona afirma haber transferido los bienes que constituyen su única fuente de recursos, aunque se mantiene en posesión de ellos; o cuando el autor de un hecho ilícito enajena o transfiere todos sus bienes ante la inminencia de la iniciación de un juicio en su contra; o cuando un deudor demandado en un juicio ejecutivo transfiere un único inmueble al tomar conocimiento que se ha solicitado un embargo sobre ese bien.

Si bien las presunciones constituyen en esta materia un importante medio probatorio, se ha de tener presente que —para ser valoradas por el juez y servir de adecuado fundamento a una sentencia— deben basarse en hechos reales debidamente probados y deben ser, por su número, precisión, gravedad y concordancia, elementos de convicción suficiente, de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 163, inc. 5, CPCCN).

e) *Efectos*

Por aplicación de la regla general ya enunciada, la acción de simulación planteada por un tercero dará lugar a la nulidad del acuerdo simulatorio. Si la simulación es absoluta, la nulidad traerá aparejado un retorno a la situación jurídica que existía con anterioridad a aquel simulatorio y, por ende, los acreedores del simulador principal podrán ejecutar los bienes cuya salida del patrimonio de éste —por hipótesis, deudor— se había simulado. Si la simulación es relativa quedará sin efecto el acto simulado, pero el disimulado, en principio, se tornará eficaz; si al quedar

eficaz el disimulado el patrimonio del simulador se torna insolvente, los acreedores podrán también impugnar el acto disimulado, pero para ello deberá acumular, a la de simulación, la acción revocatoria o pauliana. Por último, si la simulación es ilícita, todos los sujetos simuladores responderán solidaria e ilimitadamente por los daños que la simulación hubiere causado.

No todos los terceros estarán en idéntica situación que los acreedores del simulador principal; pueden existir otros terceros a quienes no interese la nulidad del acto simulado, como por ejemplo quienes, confiando en la seriedad de ese acto, hubiesen concedido crédito al cómplice o hubiesen adquirido derechos sobre los bienes que, en apariencia, eran de propiedad de tal cómplice. Respecto de estos terceros, existe consenso en la doctrina en el sentido de que los efectos de la sentencia que declaró la nulidad serán oponibles a ellos

§ 283. RELACIONES CON LA ACCIÓN REVOCATORIA. POSIBILIDAD DE ACUMULAR AMBAS ACCIONES

a) Relaciones con la acción revocatoria

La acción revocatoria y la acción de simulación se diferencian por lo siguiente:

a) La sentencia dictada con motivo de una acción revocatoria declarará que el acto fraudulento no es oponible al acreedor demandante; en cambio, la de simulación persigue la declaración de nulidad.

b) La acción revocatoria requiere que el deudor sea insolvente y que el crédito del demandante sea de fecha anterior al acto fraudulento; la acción de simulación no requiere insolvencia, ni fecha anterior del crédito del demandante.

b) Posibilidad de acumular ambas acciones

En general, la doctrina admite que las acciones revocatoria y de simulación puedan acumularse. ¿Cuál de esas acciones debe plantearse como acción principal y cuál como subsidiaria? Es necesario, según pienso, distinguir las siguientes hipótesis:

a) Si se trata de una simulación absoluta, por ejemplo, si Juan simula vender sus bienes a Pedro para evitar que Diego ejecute sobre esos bienes un crédito que tiene contra Juan, le convendrá a Diego plantear, como acción principal, la de simulación, pues si esta acción tiene éxito su crédito quedará resguardado porque los bienes retomarán al patrimonio de donde simuladamente salieron, y ya no será necesario, además, declarar que la enajenación es fraudulenta e inoponible al acreedor.

⁸⁹ Ver Gaigano, *El negocio jurídico*, n° 82, p. 340.

b) Si la simulación es relativa, la acción de simulación declarará la nulidad del acto simulado, pero dejará eficaz el disimulado; si éste también perjudica los derechos del acreedor, a éste le convendrá la acción de simulación pero dirigida al negocio disimulado para resguardar su crédito. En efecto, si Juan simula vender un inmueble a Pedro para ocultar una donación, la acción de simulación dejará sin efecto la compraventa, pero ante la posibilidad de que se pretenda hacer valer la donación oculta, no alcanzada por la nulidad de la simulación, será aconsejable que el demandante haya acumulado contra la donación una acción revocatoria.

CAPÍTULO X

LA MORA DEL ACREEDOR

A) INTRODUCCIÓN

§ 284. LOS EFECTOS DE LA OBLIGACIÓN RESPECTO DEL DEUDOR

En general, se puede afirmar que los efectos de la obligación son todas las consecuencias jurídicas derivadas de ella¹. Esas consecuencias se traducen en derechos y deberes² que el ordenamiento jurídico atribuye e impone, respectivamente, al acreedor y al deudor³. Al primero le corresponde el derecho de exigir el cumplimiento, y al segundo le incumbe el deber de cumplir, ese derecho y ese deber—que constituyen la espina dorsal del derecho de crédito—no existirían si entre aquellas personas no se hubiese establecido una obligación. Por cierto, no es *uno* el derecho ni *uno* el deber. Al contrario, la obligación trae como consecuencia *un cúmulo* de derechos y deberes, aunque no del mismo rango y jerarquía, para ambas partes.

Limitando el asunto al deudor, diré que en razón de la obligación éste queda investido de los siguientes derechos y atribuciones:

- 1) Efectuar el pago voluntario.
- 2) Solicitar la cooperación del acreedor cuando la naturaleza de la obligación o su cumplimiento así lo exija.
- 3) Obtener su liberación coactiva mediante el pago por consignación. De esta consecuencia (el pago por consignación) me ocuparé en el capítulo siguiente.

¹ Tal como quedó expuesto, *supra*, § 73.

² Cfr. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. I p. 117; Mayo, en Belluscio y Zannoni, *Código CMI*, t. II, comentario al art SOS, 5 1, p. 580.

³ En general, es correcto afirmar que los efectos de las obligaciones "son las consecuencias que esta clase de vínculos acarrearán para el acreedor y para el deudor": Meza Barros, *Manual de las obligaciones*, n°276, p. 189. En relación con la situación del deudor, es indudable que si tiene el derecho de pagar (*ius solvendi*) tiene también derecho a ofrecer el pago; y este "derecho de ofrecer" y su consecuencia, la mora del acreedor en caso de rechazo, constituyen *efectos* de las obligaciones.

Los tribunales han reconocido en términos inequívocos el derecho del deudor a pagar y liberarse, por medio de la consignación; así, se ha dicho que: "El fundamento jde la.consignac ion radica en los efectos de las obligaciones. , Así, como éstas se contraen para cumplirse, ninguna de las partes puede dificultar su cumplimiento, pues tal conducta sería contraria a la norma y a la convención. Por lo tanto, así como para vencer la resistencia del deudor está la ejecución forzosa?para superar la resistencia del acreedor que se niega a recibir el pago y liberar al deudor, el ordenamiento legal ha implementado un medio equivalente: la consignación"⁴.

Pero no solamente tendrá a su alcance el mecanismo de la consignación, también podrá recurrir, en su caso, a la resolución del contrato, tal como se ha resuelto: "El deudor puede desligarse de sus obligaciones optando por la resolución, cuando el retardo obedece a la inacción del acreedor, puesto que el deudor tiene derecho a la liberación y no es posible que quede atado a sus obligaciones por la propia voluntad del acreedor" s.

Si se analizan los dos primeros efectos, se advertirá que guardan congruencia, pues, en primer lugar, frente al derecho que el deudor tiene de pagar (*ius solvendi*), el acreedor debe prestarle el comportamiento de cooperación que resulte exigible según la naturaleza de la obligación y las circunstancias del caso. Si el acreedor no presta ese comportamiento de cooperación, la obligación no podrá cumplirse* ingresará, se puede decir si concurren los otros requisitos, en *situación de mora*. Pero, esa mora, ¿será del deudor o será del acreedor!

Antes de avanzar en la contestación a este interrogante, cabe formular otra pregunta cuya respuesta debe ser aportada con carácter previo: ¿existe la mora del acreedor?

§ 285. TESIS QUE NIEGA LA POSIBILIDAD DE QUE EXISTA LA MORA DEL ACREEDOR

Una importante doctrina « ha negado la posibilidad de que exista una mora del acreedor. Para sostener esta tesis la doctrina citada desarrolla el siguiente razonamiento:

I) Comienza por afirmar que el acreedor, en cuanto tal, sólo tiene derechos y no obligaciones; si se pretendiera que está obligado, se llegaría al absurdo de que todo acreedor sería, también, deudor de su deudor. Es éste el principal argumento que se invoca.

⁴ CN.Civ., Sala 1,30/9/1997, "Enríquez, Hugo A. y otro v. Berelejis, Silvio", "L.L.", 1998-B-116.

⁵ CN.Civ., Sala A, 22/4/1994, "Central Corporation S. A. v. Comisión Municipal de la Vienda", "J.A.", 1995-1-119.

⁶ CuyoprincipalexponenteesCrome, reorie/ondomento/írfe/feo¿W/gi2z/o/íi,p. 187. Ver, también, Peirano Fació, *Estructura de la mora*, p. 468.

2º) El de "recibir el pago" no es una obligación, sino un derecho. Por lo tanto, cuando el acreedor se niega a recibir, no está incumpliendo ninguna obligación sino dejando de ejercer un derecho que le es propio. Nadie más, añade, puede ser sancionado por dejar de ejercer un derecho.

3º) En consecuencia, no estando el acreedor obligado, no pudiendo por ende incurrir en incumplimiento, tampoco puede quedar constituido en mora⁷.

No comparto esta tesis. Por las razones que quedarán expuestas, sostengo, por el contrario, que sí es posible la existencia de la mora del acreedor⁸. Para fundar esta tesis, fundamento que al propio tiempo servirá para demostrar la inconsistencia de la tesis contraria, me ocuparé de probar que al acreedor también se le imponen deberes jurídicos cuya inobservancia determina una serie de consecuencias, de las cuales la más importante es la *mora creditoris*.

Como fundamentos, se señala:

a) Se afirma que el acreedor *no tiene la obligación* de recibir el pago. Esta afirmación es, por lo menos, cuestionable, como lo ha demostrado con serios argumentos el profesor romano Emilio Betti⁹. No hay por qué sorprenderse de que un acreedor sea, al mismo tiempo, deudor de su deudor.

/ En un fallo se declaró que recibir el pago era una obligación del acreedor, cuyo incumplimiento lo constituye en mora¹⁰.

b) Pero aun admitiendo, sólo por hipótesis, que el acreedor no tiene la obligación de recibir, no se puede dudar de que tiene el deber jurídico de hacerlo. No se vea en esto una contradicción. Que el acreedor no tenga la obligación, en tanto deber jurídico específico de cumplir con una prestación (recibir el pago) que corresponda a un crédito de la otra parte, no quiere decir que no tenga el deber jurídico, en tanto deber *secundario* de conducta, de hacerlo¹¹.

c) La doctrina ha puesto definitivamente en claro, según las pautas del nuevo derecho, que la obligación es una relación jurídica *compleja* integrada por una verdadera trama de deberes y derechos recíprocos. De entre ellos descuellan, es cierto, el crédito y la deuda, pero los restantes deberes y facultades, si bien son accesorios de aquéllos, tienen que ser necesariamente considerados. Por ello, cuando se trata de describir en qué situación jurídica se encuentran, re-

⁷ En especial, ver lo que se expone en Quintius M. Scaevola, *Código Civil*, t. XIX, 2ª ed. revisada por Pascual Marín Pérez, Reus, Madrid, 1958.

⁸ De acuerdo: R. Compagnucci de Caso, *Mora del acreedor*, "L.L.", 1981-D-992.

⁹ Betti, *Teoría general de las obligaciones*, t 1, letra a, p. 99.

¹⁰ Así: "Recibir el pago en el lugar y fecha que corresponde es una obligación del acreedor (nota al art 508), y al no hacerlo a su debido tiempo incurrir en mora, que obsta, según lo dispuesto por el art 510, a la mora del deudor" (C.3ª Civ. y Com. Córdoba, 15/7/1977, "Ortiz, Pedro v. Bechara, Antonio", CJ, XXVni-J-152).

¹¹ Comparte la afirmación de que el acreedor tiene el deber jurídico, que no es obligación, de recibir el pago: Padilla, Rene, *Responsabilidad civil por mora*, § 214, b), 3, p. 556.

cíprocamente, acreedor y deudor, es insuficiente hacer referencia sólo al derecho de crédito y al deber de prestación, considerándolos aisladamente.

d) Es una verdad impuesta que en el marco del nuevo derecho el acreedor ha dejado de ser un sujeto investido exclusivamente de derechos y atribuciones. Conforme la idea de cooperación y las pautas de valoración de la conducta que proporciona el principio jurídico de buena fe (art. 1198), es innegable que también tiene deberes secundarios de conducta que si bien no constituyen técnicamente *obligaciones recíprocas*, con respecto al deber de prestación que pesa sobre el deudor, su inobservancia implica una verdadera transgresión por parte del acreedor¹². Entre tales deberes se cuenta el de recibir el pago.

e) Pero además, y esto es fundamental, el deudor no tiene sólo el deber de recibir; su deber es más amplio: debe cooperar, esto es, realizar todo aquello, no sólo recibir el pago, que sea necesario para facilitar la liberación del deudor. Así, a título de ejemplo, no habrá responsabilidad del deudor por falta de pago si el acreedor: 1º) debe designar el lugar de pago y omite hacerlo; 2º) debe designar el escribano y no lo hace, o no lo comunica al deudor en tiempo oportuno; 3º) no concurre al lugar de pago a recibirlo; etc.

En cualquiera de estos casos, o siempre que se infrinja el deber de cooperar, el acreedor quedará incurrido en mora si, además, concurren los restantes requisitos.

Nuestra jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema, receptando la buena doctrina, como se desprende del siguiente fallo: "Si bien la mora del acreedor no ha sido legislada, no pueden existir dudas acerca de la posibilidad de su existencia, pues el acreedor está obligado a desplegar una conducta que permita el cumplimiento de la obligación. En consecuencia, toda vez que su comportamiento impida la ejecución de la obligación que quiera efectuar el deudor, aquél incurrirá en mora, asumiendo las consecuencias de esa actitud

¹² Cfr. Renato Miccio, *Idiritti di crédito*, vol. L n° 35, p. 169; G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Giuffrè, Milano, 1964, ps. 6 y 7. Muchas veces, para que se concrete el cumplimiento no es suficiente que el deudor realice exacta y puntualmente la prestación debida, sino que se precisa, además, que el acreedor coopere o colabore para que se produzca el cumplimiento. De allí que, se ha dicho, "como es natural, la situación del deudor que quiere cumplir fielmente la obligación pero que no puede llegar a hacerlo por falta de colaboración del acreedor ha de ser amparada por el ordenamiento": Javier Hualde Sánchez, en Puig i Ferriol, Gete Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez y José Hualde Sánchez, *Manual de derecho civil*, t. II, "Derecho de obligaciones", p. 228.

¹³ ST Chaco, 22/12/1995, "Pensi, Nora B. v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales", "LL", 1996-E-663 (39.079-S).

§ 286. MORA DEL DEUDOR Y MORA DEL ACREEDOR. UNIDAD O DUALIDAD

Admitido que es posible la existencia de una mora del acreedor, cabe ahora indagar si a esa mora y a la mora del deudor les cabe un concepto único y si se rigen por los mismos principios y reglas.

Al respecto se han dado respuestas dispares:

a) Tesis de la dualidad

Para un sector de la doctrina¹⁴ mora del acreedor y mora del deudor son cosas distintas; se piensa que no se puede juzgar a la primera con la óptica, elementos y requisitos de la segunda. Esta doctrina sostiene que se trata de dos institutos distintos con diversidad estructural; si bien se reconoce que entre una y otra mora existe una notable analogía, se ha dicho que no es posible desconocer ni ocultar las profundas diferencias que separan a ambas hipótesis. En tal sentido, se ha manifestado que "Baste reparar en la siguiente circunstancia y expandir el color conceptual a toda la institución para compartir nuestra postura sobre el dualismo. La mora solutoria provoca un agravamiento del estado de sujeción con pérdidas de ventajas, etc., al obligado; en cambio, en la *creditoris* lo que se produce es un debilitamiento del vínculo, comenzando a transitarse el *iter liberatorio* del deudor, del cual la mora del acreedor es la primera etapa"¹⁵. Siempre en la búsqueda de diferencias, también se ha señalado que "mientras al deudor el solo incumplir *in tempore* lo califica, el acreedor tiene necesidad de asumir un comportamiento de omisión total o de acción para omitir"; por último, se alega que "los intereses de uno y otro sujeto son totalmente disímiles" ya que el deudor es el obligado, en tanto el acreedor está provisto de potestades¹⁶.

b) Tesis de la unidad

Para otra doctrina, a la que adhiero, la situación jurídica de mora admite un concepto único¹⁷, en el sentido de que en él están comprendidas tanto la mora del deudor (*debitoris* o *solvendi*) como la mora del acreedor (*creditoris* o *accipiendi*)¹⁸.

¹⁴ Entre nosotros aceptan o se pronuncian a favor de la tesis de la dualidad Padilla, Rene, *Responsabilidad civil por mora*, § 212, p. 551 y R. Compagnucci de Caso, *Mora del acreedor*, en "L.L.", 1981-D-992.

¹⁵ Padilla, *Responsabilidad civil por mora*, § 212, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 552.

¹⁶ Compagnucci de Caso, *Mora del acreedor*, en "L.L.", 1981-D-992.

¹⁷ Me he ocupado de la definición de mora en *Tratado de la mora*, § 218; además, aquí, *supra*. § 218 y ss.

¹⁸ También se dice que el concepto de mora es único, ya se trate de la mora del deudor o de la del acreedor, en el sentido de que resulta aplicable a todas las ramas del derecho (civil, comercial, administrativo, procesal, etc.);

La doctrina que aquí se acepta estima que es posible demostrar que el concepto de mora, en tanto retardo en el cumplimiento imputable subjetivamente a uno de los sujetos de la obligación, no puede referirse sólo al deudor¹⁹, ya que el acreedor puede también quedar constituido en mora cuando no preste la cooperación necesaria para extinguir el vínculo, tornando estériles las ofertas reales del deudor dirigidas a aquel fin^{7*}.

Sobre los argumentos que exponen quienes sostienen la tesis contraria respondemos:

1) Respecto de que la mora del deudor agrava la sujeción patrimonial de éste, mientras que la del acreedor atenúa esa sujeción del deudor, cabe decir que tal diferencia, por otra parte obvia, no es suficiente para negar la unidad del concepto de mora. Así como la mora del deudor agrava su sujeción patrimonial, también se puede decir que la mora del acreedor, al tiempo que debilita el vínculo del deudor, traslada los riesgos al acreedor, quien en cierto modo agrava su situación patrimonial. En ambos casos se agrava la situación patrimonial de alguno de los sujetos de la obligación.

2) Respecto de que la mora del deudor se produce por la sola omisión del cumplimiento y que la del acreedor requiere de éste un comportamiento de omisión total o de acción para omitir, se interpreta que tal argumento viene —por el contrario— a confirmar la unidad conceptual. Si bien no es lo mismo omitir cumplir que omitir la cooperación debida para que el otro pueda cumplir, en ambos casos la mora, sea del deudor, sea del acreedor, supone una omisión del sujeto.

Nuestros tribunales han aceptado la tesis de la unidad conceptual de la mora, como se desprende del siguiente pronunciamiento. 'Trente a laposibili-

¹⁹ Que es posible la existencia de una mora del acreedor lo demuestra el hecho de que algunos Códigos Civiles le dispensan un régimen jurídico específico, como sucede con el alemán (arts. 293 y ss.), el italiano (arts. 1206 y ss.), el suizo de las Obligaciones, el brasileño y el portugués. En nuestro derecho, el Proyecto de Código Civil de 1998, como lo veremos en su momento, también le ha dispensado un texto que contiene un régimen específico.

²⁰ Se puede decir que la tesis de la unidad conceptual de la mora es clásica. Ya en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en la ciudad de Córdoba entre los días 22 y 27 de septiembre de 1969, se recomendó, de *legeferenda*, que era conveniente legislar sobre la mora *creditoris* sobre iguales fundamentos e idénticos principios que la mora del deudor. Esta recomendación, por otra parte, es compartida por la mayoría de nuestros autores; así, Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t II, p. 173; Cazeaux, *La mora en el cumplimiento de las obligaciones*, Lex, La Plata, p. 200; Llambías, *Obligaciones*, 1.1, p. 174. Salvat se pronuncia por una identidad casi absoluta al expresar que "La mora del acreedor se rige por las mismas normas que la del deudor, en cuanto a su constitución, efectos y cesación..." (Salvat y Galli, *De las obligaciones*, 1.1, n° 111, ps. 121 y 122). A nuestro juicio, como se verá luego, la mora del deudor y la de acreedor, si bien están contenidas en un concepto único, tienen un régimen jurídico distinto, de modo que la identidad no es completa. En el Proyecto de Código Civil de 1998 se ha propuesto legislar sobre la mora del acreedor sometiéndola, en lo pertinente, a las disposiciones relativas a la mora del deudor (arts. 1598, 1599).

dad de hacer valer sus derechos que la ley brinda al acreedor, coloca paralelamente los medios a o[^]e[^]ue[^]acudrr e[^]deudor para obtener su liberación (art 505 *in fine* iCód. Cfvil). b'sea que si ei requerimiento judicial o extrajudicial del acreedor provoca la mora *solvendi*, análogos extremos, a su vez, deben ser accesibles para el deudor. Cuando el acreedor no quiere recibir el pago puede el deudor liberarse acudiendo al pago por consignación (art. 757, inc. 1, Cód. Civil)"²¹.

En el mismo sentido se dijo: "Si bien el Código Civil se ocupa solamente de la mora del deudor, se le aplican a la del acreedor las mismas reglas que a la mora de aquél. Ello así, la configuración de la mora del acreedor requiere la reunión de dos requisitos de fondo: la posibilidad del deudor de cumplir la prestación, y la falta de aceptación de la prestación en tiempo por parte del acreedor o la omisión de prestar la cooperación de su parte que sea indispensable para permitir el cumplimiento. A estos requisitos de fondo debe agregarse uno de carácter formal, constituido por la oferta realizada por el deudor"

§ 287. LA MORA DEL ACREEDOR Y EL PAGO POR CONSIGNACIÓN EN NUESTRO DERECHO

a) Planteo del problema

La mora del acreedor está íntimamente vinculada con el pago por consignación, pues ambos son efectos que la obligación produce respecto del deudor. Si la realización del pago voluntario se frustra porque el acreedor no presta la cooperación que es debida por él, el deudor podrá recurrir al procedimiento previsto para la consignación judicial y solicitar al juez que lo desobligue. Como se verá en el Capítulo siguiente dedicado a ese tema, el pago por consignación [^]*facultativo*, en el sentido de que se trata de un derecho o prerrogativa que, como tal, el deudor puede dejar de usar.

Pero si no utiliza el procedimiento de consignación, corre el riesgo de quedar él incurso en mora, aunque haya estado dispuesto a cumplir y aunque el pago se haya frustrado por una causa atribuible al propio acreedor. Esta conclusión puede hacer caer al intérprete en el error de creer que el deudor que quiere pagar y no puede se encuentra forzado a consignar.

No es así, el deudor no está obligado a consignar.

²¹ CNJEsp. Civ. y Com., Sala IV, 1679/1983, "Benchetric, Horacio v. Foltero S.A.", "ED.", 107-581.

²² CN.Civ., Sala A, 28/2/1989, "Samid v. Boni", "L.L.", 1989-C-425. Inspirados en la tesis de la unidad, los tribunales resolvieron que "Si en la mora del deudor el elemento objetivo lo constituye el simple retardo, en la del acreedor se exterioriza por la falta de colaboración para permitir que el deudor se exonere de su obligación" (C. 1° Civ. y Com. Tucumán, 29/8/1978, "Saade, Julio v. Ogal S.R.L.", SP "L.L.", 979-412 [141-SP]).

Frente a una situación como la que se ha descrito., el deudor debe en primer lugar evitar quedar constituido en mora o, en su caso, hacer cesar los efectos de la mora si ya estuviese en ese estado y, en particular, debe constituir al acreedor en mora.

**¿Podrá, sin recurrir al pago por consignación, constituir al acreedor en mora?
Se han dado dos respuestas**

b) Primera tesis: en nuestro derecho sólo es posible la consignación

Según una primera opinión en nuestro derecho, ante la inexistencia de un texto legal que así lo disponga, las ofertas de pago no son aptas para provocar la mora del acreedor. Por tanto, se sostiene que ante la falta de cooperación del acreedor, la única alternativa que tiene el deudor es la de recurrir al procedimiento de consignación ²³. Se le niega al deudor, así, la posibilidad de constituir al acreedor en mora, con el argumento de que no existe en nuestro ordenamiento una norma que le atribuya al ofrecimiento de pago virtualidad suficiente para constituir al acreedor en mora. Por eso se dice que, según nuestra ley, el ofrecimiento de pagar es irrelevante

²³ Se conocen dos sistemas de constitución en mora del acreedor: a) el sistema de las ofertas reales que, según pensamos, es el que funciona en nuestro derecho. Según este sistema, cuando el deudor formula un ofrecimiento serio, real, efectivo e íntegro de cumplir y el acreedor rehusa aceptarlo, habrá puesto en evidencia la falta de cooperación de éste, circunstancia suficiente para provocar la mora *credendi*; b) el sistema de la consignación judicial, según el cual el único medio válido para constituir al acreedor en mora es la consignación; el solo ofrecimiento, por más serio que sea, no es suficiente.

²⁴ Sustentada, entre otros, por Borda, *Obligaciones*, 1.1.6* ed., n° 78, p. 89. Cabe dejar aclarado, sin embargo, que para Borda, *de legeferenda*, es conveniente que en una futura reforma se legisle sobre la mora del acreedor atribuyéndole efectos propios y distintos del pago por consignación.

²⁵ Es sabido que Vélez no redactó precepto alguno para la mora del acreedor, tampoco lo hizo la ley 17.711 que modificó íntegramente el art. 509. Nuestro sistema, por ende, presenta el siguiente cuadro legislativo: a) para la mora del deudor debe atenderse a los arts. 509 y 510; b) para la mora del acreedor —ante el vacío legal— se aplica por analogía el art. 509, con las salvedades indicadas en el texto; c) el pago por consignación se rige por los arts. 756 y ss. El método del Código vigente debe ser adaptado a la existencia de las dos instituciones involucradas en esta materia, la mora *creditoris* y el pago por consignación, que son, como se dijo, conceptos diversos; sólo como ejemplo diré que la mora del acreedor supone culpa de éste al negarse a recibir la prestación o no prestar la colaboración debida, la consignación procede con total prescindencia del recaudo culpabilista o de otro factor de atribución objetivo de responsabilidad.

²⁶ Dice Borda: "...nuestro Código no legisla sobre la mora del acreedor; respecto de las obligaciones de dar (que es la materia en que esta cuestión tiene particular importancia) prevé un solo recurso para que el deudor pueda liberarse de cualquiera de las consecuencias y responsabilidades de la demora en el pago: la consignación judicial de la cosa. El mero ofrecimiento de pagar es, según nuestra ley, irrelevante" (Borda, *Obligaciones*, 1.1, 6* ed., n° 78, p. 89).

Esta doctrina, auspiciada por la autoridad de Borda, se ha visto reflejada en algunos pronunciamientos judiciales. En efecto, en un caso se admitió, precisamente, que "como en nuestro derecho la mora del acreedor no se encuentra legislada el único recurso de que dispone el deudor en las obligaciones de dar es el de la consignación judicial, no sólo para liberarse de la obligación sino además para no incurrir en mora y para conservar los derechos que resultan del contrato, puesto que el mero ofrecimiento de pagar es para nuestra ley irrelevante (arg. art. 757, inc. 1, Cód. Civil)" » En el mismo sentido, se dijo que "La mera oferta de pago no es apta para extinguir la mora, porque para que así fuera tendría que ser eficiente para causar la mora del acreedor en cuanto a la cooperación de éste en la recepción del pago ofrecido, lo que no tiene lugar desde que el moroso es inepto para provocar la mora de la contraparte, debiendo en tal caso recurrir a la consignación en pago para hacer cesar su mora" ²⁵.

c) Es necesario distinguir la mora del acreedor del pago por consignación

Para otra doctrina ²⁹, a la que adhiero, de la interpretación del art. 757, inc. 1 del Cód. Civil cabe concluir que el ofrecimiento de pago que haga el deudor producirá el efecto de constituir al acreedor en mora.

Para fundar esta interpretación se invocan los siguientes argumentos:

a) Para que proceda la consignación judicial por la causal prevista en el inc. 1 del art. 757 es menester que el acreedor no quisiere recibir el pago ofrecido por el deudor.

b) Pero, ¿puede concebirse una negativa a recibir sin una previa oferta de pago? Evidentemente, no ³⁰, pues para que el deudor pueda acreditar que el acreedor se ha negado a recibir el pago es necesario que haya mediado una oferta previa

c) La oferta se presenta así, no como una mera formalidad, sino como un paso previo necesario para proceder a la consignación; es más, puesto que la oferta debe ser injustamente rechazada, ese rechazo pondrá al descubierto la falta de cooperación del acreedor.

²⁷ CApel. CC San Martín, Sala 1, 9/10/1978, "Fontenlade Márquez, Haydée y otros v. Belzunce, Carlos A.", "L.L.", 1979-A, 242-SP, "LX.", 979-552.

²⁸ CN.Civ., Sala A, 7/4/1988, "Minuto, Jorge L. v. Gelro y otro", "L.L.", 1990-C-345, con nota de Carlos A. Ghersi.

²⁹ En especial, Moisset de Espanés, *Mora del deudor y pago por consignación*, en "J.A.", 1977-0-707.

³⁰ L. Moisset de Espanés, *Mora del deudor y pago por consignación*, en "J.A.", 1977-11-707.

Responde Moisset de Espanés: "¿sólo podrá hablarse de negativa si ha mediado una oferta?" (Moisset de Espanés, *Reflexiones sobre la mora automática, resolución por incumplimiento y purga de mora*, en "E.D.", 36-504, punto III).

d) La consignación, como ya se ha dicho, es una mera facultad que la ley le reconoce al deudor; es-oecir, el deudor no está obligado a consignar. Por lo tanto, después de ofrecer el pago y acreditar con ello que el acreedor se niega a prestar la cooperación debida por su parte, el deudor puede omitir la consignación judicial.

Nuestros tribunales así lo han declarado en forma reiterada: "La consignación del deudor inocente respecto del acreedor moroso es una facultad y no un deber. Resulta necesaria para obtener la liberación de la obligación, pero su omisión no implica la mora del deudor ni obsta a la ya producida del acreedor. Además es inevitable que transcurra cierto tiempo en la preparación de la demanda, lo que justifica una prudencial prolongación, que no implica mora del deudor aun cuando no se tratase del caso del acreedor moroso"³¹. En el mismo sentido: "Toda vez que resulta una facultad del deudor la posibilidad de consignar judicialmente el objeto debido cuando el acreedor no quiere recibir el pago ofrecido, la inobservancia de tal procedimiento no constituye incumplimiento de sus obligaciones que atente contra los principios inspiradores del art. 1197 del Cód. Civil"³².

e) En tal caso, ¿se puede afirmar que el ofrecimiento de pago es irrelevante? Se deberá admitir que, al menos, el ofrecimiento sirvió para poner de manifiesto la falta de cooperación del acreedor. Probada esta falta de cooperación, se habrá probado que el acreedor ha violado un deber jurídico específico que le impone la buena fe negocial (art. 1198) y por ello deberá soportar las consecuencias.

También la jurisprudencia ha aceptado la tesis que distingue la mora del acreedor del pago por consignación, tal como resulta del siguiente fallo: "Se debe distinguir entre la mora *creditoris* y la consignación. La mora del acreedor da lugar a una situación transitoria en cuyo transcurso todavía existe la posibilidad de que se haga efectivo el cumplimiento de la prestación, si el acreedor desiste de su actitud y se ajlana a recibir el pago; en cambio, la consignación, que supone la situación de mora, tiende a poner fin, de manera definitiva, a la relación jurídica obligatoria"³³. En otro fallo, en igual sentido se dijo que: "La mora del acreedor no se encuentra regulada en nuestro sistema legal, no obstante lo cual del art. 509 del Cód. Civil haría evidente su recepción. Para que opere no sería requerida consignación alguna, más si el ofrecimiento de pago es en tiempo y lugar oportuno" 3*.

³¹ CN.Civ., Sala C, 21/11/1985, "Camuyrano, Horacio G. v. Andak Construcciones S.A.", "L.L.", 1986-B-413.

³² CN.Com., Sala C, 28/2/1996, "Grandio, María P. v. Libertad Cía. de Seguros", "L.L.", 1996-E-660 (39.064-S); "D.J.", 1996-2-351.

³³ CCiv. Com. y Trab. Villa Dolores, 3/11/1983, "Cendo Ltda. v. Frescotti, Constantino J.", "L.L.C.", 984-466.

³⁴ CN.Trab., Sala VII, 22/3/1989, "Lescano, Pedro P. v. Sanatorio Lavadle S.R.L.", "L.L.", 1989-D-298.

Por los argumentos dados, [^]n definitiva, cabe afirmar en nuestro derecho ^{qtteMptí&Bléí^ ^} el acreedor quede constituido en mora, sin que el deudor haya efectuado la consignación judicial.

d) *Derecho comparado*

En aquellos países cuyos códigos civiles legislan sobre la mora del acreedor, como el alemán (art 293) o el italiano (art. 1206), se tienen previstas dos alternativas para el caso de que el deudor no pueda cumplir porque el acreedor se niegue injustamente a recibir el pago; la primera, que el deudor constituya al acreedor en mora, dejando constancia fehaciente de que éste se niega a recibir; la segunda, que el deudor proceda a consignar judicialmente el pago.

En estas legislaciones, la mora del acreedor y el pago por consignación se distinguen nítidamente; si el deudor constituye al acreedor en mora obtendrá: 1°) que se detenga el curso de los intereses; 2°) que los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa en poder del deudor se trasladen al acreedor; 3°) que los gastos de conservación de la cosa sean soportados por el acreedor. En cambio, si el deudor opta por recurrir a la consignación judicial irá más allá, pues extinguirá el vínculo y se liberará de la obligación.

B) *CONCEPTO DE MORA DEL ACREEDOR*

§ 288. CONCEPTO DE MORA DEL ACREEDOR

Con las debidas adaptaciones, cabe decir que la mora del acreedor es "la situación anormal de retraso en el cumplimiento, por la que atraviesa una obligación cumplible, cuando por una causa imputable el acreedor rehusa las ofertas reales que se formulan, y que subsiste mientras la aceptación del objeto debido, aunque tardía, sea posible y útil"³⁵.

Caben las siguientes explicaciones:

³⁵ En nuestro *Tratado de la mora*, § 16, p. 128 (ver *supra*, § 218), definimos a la mora como "la situación anormal de retraso en el cumplimiento por la que atraviesa una obligación exigible, cuando por una causa imputable, el deudor no satisface oportunamente la expectativa del acreedor o éste rehusa las ofertas reales que se le formulan, y que subsiste mientras la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, es posible y útil". Como se ve, en esta definición están comprendidas tanto la mora del deudor como la mora del acreedor. Por eso, y puesto que hemos adherido a la tesis de la unidad conceptual, la definición de mora *creditoris* que ofrecemos aquí es la misma, con la única modificación de la palabra *exigible* (propia de la mora *debitoris*) por *cumplible*.

a) Ausencia de una definición en el Código Civil

Pese a que el codificador tuvo presente la mora del acreedor en la nota al art. 509³⁶, no incluyó en el Código preceptos específicos para esta situación, razón por la cual no cabe sino crear —por generalización y analogía— un régimen jurídico para el acreedor a partir de las reglas previstas para el deudor. Por ello, lo que la doctrina enseña en relación con la mora *debitoris* servirá de base para explicar la situación de mora del acreedor. Sin embargo, como unidad conceptual e identidad de principios no significa igualdad de régimen jurídico para deudor y acreedor, ni que la regulación de los efectos sea la misma para todas las hipótesis de mora³⁷, se ha de tener en cuenta que la aplicación analógica de los principios y reglas de la mora *debitoris* se hará, respecto del acreedor, con las correcciones y modificaciones que las particularidades propias de la situación acreedora imponen a este institutos. Las diferencias que se advierten en el régimen de la mora del acreedor respecto de la del deudor, serán expuestas al tratar los requisitos y los efectos.

b) Obligación cumplible

/

La mora del deudor supone una obligación *exigible*. Su reverso, la mora del acreedor, supone que la obligación es *cumplible*.

Se ha señalado con acierto que es necesario distinguir entre exigibilidad y cumplibilidad³⁸; esta última expresión sirve para designar la situación en que se encuentra el deudor de una obligación, que está dispuesto a cumplir y en situación y posibilidad material y jurídica de hacerlo. Exigibilidad y cumplibilidad no se confunden; una obligación puede ser exigible y, en cambio, no ser cumplible, lo que ocurriría cuando el deudor, por ejemplo, ha destruido la cosa que constituía el objeto del crédito. El Tribunal Supremo de España ha tenido oportunidad de referirse a esta cuestión diciendo que "...dos momentos deben distinguirse en el cumplimiento de una obligación: el de vencimiento (exigibilidad), o sea aquel en que el acreedor puede exigir la prestación demandando su

³⁶ Ver *infra*, § 218. Asimismo, Wayar, *Tratado de la mora*, § 16, p. 128.

En la nota al art 509, dice Vélez Sarsfield: "El acreedor se encuentra en mora toda vez que por un hecho o por una omisión culpable, hace imposible o impide la ejecución de la obligación, por ejemplo, rehusando aceptar la prestación debida en el lugar y tiempo oportuno, no encontrándose en el lugar convenido para la ejecución o rehusando concurrir a los actos indispensables para la ejecución, como la medida o el peso de los objetos que se deban entregar, o la liquidación de un crédito no líquido".

³⁷ Alterini, *El derecho de las obligaciones en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, publicado en "J.A.", Serie Contemporánea, 1970, Sección Doctrina

³⁸ Compagnucci de Caso, *Manual de obligaciones*, § 152, p. 22.

³⁹ Cfr. Compagnucci de Caso, *Manual de obligaciones*, § 152, p. 221.

Jesús Cardenal Fernández, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, p. 43.

cumplimiento (art. 1125 del Cód. Civil español) y el momento en que el crédito es realizable, es decir, aquel en que el deudor puede hacer efectiva la prestación (arts. 1126 y 1127 del mismo Código). En la relación de sucesión de esos momentos puede ocurrir que coincidan en uno mismo, o que cualquiera de ellos sea anterior al otro, porque estando vencida la obligación no sea realizable, o porque sea realizable sin haber vencido" *>.

En lo que atañe a la mora *creditoris*, afirmar que la obligación debe ser cumplible significa que el derecho del deudor a liberarse al tiempo en que pretende ejercerlo es *actual*, es decir, no está en potencia, sino en acto⁴¹.

c) *Rehusar ofertas reales*

La mora del acreedor sobreviene a las ofertas reales de cumplimiento que, por hipótesis, el deudor debe formularle. Ya se dijo que las ofertas reales son uno de los elementos del pago por consignación⁴²; ello no quita que si el deudor decide finalmente no hacer uso del procedimiento judicial de consignación, utilice esas ofertas reales rechazadas como mecanismo para constituir al acreedor en mora.

La oferta real es a la mora *creditoris*, lo que la interpelación es a la mora *debitoris*.

Por definición, la interpelación es "la declaración unilateral de voluntad, no formal y recepticia por la que el acreedor puede reclamar categóricamente de su deudor el cumplimiento de la prestación y en cuya virtud la ley determina, como consecuencia jurídica, aunque no haya sido querida por el acreedor, la constitución en mora del deudor"⁴³. La oferta real es también una declaración de voluntad unilateral recepticia, por la cual el deudor le reclama a su acreedor que reciba el objeto del crédito, y ante su rechazo, la ley (art. 509 invocable por analogía) considera al acreedor en mora.

Cierta doctrina⁴⁴ ha negado que la oferta real de pago sea el equivalente de la interpelación. Se dice que en las obligaciones con plazo expreso, así como el solo vencimiento importa la mora del deudor (art. 509, primer párrafo), así también el mero vencimiento debía poner en mora al acreedor que no coopera,

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 28 de marzo de 1948.

⁴¹ Me he ocupado de este tema en Wayar, *El pago por consignación y la mora del acreedor*, Depalma, Buenos Aires, 2000, § 28, L p. 143.

⁴² Si ante el ofrecimiento de pago por el deudor, el acreedor se niega injustificadamente a aceptarlo, queda al descubierto que si el cumplimiento no se concreta "no ha sido por culpa del deudor, sino por el comportamiento del acreedor, lo que faculta a aquél para liberarse de la obligación...": Javier Hualde Sánchez, en Puig i Ferriol, Gete Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez y José Hualde Sánchez, *Manual de derecho civil*, t. EL "Derecho de obligaciones", p. 232.

⁴³ Ver *supra*, § 222, b). Wayar, *Tratado de la mora*, § 58.

⁴⁴ Padilla, *Responsabilidad civil por mora*, § 215, ps. 569 y ss.

aunque el deudor no formule oferta alguna⁴⁵. El error de esta tesis radica en asimilar, más allá de lo debido, la mora del deudor con ládél acreedor⁴⁶. Predicar que en las obligaciones con plazo expreso el solo transcurso del tiempo produce la mora del acreedor, importa considerarlo un simple deudor de su deudor, con olvido de que, primero y ante todo, tiene el derecho de ser pagado. La calidad de acreedor le da la prerrogativa de *esperar*, por decirlo así, la oferta de pago de su deudor, en la mayoría de los casos⁴⁷ recién después de que éste ha formulado la oferta, se podrá saber si aquél coopera o no coopera. Antes de la oferta, la presunción de culpa recae sobre el deudor, no sobre el acreedor; de allí que le quepa al primero desmentir la presunción y, para ello, tiene la herramienta llamada oferta.

Por ello, con todo acierto nuestra jurisprudencia ha declarado: "Según la concepción tradicional del derecho de obligaciones es el deudor quien debe actuar con diligencia en el momento de cumplir la obligación, ya que se presume que el acreedor está dispuesto a recibir el pago, máxime cuando debe pagarse en el domicilio del acreedor, y si éste no se produce, se presume que tal incumplimiento debe ser atribuido al deudor"

d) Posibilidad de aceptación tardía

Por último, la mora del acreedor, como la del deudor, supone que la aceptación posterior del objeto del crédito, aunque tardía, es siempre posible y útil.

§ 289. REQUISITOS. ENUMERACIÓN

Los requisitos para que se produzca la mora del acreedor pueden ser clasificados, tal como se hizo respecto del deudor, en presupuestos, elementos y circunstancias.

a) Presupuestos

Son presupuestos:

I') Que preexista el deber jurídico de cooperar impuesto al acreedor. El acreedor no puede limitarse a esperar que su deudor cumpla, asumiendo una acti-

⁴⁵ Dice Padilla: "El deudor, impedido de cumplir por la reticencia creditoria, debía ahora desanclar, volver al pasado y fingir que aun el tiempo no había fenecido dándose un nuevo plazo de cumplimiento y fijándolo también para su colaborador remiso, para recién poder hablar de mora. Demasiado alambicado e insincero: si el tiempo corre para todos ¿por qué no corría también para el acreedor?" (*Responsabilidad civil por mora*, § 215, p. 571).

⁴⁶ Ello, a pesar de que Padilla adhiere a la tesis de la dualidad (*Responsabilidad civil por mora*, § 212, p. 552).

⁴⁷ En particular, sobre las obligaciones pagaderas en el domicilio del deudor, ver *supra*, § 227.

⁴⁸ CApel. Civ. y Com. Morón, Sala 1, 29/11/1984, "Martos, Raúl, N. y otra v. Ridrán, Carlos A.", "L.L.", 1985-E-395 (37.020-S), "J.A.", 985-11-131, "E.D.", 113-309.

tud pasiva; a él le corresponde la carga de prestar toda la colaboración que exija la naturaleza de la obligación. En general, se afirma que existe el deber de cooperar "cuando la prestación no puede hacerse sin un acto de aceptación por parte del *accipiens*"⁴⁹. La falta de cooperación del acreedor producirá dos consecuencias: 1º) impedirá que el deudor quede incurso en mora aun cuando se hubiese vencido el plazo de la obligación, y 2º) puede originar la mora del propio acreedor, lo que sucederá si se le ha formulado una oferta real de pago. Como ya lo hemos dicho y vale reiterarlo, si bien el deber de cooperar no constituye técnicamente una "obligación recíproca" con respecto al deber de prestación que pesa sobre el deudor, su inobservancia implica una transgresión del acreedor al derecho de crédito, que lo hace pasible y responsable de las consecuencias 5º.

2º) Que la obligación sea cumplible. La *cumplibilidad* es la contracara de la exigibilidad; con ella se alude a la facultad (reconocida por el art. 505 *in fine*) que tiene el deudor de cumplir para liberarse de la obligación. Existe una precisa correlatividad entre el "poder exigir", que le cabe al acreedor, y el "poder cumplir", que le corresponde al deudor. ¿Cuándo una obligación se encuentra en estado de ser cumplida? Cuando ha llegado el tiempo de pago, tiempo que deberá determinarse según el principio de puntualidad; a partir de ese momento, *de allí en más*, el deudor está facultado a cumplir y el acreedor debe respetar ese derecho prestando la cooperación debida por su parte.

3º) Que la aceptación del bien debido al acreedor, aunque tardía, sea posible y útil. La mora del acreedor, como la del deudor, también supone un retardo, sólo que en este caso lo que se retarda es la liberación del deudor; el retardo subsiste —y con él la mora *creditoris*— mientras la aceptación del bien debido sea posible y útil. Si durante la mora *creditoris* sucede un hecho que determina la imposibilidad de cumplimiento, la obligación se habrá extinguido y el deudor se habrá liberado sin que el acreedor haya sido satisfecho.

b) Elementos esenciales

Son elementos esenciales para que se configure la mora del acreedor:

- 1) Que el deudor haya formulado una oferta real de cumplimiento.
- 2) Que se acredite la falta de cooperación del acreedor.
- 3) Que la falta de cooperación sea imputable al acreedor.

La jurisprudencia coincide con estos requisitos: "La mora del acreedor requiere la reunión de dos requisitos de fondo: la posibilidad del deudor de cum-

⁴⁹ Enneccerus y Lehmann, *Obligaciones*, § 60, p. 302; Von Tuhr, A., *Tratado de las obligaciones*, t II, n° 54, p. 4.

⁵⁰ Cfr. E. Betti, *Teoría general de las obligaciones*, t I, p. 99.

⁵¹ Emilio Valsecchi, *Sulla illiceità del ritardo nell'adempimento*, incluido en "Studi in onore di Alberto Asquini", t. V, ps. 2030 y 2040.

plir la prestación, y la falta de aceptación de la prestación en tiempo por parte del acreedor o su omisión de prestar la cooperación de su parte que sea indispensable para permitir el cumplimiento, debiéndose agregar además uno formal: la oferta realizada por el deudor"

De estos elementos, por su importancia, nos ocuparemos por separado.

c) *Circunstancias*

Son circunstancias:

Todos aquellos factores que deben valorarse para verificar si se ha configurado la mora del acreedor y que tienen origen en la ausencia de alguno de los presupuestos o en la falta de alguno de los elementos. Así, por ejemplo, son factores que borran la mora *creditoris*, la circunstancia de que la obligación no sea cumplible, o que al acreedor se le exija una diligencia mayor que la ordinaria (ausencia de presupuestos); o la inimputabilidad del rechazo de la oferta de pago o la omisión del deudor en efectuar la oferta de cumplimiento (falta de elementos).

Para otra doctrina, los requisitos de la mora del acreedor son los siguientes: a) que exista prestación exigible; b) que pese sobre el acreedor un deber de colaboración para la consecución de aquélla; c) que el acreedor retarde injustificadamente la prestación de su deber, d) que sea aún posible y útil la ejecución tardía (transitoriedad del retardo); y e) que ese retardo creditorio ocasione un daño solutorio causalmente generado por el retardo⁵³.

C) REQUISITOS

§ 290. LOS REQUISITOS ESENCIALES. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Los requisitos de la mora del acreedor son los siguientes:

a) *Oferta real de pago*

El primer —y fundamental— requisito de la mora del acreedor es la oferta real de pago. Al respecto, caben las siguientes consideraciones:

1) *Concepto*. —El primer requisito esencial para constituir al acreedor en mora, estará cumplido cuando el deudor le formule una oferta de pago. El ofrecimiento debe ser real, no sólo en el sentido de que debe traducirse en un acto real, no ficticio o aparente, sino especialmente porque no basta la mera decla-

⁵² CN.Civ., Sala F, 9/10/1987, "Patlis, León v. Asociación Atlética Argentinos Juniors", "L.L.", 1989-A-28, con nota de Jorge A. Mayo, "E.D.", 128-515.

⁵³ Padilla, *Responsabilidad civil por mora*, § 215, p. 558.

ración de querer cumplir, aunque llegue a conocimiento del acreedor, ya que lo que interesa es que el deudor ponga a disposición del acreedor el objeto de la obligación, de manera tal que sólo de este último dependa que se concrete el pago. La disposición del deudor para cumplir expresada en el ofrecimiento ha de constar positivamente, pues sólo se debe proteger a aquel deudor que se halle realmente dispuesto a cumplir. Por consiguiente, el deudor ha de tener preparado el cumplimiento, de tal forma que si el acreedor se decide a aceptarlo o presta la cooperación que le sea exigida (v.gr., acude a buscar la cosa), el pago debe concretarse. Es más, la ley (art. 757, inc. 1) exige no sólo que el deudor esté dispuesto a cumplir, sino que también exige que haya comenzado a cumplir; se ha dicho, en este sentido, que la oferta será real cuando el deudor aproxime el objeto de la prestación al acreedor de tal manera que éste no tenga que hacer otra cosa que tomarla ⁵⁴.

Tan necesaria es la oferta de pago que la sola negativa del acreedor, sin que se le haya formulado la respectiva oferta, no es suficiente para considerarlo en mora. La negativa se debe acreditar mediante ofertas. Por ello se ha decidido con acierto que "La negativa del acreedor a prestar la cooperación necesaria de su parte para la extinción del vínculo lo coloca en una situación de incumplimiento, que se convertirá en mora, si además el deudor le formula ofertas reales de cumplimiento. Ello significa que la sola negativa a recibir la prestación no basta para la configuración en mora; esta conducta del acreedor constituye su elemento objetivo o material, el que debe integrarse con el elemento formal constituido por el ofrecimiento real de pago" ⁵⁵.

Por no implicar un acto real (en el sentido que queda expuesto) se consideró que no constituyen *ofertas* aptas para constituir al acreedor en mora los ofrecimientos verbales o telegráficos ⁵⁶, puesto que en tales casos, o en otros similares como la oferta telefónica o por Internet, el acreedor no puede disponer, al instante ⁵⁷, del objeto que le es debido ⁵⁸. Cabe dejar aclarado, sin embargo,

⁵⁴ El deudor —dice Larenz— está obligado a promover el cumplimiento. Ha de aproximar el objeto de la prestación al acreedor de tal forma que éste no tenga que hacer otra cosa que tomarlo. En una obligación de entrega o de remisión de cosas, el acreedor incurre en mora cuando se pone de tal forma a su alcance el objeto de la prestación que solamente de él depende tomar posesión de ella. El ofrecimiento efectivo, el comenzar a cumplir, implica un acto real, no una declaración de voluntad o una comunicación, resultando irrelevante que esa declaración o comunicación haya llegado a conocimiento del acreedor. Larenz, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, p. 377.

⁵⁵ CFed. Córdoba, Sala Civil y Com., 18/10/1982, "Guinsburg, León v. Banco Hipotecario Nacional", "L.L.C.", 984-648 (49-R); "J.A.", 983-111-549.

⁵⁶ Como queda dicho en el texto, respecto de los ofrecimientos verbales o telegráficos se consideró que no constituyen ofertas reales aptas para provocar la mora del acreedor. C.N.Esp. Civ. y Com., Sala 1, 26712/1975, "B.C.E.C.yC", 612, n° 8334.

⁵⁷ Cfr. Larenz, *Derecho de obligaciones*, t 1, p. 379.

⁵⁸ Los siguientes fallos ilustran sobre lo que se afirma en el texto: "...lo que debe acreditarse

que las ofertas verbales o telegráficas pueden dar origen a la confesión del acreedor; tal cpsa^sjceder4jii el acreedor respondiera a ellas manifestando que no recibirá ese pago; tal manifestación importa una confesión de que no aceptará el pago, confesión que torna innecesario el ofrecimiento real. Tampoco será necesaria la oferta real de pago en los siguientes casos: a) cuando así se hubiese pactado en el contrato; b) cuando por culpa del acreedor resultare imposible hacerel ofrecimiento.

IT) Las ofertas del deudor constituido en mora. — ¿Puede el deudor constituido en mora formular ofertas reales de cumplimiento? Se han dado dispares respuestas; así, un sector de la doctrina, cuyos principales sostenedores son Llambías y Borda⁵⁹, sostiene que la oferta de pago no es apta para extinguir la mora del deudor, porque para que así suceda la oferta tendría que ser eficiente para causar la mora del acreedor, pero —según los juristas citados— no tiene ese efecto porque en nuestro ordenamiento no existe una norma que disponga tal cosa; por ello concluyen afirmando que el deudor moroso tiene que recurrir a la consignación para hacer cesar su mora. Para otro sector, al que adhiero, el deudor moroso está habilitado para formular una oferta de cumplimiento que, si es real y completa, no sólo purgará la mora del oferente sino que provocará la mora del acreedor, si éste rehusa aceptar el ofrecimiento.

II) Condiciones que debe reunir la oferta. — La oferta es para el acreedor lo que la interpelación es para el deudor; por lo tanto, debe reunir las siguientes condiciones: debe ser categórica e inequívoca, Coercitiva y no meramente declarativa, debe ser íntegra, exacta y contener las referencias necesarias al tiempo y al lugar de cumplimiento.

IV) Aplicaciones jurisprudenciales. — Son numerosos los pronunciamientos referidos a la oferta real como elemento de la mora "*creditoris*", como lo pone en evidencia la siguiente reseña de fallos:

La oferta como requisito de la mora "*creditoris*": "Se admite hoy casi sin disenso, que la llamada mora del acreedor, presupone, entre otros requisitos, que medie por parte del deudor un ofrecimiento real, concreto, efectivo e íntegro del cumplimiento de la prestación debida" «º. "Cuando la cooperación de no es la intención de pagar sino el hecho de haber puesto realmente a disposición del acreedor la cosa debida, por lo que la intimación telegráfica al locador, ni equivale ni sustituye a la efectiva oferta de pago" (C.NJEsp. Civ. y Com., Sala I, *Boletín* 612, n° 8334). En otro fallo se dijo: "El envío de dos telegramas por el deudor intimando la recepción del pago, aunque se pruebe que llegaron a destino, no constituye la intimación que exige la ley..." (C.N.Paz, Sala III, "L.L.", 141-610). En el mismo sentido C.N.Paz, Sala m, "L.L.", 148-660 (19.427-S); CN.Civ., Sala D, "L.L.", 1978-A-121 y "E.D.", 74-250.

⁵⁹ Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 135, p. 170; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 78, p. 89.

⁶⁰ CApel. Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com., 4/4/199L "Álvarez, Roque A. v. Industrias Villa Elisa S.A.", "D.J.". 1992-1-208.

bida por el acreedor para el pago es meramente pasiva por limitarse el recibimiento de la cosa, para que se configure la mora del acreedor es necesario que promedie oferta real, no en sentido de tener que ser efectuada por intermedio de un ujier o funcionario judicial, sino real en tanto debe ser acompañada con el hecho de la realización de la prestación" «. "La mora del acreedor que impediría que, a su vez, el deudor pueda ser considerado moroso requiere básicamente la oferta del obligado, es decir, el requerimiento que se le hace al *accipiens* para que brinde la colaboración que permita la satisfacción de lo debido" ⁶².

Oferta oportuna: "Si el ofrecimiento de pago de las cuotas del precio —rechazado por el vendedor— se verificó oportunamente, debe admitirse la consignación y la escrituración (arts. 1185 y 1187, Cód. CivD), ya que la mora de los acreedores enervó los efectos de la insatisfacción oportuna de las prestaciones debidas. De ello se sigue que el objeto del pago cumple con el recaudo de los arts. 740 y 758 del Cód. citado, habiendo ejercido la compradora el derecho de pagar la totalidad del precio espontáneamente (art. 9º, ley 14.005 aplicable al caso). Y no obsta al progreso de la escrituración que no hubiera sido diligente respecto de la obligación de fijar el día de otorgamiento del acto, si el vendedor ni invocó claramente incumplimiento de aquélla, en tal sentido para pedir la resolución del contrató, siendo aplicables por lo demás los arts. 7º y 8º de la ley 14.005" ⁶³.

Oferta real: "La mora del acreedor no se configura por el solo envío de un telegrama, siendo necesario invocar y acreditar la existencia de un ofrecimiento real y efectivo y la consiguiente negativa injustificada de la locadora a percibir los alquileres" ⁶⁴.

Oferta rechazada: "Para que el acreedor reticente caiga en mora sólo es menester que el deudor emita una oferta de pago y le sea rechazada; ello implica la traslación de los riesgos que soporta el deudor a la entidad que debía haber percibido el pago" ⁶⁵.

Oferta por intimación: "La oferta de pago efectuada por el deudor mediante intimación fehaciente es un medio para purgar su mora y para provocar la de acreedor"

⁶¹ CN.Civ., Sala G, 20/9/1988, "Soria, Daniel R. v. Barbaresi, Héctor y otro". "L.A.", 1989-D-557, con nota de Ricardo José Papaflo.

⁶² CN.Trab., Sala X, 27/2/1998, "Gómez, Félix E. v. Transportes Automotores Lanús Este S.A.V'D.T.", 1998-B-1863.

⁶³ CN.Civ., Sala C, 22/6/1979, "Beovide de Ziberman, Diana v. Lacroze, Alfredo y otra", "L.L.", 1979-D-122.

⁶⁴ CN.Esp. Civ. y Com., Sala IU, 6/4/1979, "Saad, José v. Concaro de Bendaham, Gómez A", "B.CE.C.yC", 674, n° 9793.

⁶⁵ CN.Com., Sala B, 23/12/199L "Tabarez Gentile, Fernando v. Saving S.A.", "L.L.", 1993-C-251, con nota de Elías P. Guastavino.

⁶⁶ CN.Com., Sala A, 23/1995, "DaelerCars S.A.v.EstampaUda.S.R.L.", "L.L.", 1996-B-627.

Oferta inapropiada: "Aun cuando en el caso pudiera haberse configurado un supuesto de mora *accipiendi*, cabe rechazar la consignación por parte de la aseguradora de una suma que, debido al período hiperinflacionario que padeció la República Argentina en 1989, ha perdido todo valor de cambio a punto tal que representa el 9,38% de lo estimado como adeudado; ya que esta pretensión implica un ejercicio abusivo de la facultad de extinguir la obligación asumida"⁶⁷. "Si la oferta de pago fue sustancialmente menor que la pertinente, ella nunca pudo tener la virtualidad de importar una válida constitución en mora del acreedor"⁶⁸. "No existe mora del acreedor cuando la oferta de pago no fue apropiada en cuanto a su objeto, oferta que resulta irrelevante por dicha circunstancia, aunque no fuera impugnada por el acreedor" » "La oferta de pago no es apta para extinguir la mora, ya que para que así fuera tendría que ser eficiente para causar la mora del acreedor en cuanto a la cooperación de éste en la recepción del pago, lo que no tiene lugar porque el moroso es inepto para provocar la mora de la contraparte"⁶⁹. "La oferta de pago no es apta para extinguir la mora, porque para que así fuera tendría que ser eficiente para causar la mora del acreedor en cuanto a la cooperación de éste en la recepción del pago ofrecido, lo que no tiene lugar porque el moroso es inepto para provocar la mora de la contraparte (conf. art. 510, Cód. Civil). De ahí que el deudor moroso tenga que recurrir a la consignación en pago para hacer cesar su mora"⁷¹.

b) Falta de cooperación del acreedor

El segundo requisito de la mora del acreedor es su falta de cooperación. Según el cursó natural y ordinario de las cosas, es el deudor el que debe actuar con diligencia para cumplir; por ello es que, llegado el tiempo de cumplimiento, se presume que el acreedor está dispuesto a recibir el pago, y si éste nó se produce, se presume que el incumplimiento debe ser atribuido al deudor. Frente a esta realidad jurídica, el deudor—para demostrar lo contrario—no tiene más remedio que probar que el acreedor se negó a recibir el pago⁷². Pues bien,

⁶⁷ GN.Com., Sala A, 21/9/1994, "Machuca Centurión F.Uedonia v. Omega Cía. de Seguros", "E.D.", 163-308.

⁶⁸ CN.Civ., Sala C, 6/2/1979, "Consortio de Propietarios Sarmiento 2602/16 v. Gnganía, Jorge E. y otros", "L.L.", 1979-B-227.

⁶⁹ CApel. Civ. y Com. Santa Fe, Sala II, 11/10/1980, "Montu y Cía.", "S. C. C. v. Fernández, Héctor O." J, 65-187.

⁷⁰ C.N.Com., Sala C 25/4/1980, "Prozer S.A. v. Eurosilvia S.C.A.", "E.D.", 88-381.

⁷¹ CN.Civ., Sala D, 25/9/1979, "Mesina, Francisco A. y otra v. Casol S.C.A.", "L.L.", 1980-A-280.

⁷² Es la opinión mayoritaria de la doctrina: Salvat y Galli, *Obligaciones*, t II, n° 1322; Busso, *Código Civil*, art. 757, n° 36, p. 586; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1550, p. 209.

¿cómo se acredita esta negativa? ¿Cómo se acreditará que el acreedor se niega a recibir el pago? Adviértase que la actividad probatoria del deudor estará encaminada a la demostración de un hecho negativo⁷³: la falta de cooperación del acreedor. Sin embargo, tiene el deudor un recurso que torna factible esa prueba mediante la demostración de un hecho positivo: demostrar que se presentó ante el acreedor y le formuló una oferta real, seria y efectiva de pago y que aquél no quiso aceptarla

El rechazo injustificado de una oferta real de pago acreditará la falta de cooperación del acreedor.

La jurisprudencia registra estos pronunciamientos: "El acreedor incurre en mora cuando no brinda la colaboración requerida para que se efectivice el pago de la obligación por el deudor"⁷⁴. "También implica mora del acreedor la falta de colaboración para el pago, cuando por la índole de la prestación o en razón del contrato precisa de actos de él. En el caso de autos esa cooperación consistía en liquidar los incrementos de indexación. La vendedora era quien las había hecho hasta el desacuerdo que dio origen al litigio. Sin perjuicio de ello, aun cuando pudieron practicarlas los deudores, la participación de aquélla era necesaria para la elección de los índices del Indec o de la C.A.C., para lo cual tenía la empresa un derecho de opción"⁷⁵. "No obstante lo dispuesto por el art. 509, primer párrafo del Cód. Civil, no se produce la mora del deudor por el solo vencimiento del plazo, cuando existe un factor impeditivo de la mora del acreedor en el cumplimiento de las obligaciones que le son propias o en el caso de falta de cooperación del acreedor para que el deudor pueda cumplir"⁷⁶. "Si los deudores concurrieron al domicilio de pago a ofrecerlo y el acreedor no lo quiso recibir, no puede éste ampararse en una supuesta inexistencia del dinero necesario para ello, cuando con su actitud no hizo más que impedirlo. Es decir, esa negativa del acreedor en recibir el pago torna innecesaria la concreta demostración de que el deudor concurrió con el dinero suficiente, pues precisamente dicho rechazo pone de relieve que hubo un ofrecimiento real y efectivo por parte de los deudores; de lo contrario, la negativa del acreedor en recibir el pago ofrecido quedaría sin ningún sentido"⁷⁷. "No se opera la mora del deudor por el solo

⁷³ Al respecto, una calificada doctrina se empeñó en poner de relieve la imposibilidad de acreditar hechos negativos; esa doctrina dice que tales pruebas son diabólicas, imposibles o tortuosas: cfr. Couture, E, *Fundamentos de derecho procesal civil*, n° 57, p. 247; C. Lesona, *Trattato delta prova in materia civile*, 11, ps. 375 y ss.

⁷⁴ CN.Civ., Sala J, 7/11/1996, "F. de A., M. E. v. M. de P., L. C", "L.L.", 1997-D-514.

⁷⁵ CN.Civ., "Sala C\ 21/11/1985, "Camuyrano, Horacio G. v. Andak Construcciones S.A.", "L.L.", 1986-B-413.

⁷⁶ C. 3° Civ. y Com. Córdoba, 15/7/1977. "Ortiz, Pedro v. Bechara, Antonio", CJ, XXV1Ü-J-152.

⁷⁷ CN.Civ., Sala D, 21/12/1979, "Cristofani, Jorge R. y otro v. Lovecchio, Nicolás", "L.L.", 1980-B-566.

vencimiento del plazo cuando media un factor impeditivo de dicha mora, v.gr., cuando el acreedor no presta la colaboración pertinente a la realización de la prestación debida. En tal caso el comportamiento del acreedor impide objetivamente hacer efectivo el pago que quiera hacer el deudor, por lo que el primero incurre en mora *accipienda*⁷⁸. "Si el acreedor no brinda la cooperación requerida para el pago, debe estimarse que es él quien ha incurrido en mora y no el deudor, con prescindencia de toda oferta de pago. Ello así, porque la situación de mora en que se encuentra el acreedor lo inhabilita para, a su vez, constituir en mora al deudor, pues para ello es menester que previamente haga cesar su propia mora, comunicando al deudor su voluntad de aceptar el pago"⁷⁹.

Por el contrario, el rechazo justificado de la oferta no dará lugar a la mora del acreedor.

Por ello se ha resuelto, con acierto, que "El deudor no puede pretender que se le reciba el pago en un sitio que no sea el lugar de pago. Si el acreedor resiste esta pretensión su negativa es legítima: por lo tanto él no cae en mora *accipienda* ni puede ser forzado a recibir un pago que se haya consignado judicialmente en esas condiciones. La obligación no sólo constriñe al deudor a pagar, sino a hacerlo en determinado lugar y no otro" «o.

Por aplicación de los principios que rigen el *onus probandi*, le corresponde al deudor que afirma que el acreedor se negó a prestar la cooperación que le era exigida, probar ese extremo.

Por ello se resolvió que "Si la empleadora no acreditó que el trabajador recepcionó los telegramas que dice haberle remitido, ni que el acreedor se haya negado a percibir los importes adeudados, no puede configurarse la mora del acreedor, máxime que no puede presumirse negligencia de éste ya que intimó al pago del fondo de desempleo y de los haberes adeudados iniciando su demanda al poco tiempo de la extinción de la relación (en el caso se dispuso que los salarios del art. 3° de la ley 17.258 corren hasta la fecha del depósito correspondiente)"⁸¹. En el mismo sentido, "Si bien la ley laboral establece la mora automática, la misma no exonera al trabajador a cumplir con su obligación de concurrir al lugar de pago a percibir su crédito o enviar a cobrarlo (arg. arts. 128, 129 y 149 y cons., Ley de Contrato de Trabajo), situación que no ha probado en autos, por lo que ante la mora del acreedor, queda suspendida la del deudor en virtud del art. 509 del Cód. Civil, disposición que es aplicable en el caso de

⁷⁸ CN.Civ., Sala D, 7/12/1981, "Piroska de Schwartz, Elena y otra v. Bellagamba, Enrique J. y otro", "L.L.", 1982-C-134; "E.D.", 98-247.

⁷⁹ CN.Civ., Sala D, 30/8/1979, "Adduci, Miguel v. Romero, Silvia", "E.D.", 87-537; *idem*, 21/12/1979, "Cristófani, Jorge R. y otro v. Lovecchio, Nicolás", "L.L.", 1980-B-566.

⁸⁰ C I Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 7/6/1980, "Sánchez Ramírez, Antonio M. v. Bertoldi, Alfredo y otro", SP "L.L.", 980-485.

⁸¹ CN.Trab., Sala VI, 14/2/1983, "Coria, Juan A. v. Aréballo, Nicolás", "D.T.", 983-B-978.

autos, pues la misma no se opone a los principios especiales del derecho del trabajo y se compadece con *l'écarter la buena fe que debe perseguir todo tipo de relación* (art. 63, Ley de Contrato de Trabajo)"⁸².

Si el acreedor se vio obligado a iniciar juicio para obtener el cobro de su crédito y luego de que se dictara sentencia a su favor demora su ejecución, no puede pretender el deudor ejecutado y condenado, que esa demora en la ejecución de la sentencia ha constituido al acreedor en mora, pues al deudor le correspondía cumplir la sentencia sin esperar la ejecución. Por eso se ha resuelto, con acierto, que la demora en solicitar la ejecución de una sentencia no constituye una falta de cooperación.

Así: "En la ejecución de sentencia no puede hablarse de mora del acreedor no obstante que pueda no haber instado la ejecución de sentencia, ya que la condena debió ser acatada y cumplida espontáneamente por el demandado y no requería ninguna actividad extra del acreedor, ya que aquél pudo hacer depósito judicial en los autos del monto que se le condenara a pagar y sin necesidad de accionar por consignación (en el caso se trata de la actualización por desvalorización monetaria del monto de la condena con posterioridad a la sentencia)"⁸³.

c) La falta de cooperación, ¿debe ser imputable al acreedor?

Se trata de saber si para que se configure la situación de mora del acreedor se requiere que su falta de cooperación le sea imputable. Al respecto, se conocen tres posiciones doctrinarias: 1) una que postula una mora objetiva (sin culpa del acreedor); 2) otra que no la condiciona a la transgresión de ningún deber; 3) una tercera que subordina su existencia al elemento culpa.

1) Primera opinión: no se requiere culpa del acreedor. — Según una primera opinión, sostenida por calificada doctrina⁸⁴, para que se configure la mora *creditoris* no se requiere que el acreedor haya obrado con culpa (*lato sen-*

⁸² CN.Trab., Sala III, 27/8/1978, "Garbini, Osvaldo D. v. Mazzitelli S.A., Francisco", "J.A.", 979-TV-440.

⁸³ C.3* Civ. y Com. Córdoba, 15/10/1979, "Viviendas Biale Masse v. Gianuzzo, Tránsito", SP"L.L.", 980-493.

⁸⁴ Crome, *Teorie fondamentali delle obbligazioni*, p. 187; Larenz, *Derecho de obligaciones*, I.1, n°24; Hedemann, *Obligaciones*, n°23. Afirma Larenz que "la mora del acreedor no exige culpa en éste o en su representante, de donde se sigue que es conceptualmente diversa de la del deudor, que, como se sabe, es esencialmente culpable"; en términos similares se pronuncia Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. II, p. 64. Algunos autores españoles se inclinan por el carácter objetivo de la mora del acreedor. En este sentido Castán Toboñas, *Derecho civil español*, t. III, "Obligaciones", p. 206, nota n° 1; Lacruz Berdejo, *Elementos del derecho civil*, t. II, vol. I, p. 113. Es más, para Díez-Picazo, aun cuando la no recepción del pago se deba a un caso fortuito, de todos modos el acreedor estará en mora: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. I, p. 724.

su). Es la misma doctrina que afirma que el acreedor *no está obligado* a recibir el pago (*supra*, aquí, § 285); por lo tanto, si no está obligado, mal puede imputársele culpa en una eventual conducta omisiva.

JJ) *Segunda opinión: no se viola un deber jurídico.* — Como una variante de la anterior, otros autores⁸⁵ sostienen que la mora del acreedor no supone que él ha violado un deber jurídico, pues, como la anterior, considera que el acreedor no está obligado al cumplimiento de obligaciones respecto del deudor; sólo tiene derechos y prerrogativas. Dentro de esta corriente de doctrina cabe incluir la prestigiosa opinión del ex camarista Vernengo Prack⁸⁶, quien ha sostenido que no existe ninguna obligación de colaboración del acreedor pues, en última síntesis, se piensa que siempre el deudor tendrá la posibilidad de cumplir prescindiendo de la actividad receptora del acreedor, aunque deba recurrir a la consignación judicial. Pero esta doctrina conduce a la conclusión de que la consignación no es una mera facultad del deudor, sino una obligación.

ni) *Tercera opinión: se requiere culpa del acreedor.* — Para una tercera opinión que, por sus fundamentos, comparto, la mora del acreedor supone que éste ha obrado con culpa⁸⁷. Esta tesis se asienta en la idea de que la mora *creditoris* comienza a gestarse con su falta de cooperación, comportamiento que, por omisión, impide que el deudor cumpla. Esa omisión, desde que generará responsabilidad para el acreedor, debe ser imputable al sujeto responsable. Los argumentos expuestos por la doctrina para explicar por qué la situación de mora del deudor supone que el retardo le es imputable, son también válidos para explicar por qué la omisión del acreedor que no coopera lo hará ingresar a la situación de mora, si esa omisión le es imputable.

La doctrina que sustentamos es la que prevalece en nuestra jurisprudencia. Así, se ha declarado que "En orden a la idea de la constitución en mora al acreedor por aplicación analógica de las reglas establecidas en el art. 509 del Cód. Civil, para la mora del deudor, se destaca el elemento 'culpabilidad' que constituye un ingrediente indispensable para que se produzca tal situación jurídica, pues si la conducta del acreedor no es reproachable no nacerán los efectos jurídicos de la mora sustento de la consignación"⁸⁸. En el mismo sentido, des-

⁸⁵ Cfr. Saleilles, Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, n° 31. Esta tesis puede sintetizarse en este párrafo: "No es la culpa lo que constituye en mora al acreedor, sino su negativa *sin razón*. Se puede hablar de incumplimiento imputable al acreedor, pero esta imputabilidad no significa culpa ni infracción de un deber propiamente tal": Pérez González y José Alguer, en sus anotaciones a la obra de Enneccerus, *Derecho civil*, t II, "Obligaciones", vol. I, p. 291.

⁸⁶ Nos referimos a Vernengo Prack, su voto en fallo plenario de la CN.Civ., de fecha 21/3/1980, publicado en "L.J.L.", 1980-D-123.

⁸⁷ De acuerdo, por todos: Compagnucci de Caso, *Mora del acreedor*, "L.L.", 1981-D-998.

⁸⁸ CCiv., Com. y Trab. Villa Dolores, 3/11/1983, "Cendo Ltda. v. Frescott, Constantino J", "L.L.C.", 984-466.

tacando el carácter esencial que tiene el elemento culpa en la configuración de la mora *creditoris* se ha dicho que "El acreedor se encuentra en mora toda vez que por un hecho o por una omisión culpable imposibilita o impide la ejecución de la obligación, rehusándose aceptar la prestación debida en el lugar y tiempo oportuno, ya sea, no encontrándose en el lugar convenido para la ejecución y rehusando concurrir a los actos indispensables para la ejecución, etc." ⁸⁹; en similar sentido: "La mora 'creditoria' se produce cuando el acreedor se niega a recibir el pago que le ofrece el deudor. Esa mora creditoria deja subsistente la obligación, pero impide que la postergación del pago agrave las responsabilidades del deudor. De allí que, aunque el pago se haga después del vencimiento, la consignación es válida si el atraso se debió a circunstancias inherentes o imputables a la acreedora" so. También "La mora del acreedor se produce cuando por su comportamiento impide que el deudor efectúe el pago y cumpla así con la obligación que le compete" ⁹¹.

d) Ámbito de aplicación de la mora "creditoris"

La mora del acreedor tiene vigencia plena en las obligaciones de dar. ¿También es posible en las obligaciones de hacer?

Es necesario distinguir.

a) En las de hacer (puro hacer) que no requieren la intervención del acreedor, al deudor le bastará desarrollar el comportamiento debido para cumplir, resultando indiferente el comportamiento del *accipiens*. Sin embargo, si el acreedor se niega a otorgar el instrumento que acredite su conformidad con el cumplimiento, el deudor deberá tomar la precaución de acreditar que hizo lo que debía, para cubrirse de cualquier ulterior reclamo. En su caso, deberá demandar judicialmente su liberación.

b) En las de hacer para cuyo cumplimiento se requiere la colaboración del acreedor, como la del retratista que necesita que quien lo contrató pose para que se pueda hacer el retrato ⁹², la posibilidad de mora *creditoris* es innegable.

c) En las de hacer que consisten en la ejecución de una obra destinada a ser entregada al acreedor, la mora *accipiendi* se registrará por las reglas propias de las obligaciones de dar.

⁸⁹ CApel. Civ. y Com. Rosario, Sala Eñ 14/11/1978, "Cano, Juan A. v. Roldan, Benigno F." Z, 979-16-174.

⁹⁰ C.5* Civ. y Com Córdoba, 25/7/1994, "Parravicini de Giuggioloni, Ana M. v. Rolcar S.R.L.", "L.L.C.", 1995-164.

⁹¹ C.1* Civ. y Com. Tucumán, 29/8/1978, "Saade, Julio v. Ogal S.R.L.", SP "L.L.", 979-412 (141-SP).

⁹² El ejemplo es de Moisset de Espanés, *Mora del acreedor y pago por consignación*, "J.A.", 1977-11-707.

4) En las obligaciones de no hacer, en tanto el cumplimiento no requiere la intervención del acreedor, tampoco será menester formular ofertas; bastará la abstención para cumplir.

D) EFECTOS Y EXTINCIÓN

§ 291. EFECTOS, ENUMERACIÓN

El acreedor constituido en mora debe soportar, precisamente por eso, una serie de consecuencias desfavorables para él que van desde la pérdida o mengua de ciertos derechos y atribuciones que son propios de la "posición acreedora", hasta la obligación de reparar los daños y perjuicios que su morosidad pudo ocasionar al deudor.

En las obligaciones de dar y en las de hacer seguidas de entrega, en particular, se pueden enumerar como efectos de la mora creditoria los siguientes:

- a) Determina, en su caso, el cese de la mora del deudor.
- b) Transfiere la carga de los riesgos.
- c) Detiene el curso de intereses a cargo del deudor. En su caso, impone al acreedor la obligación de pagar intereses y gastos (art. 1430).
- d) El deudor queda habilitado para pagar por consignación.
- e) El acreedor debe responder por los daños y perjuicios, siempre que el deudor aporte la prueba de haberlos sufrido.

En general, la doctrina⁹³ coincide, aunque con ligeras variantes, con el catálogo de efectos que queda enumerado.

En nuestra jurisprudencia también se reflejan estos efectos, según se puede apreciar, por ejemplo, en el siguiente fallo: "Entre los efectos que produce la mora del acreedor se destaca la traslación de los riesgos que soportaba el deudor y el cese del curso de los intereses"⁹⁴. En otro caso se dijo que: "Uno de los efectos de la mora consiste en la traslación de los riesgos que pesan sobre el crédito. En consecuencia, la desvalorización del dinero debido como saldo de precio de la compraventa de un inmueble debe ser soportada por el vendedor moroso en cumplir su obligación de escriturar"⁹⁵.

⁹³ En general, la doctrina coincide en la enumeración de los efectos: Compagnucci de Caso, *Mora del acreedor*, "L.L.", 1981 -D-998; para Padilla (*Responsabilidad civil por mora*, §§ 225 y ss., p. 600) los efectos son: 1) traslado de los riesgos; 2) impide que el acreedor pueda constituir al deudor en mora; 3) pierde el acreedor el derecho de invocar los beneficios de la teoría de la imprevisión; 4) suspende el curso de intereses moratorios a cargo del deudor, mas no el de los compensatorios y puede generar la obligación a cargo del acreedor de pagar intereses moratorios a favor del deudor y de reparar otros daños moratorios, siempre* que se pruebe la existencia y cuantía de los perjuicios.

⁹⁴ CN.Civ., Sala D, 21/12/1979, "Cristofani, Jorge R. y otro v. Lovecchio, Nicolás", "L.L.", 1980-B-566.

§ 292. CESA, EN SU CASO, LA MORA DEL DEUDOR

"La pirueta que cabe computar es el cese de la mora del deudor. Para explicarlo conviene trabajar con una obligación de plazo expreso y cierto, especie prevista en el primer párrafo del art. 509 del Cód. Civil. Se sabe que en las obligaciones de esta clase el solo vencimiento del plazo importa la mora del deudor. Pues bien, el deudor tiene el derecho de purgar su mora ofreciendo cumplir, esas ofertas de pago, en tanto se ofrezca un pago íntegro, no sólo purgarán la mora del deudor, sino que, además, provocarán la del acreedor, si éste rehusa aceptarlas.

Pero es necesario efectuar algunas distinciones:

a) La no cooperación del acreedor en las obligaciones con plazo expreso

Una importante doctrina * pretende que si el acreedor debe cooperar y no lo hace, al vencimiento del plazo será él quien estará en mora, precisamente por haber incumplido su deber de cooperar en el tiempo fijado, sin que sea necesario que el deudor le haga ninguna oferta. El solo vencimiento del plazo —se dice— "constituye en mora al deudor o al acreedor, cuando el incumplimiento de su deber de colaboración impida al primero el cumplimiento de la obligación".

No comparto esta idea, por los siguientes argumentos:

1°) La tesis que se rechaza termina por degradar "la posición acreedora", pues el acreedor queda convertido en liso y llano deudor de cooperación, con olvido de que se debe tutelar el derecho de crédito, ya que primero y ante todo el acreedor tiene el derecho de ser pagado⁹⁵.

2°) En función de esa tutela, para que se configure la mora del acreedor es necesaria la realización de una oferta de pago; no basta la falta de cooperación. Si el deudor prueba que ha ofrecido, no únicamente borrará su mora, sino que también habrá constituido al acreedor en mora. Si no logra probar las ofertas o no las puede hacer precisamente por la inconcurrencia del acreedor, pero logra probar ese extremo (que el acreedor no concurrió) o que de otro modo omitió prestar su debida cooperación, *ninguno de los sujetos, ni el acreedor ni el deudor, estará en mora*.

3°) Considérese, por ejemplo, una obligación pagadera en el domicilio del deudor, en la que el acreedor debe —por cooperación— trasladarse hasta ese domicilio a recibir el pago. Si llegado el día de pago el acreedor no se presenta

⁹⁵ CN.Civ., Sala A, 21/10/1996, "Ferrara, Daniel v. García, Carlos", "L.L.", 1997-B-563.

⁹⁶ Cazeaux, *Examen y crítica de la reforma*, t. II, "Obligaciones", p. 15, letra c); Gagliardo, *La mora en el derecho civil y comercial*, p. 66; más recientemente, Padilla, *Responsabilidad civil por mora*, § 227, p. 602.

⁹⁷ Como lo hemos sostenido, *supra*, § 220.

a cobrar, habrá faltado a su deber y la obligación no se habrá cumplido; en tal caso, ¿quién estará en mora? No lo estará el deudor, pues el retardo no le será imputable ante la falta de cooperación del acreedor (art. 509, *in fine* del Cód. Civil). Pero tampoco estará en mora el acreedor, pues el solo vencimiento no puede afectarlo como al deudor. Nada de extraño debe verse en el hecho de que, pese al vencimiento del plazo, ninguno de los sujetos se encuentre en mora. La obligación ingresará en una etapa de simple retardo no imputable, no dándose, ni para el deudor ni para el acreedor, los efectos de la mora⁹⁸.

4^a) En definitiva, si el deudor prueba la no cooperación del acreedor, aunque no pueda probar que realizó ofertas de pago o si queda en evidencia que no pudo hacerlas por la inconcurrencia del *accipiens*, no podrá considerársele en mora; pero tampoco estará en mora el acreedor. La situación que se presente será de simple retardo.

Ahora, si el día del vencimiento el deudor realiza una oferta de pago sin respuesta, entonces sin duda el acreedor estará en mora, como se ha reconocido con acierto: "No toda demora implica mora del deudor que haga necesario que la consignación vaya acompañada de la pena estipulada. Si el deudor intimó la aceptación del pago el día del vencimiento del plazo y colocó al acreedor en mora, aquél no es moroso, pues la mora de éste desprovee de culpa al atraso cronológico del deudor"

b) Supuesto en que el deudor ya está en mora

En caso de que el deudor ya se encuentre constituido en mora, sea por el vencimiento del plazo, sea por la interpelación del acreedor, ello no significa que no esté autorizado para purgar su mora y, a la vez, para constituir al propio acreedor en mora. En este caso, las ofertas reales sí son necesarias.

c) Aplicaciones de la jurisprudencia

Los tribunales han señalado, en diferentes supuestos, que entre los efectos de la mora creditoria se cuenta el que impide la mora del deudor. Así, reseñamos:

Si la oferta es anterior a la demanda de resolución contractual fundada en mora del deudor ofertante, aquella oferta tuvo virtualidad para purgar la mora *debitoris*: "Existiendo de parte de la deudora oferta e interpelación al acreedor de pago de las cuotas atrasadas anterior a la interposición a la demanda de resolución, con más los intereses previstos contractualmente para este supuesto,

⁹⁸ De acuerdo: Greco, *La mora del deudor en la reforma de 1998*, en "Revista del Notariado", n° 716, p. 509.

⁹⁹ CN.Civ., Sala C, 2 l/1 1/1985, "Camuyrano, Horacio G. v. Andak Construcciones S.A.", "L.L.", 1986-B-413.

resulta ineficaz la oposición del acreedor aduciendo mora de aquél con base en el pacto comisorio, toda vez que la mora del acreedor purga la del deudor, teniendo éste el derecho a liberarse de su deuda mediante el pago por consignación"¹⁰⁰. En igual sentido, "La mora del acreedor impide la mora del deudor, por ello, no habiendo mora de éste, posterior a la fecha establecida para otorgar la escritura traslativa de dominio, la demanda resolutoria —fundada en tal mora— no puede prosperar; la mora anterior del comprador no puede fundar la resolución ya que el acreedor intimó el cumplimiento de la obligación y el deudor intentó cumplirla, pero el acreedor no la aceptó" (voto de la mayoría: Dres. Rey Caro y Díaz Reyna)

§ 293. TRANSFIERE LOS RIESGOS AL PATRIMONIO DEL ACREEDOR

El segundo efecto que se ha señalado se refiere a la transferencia de los riesgos. Desde el momento en que el acreedor queda constituido en mora, lo que sucede, por hipótesis y como ya fue dicho, cuando rechaza las ofertas de pago que se le han formulado, los riesgos de deterioro, pérdida o destrucción de la cosa objeto de la obligación corren por su cuenta. Asume, pues, los riesgos del caso fortuito.

En posición aislada Busso sostiene que para que los riesgos se *trasladen* al acreedor sería necesario que el deudor consignara judicialmente la cosa de-

¹⁰⁰ C.4° Civ. y Com. Córdoba, 2676/1979, "Barrionuevo, Rodolfo N. v. Lazarte, Olga del Valle", "BJ.C", XXHI-238.

¹⁰¹ C.1° Civ. y Com. San Isidro, Sala 1,15/9/1980, "Pacheco, Haydeé B. v. Moreira, Pascual A.", SP "L.L.", 980-627; en otro caso se dijo que: "La mora del *accipiens*, si bien no es apta para la liberación del deudor en cuanto a la extinción de la obligación, lo que solamente se logra con el pago y ante la negativa del acreedor, mediante la consignación <arts. 724,725 y 759, Cód. Civil>, es en cambio suficiente para contrarrestar los efectos moratorios automáticos del vencimiento del plazo respecto del deudor (art 509, inc. 1, Cód. citado), pues al poner de **Telieve** su voluntad de pago, y de rechazo de tal ofrecimiento por parte del acreedor, queda demostrada la ausencia de culpa del deudor en lo que atañe al cumplimiento material dentro del término estipulado, extremo que lo exime de las responsabilidades de la mora" (C.N.Civ., Sala C, 22/671979, "Beovide de Ziberman, Diana v. Lacroze, Alfredo y otra", "L.L.", 1979-D-122); asimismo: "Configurada la mora del acreedor, ello obsta a la mora de los deudores y a la pretensión de rescisión de aquél por falta de pago de los compradores" (C.N.Com., Sala E 17/11/1986, "Doce Agis, Rodolfo y otra v. Álvarez, Fidel y otro", "L.L.", 1987-A-633). También se ha dicho que "Debe descartarse la mora del deudor si los acreedores, con anterioridad, incurrieron en mora *accipiens* al haber hecho imposible el cumplimiento del pago en tiempo propio, al no haber concurrido al domicilio del deudor, establecido como lugar de pago" (C.Civ. y Com. San Isidro, Sala 1,9/5/1995, "Soria, Néstor y otro v. Fontáñez, Juan I.", "L.L.B.A.", 1996-222); en análogo sentido: "Dado que la mora consiste en el incumplimiento imputable de la obligación, no puede serle imputada al deudor si el acreedor no ha satisfecho el deber de diligencia a su cargo, dado en el caso por la obligación de concurrir a retirar los bienes objeto de la prestación a cargo del deudor" (CN.Com., Sala E, 1677/1997, "Book Center S.A. v. Sucesores de Rivadeneyra S.A.", "L.L.", 1997-F-815; "DJ." 1998-1-1015).

bida; sin embargo, ya se dijo que para que se produzca este efecto (transferencia de riesgo) es necesaria la consignación, pues basta con la infundada negativa a colaborar en el cumplimiento por parte del acreedor. Además, como bien replica Llambías, si la consignación es un pago, tiene como fin la traslación del dominio, que es mucho más que traspasar los riesgos.

Corresponde aclarar:

1°) Según la regla en nuestro derecho (doctrina del art. 513, Cód. Civil), la pérdida o destrucción de la cosa debida por caso fortuito o fuerza mayor extingue la obligación, salvo que alguno de los sujetos se encuentre en mora, pues en tal caso los riesgos de pérdida por caso fortuito deben ser soportados por el moroso. De allí que si el deudor es el que está en mora, aunque la cosa se pierda por el *casus*¹⁰², deberá soportar las consecuencias de la pérdida. Por aplicación de la misma regla, desde que el acreedor es puesto en mora, lo que supone *afortiori* que el deudor ha purgado la suya pues no se concibe que ambos se encuentren en mora al mismo tiempo, los riesgos se trasladan al patrimonio del acreedor.

2°) Mientras el acreedor se encuentra en mora, el deudor, también por hipótesis, mantiene la cosa debida en su poder, salvo que decida consignarla mediante depósito judicial. Pero si no la deposita, se abren estos interrogantes: ¿está el deudor obligado a conservarla y custodiarla?, ¿será responsable por los deterioros que *por su culpa* disminuyan su valor?

Por cierto que por mucho que el acreedor se encuentre en mora, el deudor continúa obligado a cumplir la obligación, pues ya se dijo que la única vía apta que tiene el deudor para extinguir el vínculo y así obtener su liberación es la consignación judicial. Por lo tanto, si no consigna, continuará obligado, siendo obvio, en consecuencia, que debe conservar la cosa, cumpliendo así un elemental deber de vigilancia que impone el principio de buena fe. No porque no le quieran recibir la cosa estará autorizado a bandonarla o desentenderse de su cuidado y vigilancia. Se ha dado así respuesta a la primera pregunta.

Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, éste será responsable; con cuanta mayor razón será responsable si el deterioro proviene del dolo del obligado. Se llega a esta conclusión en función del siguiente razonamiento: 1°) la posición del deudor se asimila a la de un depositario (doctrina del art. 2185, inc. 2 del Cód. Civil); por ende, se le aplican las reglas del depósito; 2°) por el art. 2202 del Cód. Civil "El depositario está obligado a poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada, que en las suyas propias". En razón de este deber, por lo menos la *misma* diligencia que pone en la guarda de sus cosas debe poner en la guarda de la cosa que el acreedor no le ha querido recibir. Si pretende liberarse de este deber de vigilancia, debe recurrir a la consignación

Salvo que pruebe que la cosa de todos modos se hubiese perdido por efecto del *casus*, aunque hubiese estado en poder del acreedor.

judicial. Los gastos de la guarda corren por cuenta del acreedor, pues tales gastos Oirse'originan en su propia mora. , - .^.^

Por ello se ha declarado que "La mora del acreedor no libera de suyo al deudor del cumplimiento de su obligación"¹⁰³. Asimismo, es lógico que aunque el locador se encuentre en mora como acreedor de los alquileres, el locatario continúa obligado a pagarlos; no puede pretender estar desobligado; por eso se resolvió con acierto que "La mora del acreedor constituye un presupuesto que justifica la consignación prevista en el art 1611 del Cód. Civil, mas no una causal de cesación de pago de los alquileres, pues la verdadera justificación de la deuda se encuentra en el hecho efectivo de la tenencia de la cosa" ¹⁰⁴.

§ 294. DETIENE EL CURSO DE INTERESES A CARGO DEL DEUDOR

Otro de los efectos importantes que produce la mora el acreedor es la suspensión del curso de los intereses que fuesen a cargo del deudor.

En rigor, la mora *creditoris* libera al deudor de las consecuencias gravosas que para él le impondría una eventual situación de incumplimiento que le fuera imputable. Esto está reflejado en el siguiente fallo: "La mora *accipiendi* dada por la negativa del acreedor a recibir el pago, libera al deudor de las consecuencias del atraso (art. 725, Cód. Civil), máxime si la consignación se efectuó dentro del plazo de pago convenido"¹⁰⁵.

Sobre este tema es necesario considerar diversos aspectos:

a) *En relación con la consignación posterior a la mora "creditoris"*

Según lo ha difundido la doctrina y lo ha aceptado la jurisprudencia, el pago por consignación aceptado por el acreedor o declarado válido por sentencia, suspende el curso de los intereses que estuvieren corriendo a cargo del deudor¹⁰⁶. Pero cuando la consignación está precedida de la mora del acreedor, la suspensión se opera desde la fecha de esa mora que, por hipótesis, será anterior a la consumación del pago. El asunto reviste particular importancia, porque si el deudor decide no promover demanda por consignación, tiene que tener la seguridad de que los intereses están suspendidos desde la fecha en que el acreedor se negó a aceptar el pago; de lo contrario, de poco o nada le habrá servido constituir en mora a su acreedor.

¹⁰³ C.N.Fed. Civ. y Com., Sala 1,31/3/1981, "Ocampo, Manuel v. Entel", "L.L.", 1982-B-478(36.103-S).

¹⁰⁴ ST Chaco, 22/12/1995, "Pensi, Nora B. v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales", "L.L.", 1996-E-663 (39.079-S).

¹⁰⁵ C.5* Civ. y Com. Córdoba, 25/7/1994, "Parravicini de Giuggioloni, Ana M. v. Rolcar S.R.L.", "L.L.C.", 1995-164.

¹⁰⁶ Según quedará expuesto en el capítulo siguiente.

OBLIGACIONES

En otros términos, respecto de la suspensión del curso de intereses, cuando la causal que se invocó para consignar es la negativa injustificada del acreedor a recibir el pago, causal que presupone la previa mora del acreedor, los intereses a cargo del deudor estarán suspendidos desde el momento en que el acreedor fue puesto en mora, es decir, desde que se le formularon las ofertas reales de pago y no desde que la consignación sea aceptada o declarada válida por el juez. En los otros casos, cuando la consignación se fundamenta en otra causal, por ejemplo, por incertidumbre acerca de quién es el acreedor, los intereses se suspenden desde la aceptación o desde la fecha de la sentencia que hace lugar a la demanda.

b) Con relación a los intereses compensatorios

Se puede decir que es prácticamente unánime el parecer de los autores respecto de que la mora creditoria suspende el curso de los intereses moratorios y punitivos a partir de la fecha de constitución en mora del acreedor. Se discute, en cambio, si también se suspenden los intereses *compensatorios*.

Según una primera opinión¹⁰⁷, la suspensión sólo alcanza a los intereses moratorios, pues se entiende que no encontrándose el deudor en mora no cabe que se haga cargo de aquellos que presuponen, precisamente, su mora. En cambio, esta doctrina considera que no se suspende el curso de los compensatorios, porque estima que si el deudor conserva en su poder el capital, es justo que pague el precio por ese capital, precio constituido, precisamente, por los intereses compensatorios.

Pienso, por el contrario, que la suspensión también alcanza a los compensatorios, porque éstos son debidos en razón del uso del capital ajeno; por lo tanto, la sola circunstancia de que el deudor conserve, forzado a ello por la actitud reticente del acreedor, en su poder el capital que el acreedor no le ha querido recibir no autoriza a suponer que *hará* uso de él, salvo que se pruebe lo contrario. Si, en cambio, se lo obliga a pagar compensatorios a pesar de la negativa del acreedor, se estaría autorizando a éste a *prestar dinero*, contra la voluntad del deudor que, por hipótesis, quiere restituirlo y no le aceptan la devolución; el acreedor estaría forzando al deudor, ya a pagar intereses compensatorios, ya a recurrir a la consignación judicial; en ambos casos en desmedro del deudor que quiere cumplir y no puede hacerlo.

La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido que expongo en el texto, respecto de las consecuencias de la mora creditoria sobre el curso de los intereses: "La mora del acreedor excluye el pago de intereses moratorios por parte

¹⁰⁷ Sustentada por Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 100; Llambías, *Obligaciones*, 1.1, p. 140; a la que adhiere Padilla, *Responsabilidad civil por mora*, p. 608.

del deudor (arg. *a contrario sensu*, art. 508, Cód. Civil). La consignación es un pago ulterior a la mora, mediante el cual este último obtiene su liberación; pero si se limita a constituir en mora al acreedor, aunque la deuda subsista, queda a salvo de riesgos y responsabilidad por incumplimiento. Si la obligación no lleva intereses compensatorios pactados, la omisión de su depósito no afecta el principio de la integridad del pago. La sola oferta de pago rechazada injustificadamente por el acreedor genera mora *accipiens*, que es uno de los requisitos previos para que la consignación pueda tener lugar (art. 757, inc. 1, Cód. Civil)"; en el mismo sentido: "La mora del acreedor en la recepción de los pagos por expensas le impide exigir el cobro de intereses mientras dure su situación morosa"¹⁰⁹.

Respecto de los intereses punitivos, su improcedencia es explícita: "La mora de la acreedora obsta también a que se devenguen intereses punitivos"¹¹⁰.

§ 295. CONSIGNACIÓN. DAÑOS Y PERJUICIOS

a) *El deudor queda habilitado para pagar por consignación*

La mora del acreedor habilita al deudor a pagar por consignación. El haber constituido en mora al acreedor, en efecto, le abre la vía para pagar por consignación, y así extinguir la obligación que lo ata al acreedor. Queda en evidencia, con esto, la conexión existente entre la mora del acreedor y el pago por consignación.

Esta afirmación al mismo tiempo sirve para poner de manifiesto que el deudor no está obligado a consignar; ésta no es nada más que una facultad o atribución que el deudor, según su criterio, puede usar o dejar de hacerlo. De allí que si el deudor quiere liberarse de las consecuencias de su propio mora, podrá, ofertas mediante, poner al acreedor en mora y, a partir de allí, aunque continuará obligado a cumplir, no deberá soportar ni el curso de intereses, ni los riesgos de la cosa debida, ni una eventual responsabilidad por daños.

Pero también cabe poner de resalto que el deudor, no obstante haber constituido a su acreedor en mora, continúa obligado; producida la mora del acreedor, se ha dicho, el deudor se mantiene en una especie de interinidad, pues aun no cumplió y, por ende, no se liberó¹¹¹.

¹⁰⁹ CApel. Civ. y Com. San Martín, Sala II, 24/671980, causa 10.724, SP "L.L.", 981-154.

¹⁰⁹ CN.Civ., Sala H, 12/5/1997, "Gambarrutá, Ernesto v. Consorcio de Propietarios Tucumán 150r" "L.L.", 1997-E-976.

¹¹⁰ CN.Civ., Sala C, 21/11/1985, "Camuyrano, Horacio G. v. Andak Construcciones S.A.", "L.L.", 1986-B-413.

¹¹¹ Compagnucci de Caso, *Mora del acreedor*, "L.L.", 1981-D-999.

Por último, respecto de las obligaciones de dar y de las de hacer asimiladas a las de dar, cuando la causal invocada es la del inc. 1 del art. 757, la previa mora del acreedor es un requisito que no se puede soslayar.

b) El acreedor debe responder por los daños y perjuicios siempre que el deudor aporte la prueba

La negativa del acreedor a recibir el pago constituye una infracción de su parte que puede ser calificada como acto ilícito; siendo tal, determinará, si concurren los restantes requisitos (daño y relación de causalidad), la responsabilidad civil del acreedor frente al deudor.

La cuestión, en definitiva, habrá de regirse por los principios y reglas generales sobre la responsabilidad civil. Es lógico que el acreedor que con su comportamiento le ocasiona daños al deudor, deba afrontar el resarcimiento correspondiente. Para el reclamo de ello deberán demostrarse los extremos y requisitos propios de la responsabilidad civil; en particular, el deudor deberá demostrar la existencia y cuantía de los daños cuyo resarcimiento pretenda.

§ 296. EXTINCIÓN DE LA MORA DEL ACREEDOR

Como en el caso de la mora del deudor, la del acreedor es también una situación transitoria, que debe cesar en algún momento.

Cesa la mora del acreedor:

a) Cuando el acreedor desiste de su actitud reticente y se dispone a aceptar el pago, comunicándolo en forma fehaciente al deudor, antes de que éste hubiese demandado la consignación judicial. Se dijo que el deudor no está obligado a pagar intereses compensatorios por todo el tiempo en que el acreedor se viene negando a recibir; pues bien, cabe ahora añadir que si el acreedor demuestra que durante el tiempo que el deudor tuvo en su poder el capital adeudado usó ese capital en su beneficio, le será exigible el pago de intereses compensatorios por todo el tiempo en que hizo uso de ese capital.

b) Si el acreedor desiste de su actitud de resistencia y el deudor es notificado de que se le recibirá el pago y no lo hace, entonces la situación de mora se revierte y pasa a ser el deudor el sujeto incurso en mora, en cuyo caso deberá afrontar todas las consecuencias de esa situación.

c) Si el deudor ha demandado la consignación, para hacer cesar su mora el acreedor deberá presentarse en el juicio, sea al contestar la demanda o con posterioridad, y declarar que acepta el pago. Esa declaración extinguirá la obligación. Si, en cambio, el acreedor rechaza el depósito judicial, la situación habrá de resolverse con la sentencia. Si se declara válido el pago, la obligación se habrá extinguido; si se rechaza el pago, quedará demostrado que la negativa del acreedor a recibir el pago no era injustificada y, en tal caso, deberá considerarse

que el deudor se encuentra en mora desde que debió cumplir y no lo hizo; es de-
 <*<fat4>><NBiiiterará como si nunca el acreedor hubiesesesjtadoenj^ra,^

d) Por último, cabe dejar sentado que también cesa la mora del acreedor, cuando se extingue la obligación por cualquier otra causa.

§ 297. BREVE REFERENCIA A LA MORA DEL ACREEDOR EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

A esta cuestión se refiere el Proyecto de 1998 en el art. 1598, en los siguientes términos: "El acreedor incurre en mora si el deudor le efectúa una oferta real de pago y se rehusa injustificadamente a recibirla.

"Se aplican, en lo pertinente, las disposiciones relativas a la mora del deudor; así como lo establecido en el art. 677".

Es éste el mayor acierto del Proyecto en lo que concierne al régimen de la mora.

Como ya se dijo, es bien sabido que Vélez Sarsfield no legisló sobre la mora del acreedor, aunque se refiere a ella en la nota al art. 509. Esta omisión creó dudas en nuestra doctrina acerca de si era posible constituir al acreedor en mora sin recurrir al procedimiento del pago por consignación. Para una prestigiosa doctrina no estando legislada la mora del acreedor, lo único que le cabe hacer al deudor imposibilitado de pagar por una causa imputable al acreedor es recurrir al pago por consignación. Una oferta real de pago no tendría, para esta doctrina, eficacia suficiente para constituir al acreedor en mora.

Pero la doctrina mayoritaria, y a la cual he adherido *supra*, sostiene lo contrario, fundándose en el art. 757, inc. 1 del Cód. Civil. El fundamento que allí se ha expuesto, es contundente: si para consignar es necesario probar que el acreedor se niega a recibir el pago, esa prueba sólo puede lograrse mediante una oferta real de pago, porque si la oferta es rechazada sin causa justificada, habrá quedado probado que el acreedor no quiere recibir el pago. Ahora bien, esa oferta real y la consecuente negativa constituyen al acreedor en mora aunque no libera al deudor de la obligación; se liberará sólo si procede a consignar y la consignación es aceptada. De lo contrario, la oferta y su negativa no tendrían ningún efecto, a pesar de poner al descubierto la falta de cooperación del acreedor.

De allí el acierto del Proyecto.

CAPÍTULO XI
LOS SUBROGADOS DEL CUMPLIMIENTO.
EL PAGO POR CONSIGNACIÓN

A) INTRODUCCIÓN

§ 298. EL PAGO POR CONSIGNACIÓN: UN MODO SUBROGADO
DEL CUMPLIMIENTO

Como ya se dijo, la relación de obligación —que es esencialmente dinámica— concluye su desarrollo temporal por diversos medios, destacándose de entre ellos *el pago*, pues es el modo normal o natural de disolución del vínculo jurídico que toda obligación implica >. Ahora bien, si se aceptan las ideas directrices que inspiran el nuevo derecho de las obligaciones—y, por ende, se admite la proyección social del cumplimiento—, se entenderá también que éste (el pago) no es sólo la satisfacción del interés del acreedor, ni sólo la realización del deber jurídico del deudor, sino que supone —como se ha destacado¹— "el desenvolvimiento del sistema complejo de intereses que la relación obligatoria comprende en el programa previsto en el acto o negocio de constitución". Más aún, vale agregarlo, el pago no es nada más que un engranaje dentro del sistema económico de una sociedad organizada. Por ello el orden jurídico permite que el interés de los acreedores se satisfaga por una serie de procedimientos que cumplen la función del pago, aunque el deudor *omite* realizar los comportamientos prometidos (v.gr., cumplimiento por un tercero, ejecución forzada, etc.). Y atendiendo al interés del deudor, también el ordenamiento jurídico pone a su disposición procedimientos que permitan su liberación, aunque el interés del acreedor no quede íntegramente satisfecho (p.ej. el pago por consignación).

Todos estos procedimientos —que están destinados, en sustancia, a cumplir las funciones del pago— fueron agrupados por la doctrina bajo la denominación de *subrogadas del cumplimiento*³.

¹ Cfr. J. Beltrán de Heredia, *El cumplimiento de las obligaciones*, p. 43.

² Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil*, 11, n° 767, p. 637.

³ Cfr. Beltrán de Heredia, *El cumplimiento*, ps. 355 y ss. Comp. J. Castán Tobeñas, *Derecho civil*, t. III, "Obligaciones", p. 372. Bien puede suceder que existan obstáculos que impidan

La doctrina⁴ destaca que entre los supuestos típicos de subrogados del cumplimiento se cuentan J Q S siguientes⁵

a) Los procedimientos de liberación *forzosa* del deudor, específicamente la consignación de los objetos adeudados, en la forma y con los recaudos que señala la ley, lo que se verá más adelante.

b) El cumplimiento mediante la realización de un comportamiento diferente del prometido al nacer la obligación, que comprende todas aquellas convenciones por las cuales el *accipiens* acepta una prestación distinta de la inicialmente prevista; en especial, pago por entrega de bienes, dación en pago, etc.

c) Se ha señalado⁶ que también serían formas subrogadas de cumplimiento la compensación, en la medida en que constituye una recíproca neutralización de obligaciones, y la remisión o condonación de la deuda.

§ 299. EL PAGO POR CONSIGNACIÓN

a) Preliminares

La finalidad primordial de la obligación es su cumplimiento; para que esta finalidad se concrete es menester que acreedor y deudor asuman un determinado comportamiento de *cooperación recíproca*: mientras el *solvens* debe cumplir, el *accipiens* debe prestar su colaboración facilitando la liberación del primero⁶. Como se vio en el capítulo precedente, si bien este deber de cooperar no es una *obligación recíproca*, su inobservancia impide u obstaculiza el cumplimiento. El concepto de cooperación está estrechamente ligado al concepto jurídico de *buena fe*. Esta afirmación no debe ser interpretada como un desconocimiento de la *pugna de intereses* que tiene lugar en cada contrato; al contrario, la buena fe tiende a mitigar aquella puja en beneficio de ambas partes.

¿Qué acontece cuando el acreedor no presta la cooperación necesaria impidiendo la liberación del deudor? Es obvio que el acreedor no puede, a su solo

el cumplimiento de acuerdo con el diseño querido por las partes; en tal caso, hacen su aparición los medios *subrogados*, que son los medios o procedimientos que sustituyen el pago, que producen análogas consecuencias. Cfr. Javier Hualde Sánchez, en Puig i Ferriol, Gete Alonso y Calera, Jacinto Gil Rodríguez y José Hualde Sánchez, *Manual de derecho civil*, t II, "Derecho de obligaciones", p. 228.

⁴ En el texto seguimos la opinión de Diez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil*, n° 768, p. 637.

⁵ Cfr. Diez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil*, p. 638; Falzea incluye entre los subrogados del cumplimiento, a la compensación, a la confusión y a la consignación (*Vofferta reale*, n° 19).

⁶ Cfr. Emilio Betti, *Teoría general de las obligaciones*, 1.1, p. 2, letras b y ss. "El derecho, escribe Stammler, es una de las categorías de la voluntad vihculatoria. Su concepto entraña la idea de cooperación" (en *Tratado de filosofía del derecho*, Reus, Madrid, 1930, n° 36, p. 404). De Gásperi y Morello, *Derecho civil*, t. II, "Obligaciones", n° 633, p. 20; R. Demogue, *Traite des obligations*, t. VI, p. 19.

arbitrio, *agrar* la situación del deudor negándose, por ejemplo, a recibir el pago: Ello constituiría un claro abuso en el ejercicio del derecho de crédito que el orden jurídico no puede tolerar (art. 1071, Cód. Civil).

Frente a un acreedor reticente a permitir la liberación del deudor, éste tendría tres opciones: a) realizar *ofertas reales*, serias y efectivas de cumplimiento; b) proceder directamente a la *consignación judicial* de las cosas u objetos adeudados; c) efectuar ofertas, primero, y, en caso de negativa a recibir, proceder a la consignación judicial.

b) El método del Código Civil

Vélez Sarsfield se ocupó del pago por consignación en el capítulo IV de la sección primera del libro segundo, luego de reglamentar lo concerniente al "tiempo en que debe hacerse el pago" y antes de ocuparse del "pago con subrogación", dedicándole diez artículos (desde el art 756 hasta el 765 inclusive). De este modo, lo relativo a la situación jurídica de mora y las cuestiones que plantea el pago por consignación quedaron legisladas como institutos con autonomía conceptual. Más aún, como es sabido, Vélez Sarsfield no redactó precepto alguno para la mora del acreedor (salvo las alusiones que contiene al respecto la nota al art. 509), ni tampoco lo hizo la ley 17.711, que modificó íntegramente el art. 509 que había preparado Vélez (que se refiere a la mora del deudor).

En razón de esta omisión nuestro sistema presenta el siguiente cuadro legislativo:

1) Para la mora del deudor debe estarse a lo dispuesto en los arts. 509, 510 y conchs. del Cód. Civil;

2) Para la mora del acreedor, ante el vacío legal, la doctrina⁷ señala la necesidad de aplicar por analogía (art 16, Cód. Civil) el sistema de constitución en mora previsto para el deudor en el art. 509, solución que no estimamos del todo conveniente⁸.

3) El pago por consignación tiene un régimen específico que es el que resulta de los arts. 756 y siguientes del Cód. Civil. Como se ve, *mora creditoris* y *consignación* son institutos con autonomía conceptual y científica⁹.

c) Apreciación crítica del método

Considero que el método que siguió Vélez Sarsfield, dejando a salvo la omisión de legislar sobre la mora del acreedor, permite distinguir entre mora

⁷ La doctrina se plantea el problema de saber si las reglas de la mora del deudor se aplican también al acreedor en mora. Esta cuestión ya fue tratada, *supra*, § 286, adonde cabe remitir.

⁸ Ver lo que he dicho sobre este problema en *Tratado de la mora*, § 8, ps. 102 y ss.

⁹ Ver Compagnucci de Caso, *Mora del acreedor*, "L.L.", 1981-D-995.

del acreedor y pago por consignación, lo que es un acierto. Paja fundar esta afirmación basta notar que la *mora creditoris* y la consignación son conceptos diversos¹⁰. Ello por cuanto:

1) La mora del acreedor — según generalizada opinión¹¹ — supone *culpa del accipiens* al negarse a recibir la prestación o no prestar la colaboración debida por su parte. La consignación, en cambio, funciona objetivamente; es decir, se puede acudir al procedimiento por consignación con total prescindencia del recaudo *culpabilista* que puede o no existir en el destinatario del pago.

2) A los argumentos de derecho comparado, que hacen notar que tanto el Código Federal suizo (arts. 92 y ss.) como el italiano de 1942 (arts. 1208 y ss.) tratan a la mora junto a la consignación, cabe replicar que el Código Civil alemán legisla separadamente sobre ambas cuestiones: de la mora del acreedor se ocupa en los §§ 293 y ss., y de la consignación en los §§ 372 y ss.

d) La cuestión en los proyectos de reformas

El trinomio mora del deudor, mora del acreedor y pago por consignación ha merecido, desde el punto de vista del método, diverso tratamiento en los proyectos de reformas.

Así:

1) En el Proyecto de Unificación preparado por la Comisión Federal de Juristas de 1993¹² se propuso incorporar, al lado de los artículos referidos a la mora del deudor, una disposición (se eligió el art. 507) sobre la mora del acreedor, dejando intocados los artículos del Código Civil vigente referidos a la mora del deudor y al pago por consignación.

2) También en el Proyecto preparado por la comisión designada por decreto 468/1992 se decidió legislar sobre la mora del acreedor (art. 719) en el mismo capítulo dedicado a la mora del deudor (art. 717), dejando lo relativo al pago por consignación para el capítulo del pago (arts. 797 a 801).

3) Por último, el Proyecto de Código Civil de 1998 destinó los arts. 840 a 847, ubicados en el capítulo dedicado al pago en general, al pago por consignación, en tanto lo concerniente a la mora del deudor y a la mora del acreedor fue abordado en el título dedicado a la responsabilidad civil.

¹⁰ Tal como ha quedado expuesto, *supra*, § 287.

¹¹ Ésa es la opinión de Falzea, *L'offerta reate*, p. 3, n° 4, a la que adhiero, *supra*, § 290, c, EL

¹² No sólo el Código Civil alemán legisla separadamente la mora del acreedor y el pago por consignación; también lo hace el portugués de 1967 que sigue idéntico método, trata la mora del acreedor en el art. 804 y del pago por consignación en el art. 841.

¹³ Ver *Unificación de la legislación civil y comercial*, Proyecto de 1993, Zavallía, Buenos Aires, 1994.

§ 300. CONCEPTO, CARACTERES Y FUNDAMENTO

a) *Concepto*

El pago por consignación funciona —en trazos generales— ante la **falta de colaboración del acreedor**, entendida esta expresión en su más amplio sentido. Es decir que funciona cuando el deudor, deseoso de poner fin al vínculo jurídico que lo somete patrimonialmente a su acreedor, encuentra obstáculos que impiden o imposibilitan la realización de un pago normal o natural. En este caso debe acudir a los mecanismos previstos en la ley que permiten la obtención de su **liberación coactiva**. Esta **liberación coactiva** del deudor supone la intervención judicial excitada por el **solvens** o persona autorizada a efectuar el pago.

Llambías¹⁴ describió al pago por consignación como "el que satisface el deudor, o quien está legitimado para sustituirlo, con intervención judicial, que es la característica fundamental de esta forma de pago". Busso, por su parte, define la consignación "como pago impuesto forzosamente por el deudor al acreedor, que se cumple mediante el depósito judicial de la suma adeudada, y se perfecciona en el curso de una instancia judicial, con la aceptación del acreedor y con la aprobación del juez"¹⁵.

Para Beltrán de Heredia la consignación puede ser considerada "como el depósito de la cosa debida, con las formalidades que la propia ley establece, después de haber ofrecido su entrega o directamente cuando ese ofrecimiento no es posible". En términos más o menos similares se pronuncian otros autores

I) **La definición legal.**—Vélez Sarsfield redactó, en el art. 756, la siguiente definición de nuestro instituto: "Págase por consignación, haciéndose depósito judicial de la suma que se debe"

Llambías, *Obligaciones*, t. II-B n° 1544, p. 266. Procurando dar un concepto amplio que abarque todos los supuestos que la ley prevé, nuestros autores suelen conceptualizar al pago por consignación "como el que se efectúa con intervención judicial, para posibilitar la liberación forzada del deudor, cuando el acreedor no quiera o no pueda recibir el pago". Cfr. Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones*, t. UL n° 1313 a, p. 360; Colmo, *De las obligaciones*, n° 632, p. 444; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, vol. II, p. 470; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 11, p. 796.

¹⁵ Busso, *Código*, comentario al art. 736, n° .16, ps. 5,6 y 7, describe la consignación como "un modo coactivo de realización de un derecho: una de las partes en la relación obligatoria (el deudor), que dentro de esa relación tiene un derecho a liberarse, acude a la Justicia para hacer efectivo ese derecho venciendo la oposición del acreedor o las dificultades que impidan un pago directo". En el mismo sentido, Demolombe, *Cours de Code*, t. XXVII, n° 63; Saleilles, *Théorie générale*, n° 30, p. 40.

¹⁶ Beltrán de Heredia, *El cumplimiento*, p. 498.

¹⁷ Cfr. Castán Tobeñas, *Derecho civil*, t. III, "Obligaciones", p. 374; Puig Brutau, *Fundamentos*, 1.1, vol. U, p. 289.

¹⁸ Según la nota puesta a este artículo, Vélez Sarsfield tomo como fuente de ese precepto

La más importante observación que es necesario puntualizar respecto de este precepto es que —literalmente interpretado—¹⁹ parece circunscribir la consignación sólo a las obligaciones de dar sumas de dinero; sin embargo, es sabido, y ello surge de otros artículos del mismo Código, que la consignación es un mecanismo al cual también se puede acudir cuando se pretende la liberación coactiva de obligaciones de dar cosas ciertas (arts. 764 y 765, Cód. Civil), en las de dar cosas inciertas (art. 766), e incluso en materia de obligaciones de hacer¹⁹.

IT) La definición que se propone.—Para proponer un concepto, creo conveniente dejar sentadas, con carácter previo, dos afirmaciones: 1*) hoy puede considerarse definitivamente superada la concepción —inspirada en el más crudo liberalismo— que consideraba al acreedor como sujeto *exclusivamente* investido de poderes o potestades con facultades plenas para agredir patrimonialmente al deudor apenas éste atravesara la frontera del incumplimiento. Actualmente se acepta que el acreedor—por imposición del principio jurídico de la buena fe que orienta a todo el sistema— tiene también *deberes jurídicos* que cumplir; es en virtud de tales deberes que hoy se admite que el acreedor debe *cooperar* con el deudor permitiendo la liberación de éste a> 2*) desde el punto de vista del deudor, nadie duda de que éste tiene un *derecho a obtener* su liberación, según resulta del art. 505 *in fine*; es decir, el deudor no es solamente el sujeto obligado, sino que tiene también derechos, destacándose de entre ellos el de obtener su liberación aun contra la voluntad del acreedor²¹.

Según lo expuesto precedentemente, se puede proponer un concepto restringido y otro amplio del pago por consignación. En estricto sentido, se puede

el Código romano, las leyes de Partida, el Código Napoleón (art. 1257), el Código holandés (art. 1440). Se ha sostenido que la compulsa de tales antecedentes demuestra que, en los códigos que sirvieron de fuente a Vélez, la consignación ha sido organizada sobre la base de un régimen previo de ofertas reales, procedimiento que la ley abandonó. Cfr. Busso, *Código*, art. 156, n° 2. Según esta opinión, en el sistema del Código argentino no tendrían cabida las ofertas reales como diligencia previa que condicionan la validez de la consignación. No lo creo así; en el lugar oportuno se demostrará que las ofertas reales constituyen un recaudo ineludible que debe verificarse con carácter previo al depósito judicial.

¹⁹ En el Proyecto de Código Civil de 1998, su art. 840 no deja dudas respecto de que el pago por consignación procede tanto en las obligaciones de dar como "en las obligaciones de hacer en las que el deudor debe procurar al acreedor cierto resultado concreto consistente en una cosa...". A continuación este texto agrega que la consignación procede: inc. a) "si el acreedor está en mora", o inc. b) "si no es razonablemente posible efectuar un pago privado seguro y válido, porque hay incertidumbre sobre la persona del acreedor, o por cualquier otra causa que no depende del deudor".

²⁰ Ver en especial Renato Miccio, // *diritto di crédito*. Tormo, 1974, vol. I, n° 35 (*La mancata cooperazione del debitore*), p. 250; Angelo Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debito*, Giuffré, Milano, 1947; Giovanni Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Giuffré, Milano, 1964, n° 56 y 57, ps. 6 y 7.

²¹ Ver al respecto, Wayar, *Tratado de la mora*, § 45, ps. 286 y ss. Comparar Werter R. Paria, *Mora do devedor*, Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984, ps. 130 y ss.

decir que el pago por consignación es *el modo de extinción de las obligaciones que se ^étificd'niediañté la Intervención(judicial solicitada por el deudor, que ejerce coactivamente su derecho a liberarse para suplir la falta de cooperación del acreedor o para salvar obstáculos que imposibilitan el pago directo y espontáneo*. En sentido amplio, habrá pago por consignación cuando la intervención judicial es solicitada por un tercero que, actuando como tal, pretende suplir la falta de cooperación del acreedor o salvar obstáculos que imposibilitan el pago directo y espontáneo.

b) Caracteres del pago por consignación

El pago por consignación presenta los siguientes rasgos característicos:

I) *Debe ser judicial*. — El pago por consignación se traduce, por naturaleza, en un procedimiento judicial. Puesto que se trata del ejercicio coactivo de un derecho, sólo será legítimo en tanto se dé intervención al órgano jurisdiccional. El deudor carece de facultades para imponer—privadamente y por la fuerza— el pago a su acreedor²².

II) *Es facultativo*. — En principio, el deudor no está obligado a efectuar la consignación judicial cuando el acreedor se niegue a recibir el pago o existan obstáculos que imposibiliten el pago directo; se trata sólo de una facultad que, como tal, puede dejar de usar. Si bien sobre el punto no hay acuerdo doctrinal, entiendo que es suficiente que el deudor realice ofertas serias, reales y efectivas de cumplimiento, para que cese su situación de mora (si incurrió en ella), sin que sea obligatoria la consignación.

ni) *Debe respetar los principios generales que gobiernan el pago*.—Así resulta de lo dispuesto en el art. 758, según el cual la consignación no tendrá fuerza de pago si no concurren en cuanto a las personas, objeto, modo y tiempo, todos los requisitos sin los cuales el pago no puede ser válido. No concurriendo estos requisitos, el acreedor no está obligado a aceptar el ofrecimiento de pago (art. 758 *in fine*, Cód. Civil) 23.

IV) *Es excepcional*. — Es un remedio de carácter *excepcional*. Por regla general, el cumplimiento de las obligaciones y la disolución de los vínculos que

²² Cfr. Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, vol. 1, p. 339. Por ello, bien lo destaca Falzea, la consignación constituye un remedio jurídico encaminado a corregir una situación antijurídica, en *L'offerta reale*, ps. 3 y ss.; comparar: Demolombe, *Cours de Code*, t XXVIII, n° 63.

²³ Por ello se ha declarado que para que la consignación produzca los efectos liberatorios de pago deben reunirse los requisitos determinados por los arts. 758 y 759 del Cód. Civil; S.C.B.A., 4/10/1966, "D.J.B.A.", 79-251; CN.Civ., Sala B, 20/12/1968, "L.L.", 135-474; ST Misiones, Sala 1, 18/9/1969, "B.J.M.", 1969-111-58.

ellas importan deben verificarse normalmente; es decir, mediante actos voluntarios y espontáneos de ambas partes. La consignación judicial se presenta como un remedio de corte excepcional, pues sólo se puede acudir a él cuando el acreedor se niegue a recibir el pago o existan obstáculos insalvables que impidan el pago directo.

V) *Es contencioso*. — El juicio debe ser *contencioso*. El proceso por el cual se tramite debe ser contencioso. Con ello se quiere significar que el depósito de las sumas debidas, sin que el acreedor tome participación en el juicio, es insuficiente para configurar un verdadero pago. Es decir que es necesario que se respete el *principio de contradicción*. Por esta razón no es suficiente el depósito que se realiza en las escribanías u oficinas de notarios o funcionarios asimilados a ellos (jueces de paz, autoridad judicial, etc.), pues tal depósito no puede ser considerado como una verdadera consignación al faltar el juicio contencioso; a lo sumo valdrá como una oferta de pago, siempre que el escribano se traslade al domicilio del acreedor a efectuar la oferta, o lo cite a su despacho con idéntico fin.

Ha quedado expuesto que el pago por consignación debe ser *judicial y contencioso*. Ello no significa desconocer que si así lo decidiera el legislador, se le puede atribuir determinados efectos al depósito extrajudicial de sumas de dinero, pudiendo llegar, incluso, a constituir un *pago* si se respetan determinados requisitos. *De lege ferenda*, así ha sido sugerido por los autores del Proyecto de Código Civil preparado por la comisión designada por decreto 468/1992, quienes propusieron el siguiente sistema:

Si el acreedor es renuente a recibir el pago, el deudor de una suma de dinero, o un tercero, podrá depositar lo debido, a nombre del acreedor, ante un escribano de registro o en el banco de depósitos judiciales, observando estos requisitos: 1) haber hecho saber previa y circunstanciadamente al acreedor que efectuará el pago en determinado día, hora y lugar; 2) depositar la suma debida con más los intereses devengados hasta el día del depósito (art. 793).

El depósito deberá ser notificado en forma fehaciente por el escribano o el banco dentro de las veinticuatro horas de realizado. Si fuere imposible la notificación, el deudor deberá consignar judicialmente la suma que pretende pagar (art. 794).

Una vez notificado del depósito el acreedor podrá: 1) retirar la suma depositada inmediatamente, pudiendo hacer reserva si considera que el pago no es íntegro. El retiro sin reserva implica aceptación y el pago produce efecto desde la fecha del depósito (art. 795, inc. 1); 2) sea que no haya retirado el depósito o lo haya hecho con reserva, el acreedor podrá iniciar juicio dentro de los diez días hábiles judiciales de haber sido notificado del depósito, si lo considera insuficiente. De no promover juicio dentro de ese plazo, se estimará que ha aceptado el pago y la obligación se considerará extinguida desde el día del depósito

(art. 795, inc. 2); 3) también podrá rechazar explícitamente el depósito, haciéndolo saber a la otra parte por medio fehaciente; en ese caso el deudor podrá consignar judicialmente. Las sumas depositadas podrán ser transferidas al juez interviniente, o retiradas por el depositante mientras no exista sentencia o consentimiento del acreedor al pago realizado (art. 795, inc. 3).

No se podrá acudir al depósito extrajudicial si el acreedor hubiese optado, antes del depósito, por la resolución del contrato o demandado el cumplimiento de la obligación (art. 796). Cabe mencionar que el Proyecto de Código Civil de 1998 (arts. 846 y 847) propone también legislar sobre la consignación privada en términos casi idénticos a los comentados.

La propuesta contenida en estos proyectos merece las siguientes observaciones: 1) En el sistema vigente nada impediría que el depósito de una suma de dinero ante una escribanía o un juzgado de paz realizado por el deudor, o un tercero que quiera hacerlo, se convierta en pago definitivo si el acreedor acepta. 2) Tampoco nada impediría que al retirar la suma depositada, el acreedor formulara reservas de reclamar intereses o una mayor cantidad si estimara que lo depositado es insuficiente. 3) En cambio, si decide no retirar lo depositado o si al hacerlo formula reservas, no estará obligado el acreedor a iniciar juicio; por ello, aunque no demande, no cabe presumir que aceptó el depósito.

c) Procedimiento y juez competente

Con el fin de completar la enumeración de sus caracteres, básteme con señalar que el pago por consignación debe ser tramitado según las reglas del *juicio sumario*²⁴.

En materia de *competencia*, ésta se determina según el lugar donde el pago debía ser efectuado, aunque el acreedor no tenga su domicilio en ese lugar; en tal hipótesis, la demanda se le notificará por exhorto u oficio, según corresponda²⁵.

d) Fundamento del pago por consignación

Este mecanismo ha sido instituido atendiendo —especialmente— al interés del deudor, ya que se le proporciona el instrumento para ejercer su derecho de liberarse. Cuando el deudor actúa con diligencia y buena fe, y no obstante sus esfuerzos no puede lograr su liberación por causas no imputables a él, es injusto que continúe vinculado indefinidamente. Al contrario, es justo proporcio-

²⁴ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1547, p. 267.

²⁵ Ver Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. II, p. 172; Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, p. 365; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 797. El lugar donde se debe realizar el pago, qvs es el que fija la competencia, se determinará conforme a lo dispuesto en los arts. 618, 747 a 749, 1212 y 1213 del Cód. Civil.

narle un mecanismo o procedimiento que permita su liberación coactiva, aun u,co»trala voluntad del acreedor. En definitiva, se advierte que el pago^portoni' signación reposa sobre dos conceptos básicos: a) proteger el interés del deudor; b) posibilitar su liberación.

§ 301. NATURALEZA JURÍDICA

Distintas teorías se han ensayado con el fin de explicar la naturaleza de este instituto, a saber²⁶:

a) Según una primera tesis, la consignación tiene "valor propio", con prescindencia de la voluntad del acreedor. La consignación se configura, así, como un simple depósito con eficacia jurídica propia. Esta afirmación implica sostener que el acto de consignar —por parte del deudor— es un negocio jurídico específico (depósito) cuya validez y eficacia no dependen de la aceptación del acreedor y, más aún, ni siquiera requiere que su fuerza *solutoria* sea convalidada por una sentencia judicial. Esta doctrina pareciera tener sustento en el art. 756 del Cód. Civil, según el cual se paga por consignación "haciéndose depósito judicial de la suma que se debe". Este texto, literalmente interpretado, parece adoptar aquella teoría, pues bastaría el depósito judicial de lo adeudado. En segundo lugar, el art. 769, que declara válida la consignación cuando reúne los requisitos del pago, en cuanto a objeto, tiempo, etc.

Sin embargo, esta doctrina es absolutamente inaplicable en nuestro derecho por expresa disposición de los arts. 759 y 760 del Cód. Civil. Del texto de los artículos enunciados se desprende con toda claridad que para que la consignación sea válida es menester que el acreedor no la impugne, pues si lo hace la consignación valdrá siempre y cuando el juez le otorgue eficacia al dictar la respectiva sentencia.

b) Para una segunda teoría, la consignación es un negocio jurídico "en favor de tercero". Para sus sostenedores, la consignación se configura como un típico negocio a favor de un tercero. Se razona que la consignación que el deudor realiza ante el órgano jurisdiccional está destinada a producir sus efectos respecto de un tercero: el acreedor, quien verá modificada su situación jurídica anterior al depósito. Respecto del deudor, la eficacia liberatoria del depósito dependerá de la aceptación que le preste el acreedor, o en caso de oposición de éste, de la convalidación judicial.

Esta tesis merece las siguientes objeciones: 1*) en los negocios a favor de terceros, el derecho de éstos a obtener la prestación nace desde que ellos aceptan la estipulación que se les promete; en el pago por consignación, el derecho del acreedor es anterior a cualquier actividad procesal del deudor; 2*) también es evidente en el contrato a favor de tercero la necesidad de la aceptación, pues

²⁶ Seguimos en esta parte el método propuesto por Falzea, *L'offerta reale*, ps. 292 y ss. Este método también es seguido por Beltrán de Heredia: *El cumplimiento*, p. 409.

si éste no acepta la estipulación ej contrato. carec&deyaüdez a este respecto; es decir, la obligación valdrá entre estipulante y promitente, pero no con relación al tercero (acreedor).

En cambio, en el pago por consignación, aun cuando el acreedor impugne o no acepte el depósito, esta negativa es insuficiente para privar de eficacia al acto de consignación, como lo prueba el hecho de que el depósito puede ser declarado válido por sentencia judicial, con lo que la voluntad del acreedor se tornará del todo irrelevante

c) Para una tercera opinión, la consignación es considerada como acto jurídico "complejo"; afirma que en el proceso de liberación coactiva del deudor es preciso distinguir dos etapas bien diferenciadas: 1°) el depósito judicial realizado por el deudor, y 2°) la aceptación del acreedor, o, en su defecto, la sentencia judicial que declare válido y eficaz el depósito efectuado. El depósito sería sólo un acto preparatorio; mediante su verificación se pone en movimiento el mecanismo judicial otorgado al deudor que pretende liberarse coactivamente. Por ello este depósito debe realizarse respetando los principios jurídicos que gobiernan el pago, pues debe ser apto para satisfacer el interés del acreedor, aun contra su voluntad. La aceptación del depósito por parte del *accipiens* o, ante su negativa, la sentencia judicial que lo declare válido produce el efecto inmediato de extinguir el vínculo y liberar al deudor.

d) Estimo que la más convincente es la última de las tesis expuestas, en tanto considera a la consignación como un *acto complejo*, pues el deudor que pretende por medio de este mecanismo obtener su liberación coactiva, debe realizar una serie de actos: ofertas o intentos serios de pago directo, depositar judicialmente lo adeudado y obtener la aceptación del acreedor o una sentencia favorable. Sólo esta última escapa de la órbita de poder del *solvens*, pues su logro no depende de él sino del acreedor o del juez interviniente²⁹.

B) CUÁNDO PROCEDE LA CONSIGNACIÓN. LOS SUPUESTOS DEL ART. 757

§ 302. INTRODUCCIÓN

Para determinar en qué supuestos el deudor puede acudir al mecanismo judicial de consignación se analizarán, en primer lugar, los supuestos previstos en los distintos incisos del art. 757 del Cód. Civil; luego se examinarán las hipótesis no previstas en la enumeración legal.

²⁷ Beltrán de Heredia, *El cumplimiento*, p. 503.

²⁸ Ver Falzea, *L'offerta reale*, ps. 296 y ss.

²⁹ Ver Busso, *Código Civil*, art. 756, n° 3, p. 565; Falzea, *L'offerta reale*, p. 2, n° 1; Ennecerus y Lehmann, *Obligaciones*, I, § 67, p. 323.

a) Los supuestos enumerados en el art. 757 del Cód. Civil

Según el art 757, Cód. Civil, la consignación puede tener lugar *a) por negativa del acreedor a recibir el pago; b) por incapacidad del acreedor para recibir el pago; c) por ausencia del acreedor, que imposibilita el pago directo; d) por incertidumbre acerca del derecho del acreedor, agravado por la concurrencia de otras personas que reclamen el pago; e) cuando no se pueda individualizar al acreedor,/) por embargo, retención ó prenda del crédito y el deudor quisiere liberarse de su obligación; g) por pérdida del título en que constare el crédito; h) cuando el deudor quisiere redimir hipotecas que gravan el inmueble.*

b) Carácter meramente enunciativo del art. 757

La doctrina está de acuerdo en sostener que la enumeración contenida en el art 757 tiene carácter solamente enunciativo. Por ello sé suele afirmar que si la situación de un deudor no está contemplada en alguno de los supuestos previstos en el art. 757, pero a consecuencia de ella aquél tiene *reales dificultades* para efectuar un pago, o existe un *serio riesgo* de efectuar un pago equivocado que lo obligue a pagar de nuevo, puede intentar el procedimiento consignatorio para lograr su liberación coactiva.

§ 303. NEGATIVA DEL ACREEDOR A RECIBIR EL PAGO

El art. 757 dispone que "La consignación puede tener lugar: I°) *cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por el deudor*". Para que proceda la consignación por negativa del acreedor a recibir el pago, el deudor debe probar esa negativa; para ello puede demostrar que él realizó ofertas serias de cumplimiento y que éstas fueron rechazadas por su acreedor. El rechazo de las ofertas puede ser acreditado por cualquier clase de medios, incluidas presunciones ».

§ 304. INCAPACIDAD DEL ACREEDOR PARA RECIBIR EL PAGO

Según los principios generales sobre capacidad de las personas contenidos en nuestro Código Civil (arts. 739 y 726), los incapaces no pueden *hacer ni recibir* pagos. Recogiendo tales principios, el inc. 2 del art 757 contiene un precepto por el cual se faculta al deudor a recurrir a la consignación "cuando el acreedor fuere incapaz de recibir el pago al tiempo que el deudor quisiere hacerlo"³¹. Resulta obvio destacar que la causa] prevista en este inciso sólo fun-

³⁰ Es la opinión unánime de la doctrina; por todos: Ameal, en Betluscio y Zannoni, *Código Civil*, t. **ni**, art. 757, p. 544; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. **II**, vol. **II**, p. 182.

³¹ Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. **II**, n° 1326, p. 370; Cazeaux y Trigo Re-

cional cuando el acreedor incapaz no tuviere representante legal al momento en que el deudor pretende hacer el pago, pues de lo contrario las ofertas deben dirigirse al representante legal del acreedor incapaz³². Se ha hecho notar³³ otra obviedad al afirmar que la incapacidad debe existir al momento del pago; de modo que si el acreedor era incapaz al nacer la obligación, pero no al tiempo del cumplimiento, la consignación que se intentare sería improcedente. El acreedor sometido a proceso concursal está habilitado para recibir pagos; por ende, la consignación no procedería en su contra; el deudor debe dirigirse al órgano de la masa de acreedores (sindicatura) y ofrecer el pago directo³⁴.

§ 305. ACREEDOR AUSENTE

El inc. 3 del art 757 autoriza la consignación "cuando el acreedor estuviere ausente". Cuando se habla de ausencia del acreedor no se alude solamente a la situación que se produce cuando éste *no está presente* en el lugar del pago, sino también cuando *no concurre a recibir* el pago, cuando el lugar en que éste debe ser realizado es distinto del lugar de su domicilio. Va de suyo que esta causal se configura cuando el acreedor, además de estar ausente del lugar de pago, no deja persona autorizada para recibir el pago. La doctrina destaca que el procedimiento consignatario, cuando se da la causal bajo análisis, es diverso según que se trate de una *simple ausencia* del acreedor, o que se trate de una persona declarada ausente por resolución judicial.

a) *Simple ausencia*

Señala la doctrina³⁵ que el inc. 3 del art. 757 se refiere a la *simple ausencia*, es decir, aquella que se presenta cuando el acreedor no está presente en el

presas. *Derecho de las obligaciones*, t II, vol. II, p. 183; Busso, *Código Civil*, art. 757, n° 4t, p. 587; Diez-Picazo, *Fundamentos*, n° 771, p. 640.

³² Diez-Picazo, *Fundamentos*, n° 771, p. 640. Comparan Énneccerus y Lehmann, *Derecho civil*, t. II, vol. I, "Obligaciones*", p. 319.

³³ Cfr. J. O. Machado, *Exposición y comentarios*, t II, p. 556, glosa al art. 767, inc. 2: Llamabías, *Obligaciones*, t. II-B, p. 270; Busso, *Código*, art. 757, n° 41; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. II, p. 183; Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. IV, p. 545. Se ha hecho notar que si el representante del incapaz careciera, por la índole de la obligación, de facultades para recibir válidamente el pago, procedería la consignación (Llamabías, *Obligaciones*, t. II-B-274).

³⁴ Sobre la posibilidad de que los concursados reciban pagos por medio de la sindicatura. Ver: Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1980; Bonfanti y Garrone, *Concursos y quiebra*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973; García Martínez y Fernández Madrid, *Concursos y quiebra*, ECM, Buenos Aires, 1979; Kemelmajer de Carlucci, *La revocación de los pagos efectuados por el deudor concursado*, "R.D.C.O.", 1978-583.

³⁵ Cfr. Machado, *Exposición y comentarios*, t. II, p. 557, glosa al art. 757; Salvat, *Obliga-*

lugar en que el pago debe ser realizado. Pareciera que algunos autores estiman que es necesario, además, que se ignore el paradero del acreedor en el momento del pago. No me parece que esto sea justo; lo que la ley exige (art. 1198, primera parte) es que el acreedor coopere; pues bien, se sepa o no su paradero, el hecho de que aquél no esté en el lugar de pago basta para autorizar la consignación³⁶.

b) Ausencia declarada judicialmente - •• -

La cuestión es diversa cuando el acreedor es declarado ausente por resolución judicial según el procedimiento previsto en los arts. 15 al 21 de la ley 14.394 si se dan los presupuestos que autorizan la declaración judicial de ausencia y si hubiere iniciado el pertinente procedimiento, la consignación es en principio improcedente. El acreedor debe presentarse en el juicio de declaración de ausencia y depositar lo adeudado a la orden del juzgado interviniente. Recuértese que en caso de urgencia (art. 18, *infine*) el juez puede nombrar curador provisorio, y es a éste a quien se debe dar intervención. Una vez designado el curador del ausente, éste podrá aceptar el pago ofrecido por el deudor; si se negare, éste podrá consignar³⁷.

§ 306. DUDAS EN EL DERECHO DEL ACREEDOR

El inc. 4 del art. 757 autoriza la consignación cuando "fuese dudoso el derecho del acreedor a recibir el pago, y concurrieren otras personas a exigirlo del deudor, o cuando el acreedor fuese desconocido". Este inciso comprende en rigor dos causales que habilitan la vía de la consignación: *a)* la incertidumbre en el derecho del acreedor, que se agudiza cuando concurren varias personas invocando idénticos derechos; *b)* cuando el acreedor es desconocido. Veremos cada una de ellas por separado.

ciemes en general, t. II, n° 1327; Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, 1.1, n°395; Busso, *Código Civil*, art. 757, n° 48, p. 588; Llambías, *Obligaciones en general*, t. II-B, n° 1552, p. 271; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 579, p. 416; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 756; Belluscio y Zannoni, *Código Civil*, t. IU, p. 543.

³⁶ Lo afirmado en el texto respecto de que no es necesario —para que se configure esta causal— que además de la ausencia se desconozca el paradero del acreedor, fue finalmente compartido por Trigo Represas (en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. UI, n° 1516, p. 273, 3ª ed.), modificando así su opinión de ediciones anteriores.

³⁷ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1552, p. 274; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. II, p. 183; Salvat, *Obligaciones*, t. II, n° 1327, p. 370; Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, 1.1, n° 395; Machado, *Exposición y comentario*, t. II, p. 557; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, p. 316; Ameal, en Belluscio y Zannoni, *Código Civil*, t. III, p. 543.

a) Incertidumbre en el derecho del acreedor

Cuando el deudor tiene motivos serios que lo hacen dudar acerca de quién es el verdadero titular del crédito, está legitimado para consignar, pues si paga mal, se puede ver obligado a pagar de nuevo. Nada más justo entonces que acudir al juez para que decida —mediante el procedimiento consignatorio— quién es el verdadero acreedor y otorgarle a él la prestación depositada.

Las dudas deben ser serias y razonables. No cualquier duda autoriza al deudor a consignar, debe tratarse de dudas serias, es decir, fundadas en motivos reales y de entidad suficiente como para poner en peligro la eficacia extintiva del pago. Además las dudas deben ser razonables, es decir, aquella duda que se funda³⁸ en circunstancias objetivas que suscitan inseguridad sobre la titularidad del crédito.

No es necesaria la existencia de litigio. La ley no habla de "derechos litigiosos", sino simplemente "dudosos"; por ello, como se ha destacado³⁹, no es necesario, para que se configure esta causal, que exista un pleito entre los pretendidos acreedores; basta que sean varios los que invoquen frente al deudor el mismo derecho para que éste quede habilitado a recurrir al procedimiento de consignación.

b) Acreedor desconocido

Cuando el deudor desconoce quién es el acreedor, puede recurrir a la consignación; adviértase que no se trata de inexistencia del acreedor, pues en tal supuesto se desintegraría el vínculo por falta de sujeto activo, sino que existiendo un acreedor, el deudor no sabe quién reviste esa calidad. Tal supuesto puede presentarse cuando, habiendo fallecido el titular del derecho de crédito, el deudor desconoce quiénes son sus herederos⁴⁰; si, en cambio, el acreedor no hubiere fallecido, la demanda debe ser dirigida a persona desconocida, citándosela por medio de edictos, en los cuales se deberá individualizar con la mayor precisión el crédito que se pretende pagar, a fin de facilitar la tarea de localización del acreedor.

§ 307. EMBARGO, RETENCIÓN O GRAVAMEN
SOBRE EL DERECHO DE CRÉDITO

Vélez consagró en el inc. 5 del art. 757 la siguiente causal que habilita la vía consignatoria: "Cuando la deuda fuese embargada o retenida en poder del

³⁸ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, **II-B**, n° 1553, p. 272.

³⁹ Busso, *Código Civil*, art. 757, n° 58, p. 598; Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, t 1, n° 396; Llambías, *Obligaciones*, t II-B, n° 1553, p. 273.

⁴⁰ Cfr. Salvat, *Obligaciones*, t.II, n° 1330, p.372; Busso, *Código*, art.757, n°71, p. 590. Así lo resolvió también la CCiv. 2° La Plata, 3/9/1949, "L.L.", 57-140; C.Civ. 1°, "L.L.", 17.489; CApel. 2° La Plata, Sala 3,15/11/1960, "L.L.", 101-505.

deudor, y éste quisiere exonerarse del depósito". Por razones de método creo conveniente realizar la exégesis de este texto según el siguiente orden: a) crédito embargado; b) deuda retenida; c) deuda prendada.

a) Crédito embargado

Conforme lo enseña una calificada doctrina procesal, el embargo es una medida cautelar que "afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor, para asegurar la eventual ejecución futura, individualiza aquéllos y limita las facultades de disposición y de goce de éste, mientras se obtiene la pertinente sentencia de condena o se desestima la demanda principal". Pues bien, cuando el embargo recae sobre la deuda, impidiendo que el deudor efectúe el pago directo a su acreedor, puede aquél recurrir a la consignación.

b) Retención de la deuda.

Con acierto se ha dicho que el concepto de "deuda retenida" es oscuro e impreciso. Pese a ello, cabe entender que las palabras "deuda retenida" que utiliza la ley comprenden cualquier situación en que, sin cumplirse las formalidades del embargo, el deudor se ve en la necesidad de suspender el pago al acreedor. Se suele mencionar como supuesto que encuadraría dentro de este concepto, la situación que se presenta cuando al deudor se le comunica por un tercero que éste se opone a la realización del pago. Creo que si media oposición por parte de un tercero, queda configurada la causal prevista en el inc. 4 del art. 757, ya que en tal caso el derecho del acreedor sería "dudoso". En suma, la oposición al pago formulada por un tercero crea una situación de incertidumbre (inc. 4, art. 757), que es la que da lugar a la consignación.

c) Deuda prendada

El legislador no incluyó como un supuesto en el cual procede la consignación la circunstancia de que la deuda hubiere sido dada en prenda por el acreedor; no obstante ello, la doctrina postula que también en este caso el deudor queda habilitado para consignar. Ello es enteramente lógico: si el acreedor hubiera dado su crédito en prenda a sus propios acreedores, el deudor debe abstenerse de pagar a su acreedor, pues tal pago no sería válido (doctrina del art. 736, Cód. Civil).

§ 308. PÉRDIDA DEL TÍTULO

Vélez Sarsfield dispuso en el inc. 6 del art. 757 que el deudor puede acudir a dicho procedimiento "cuando se hubiese perdido el título de la deuda". Por el

principio de necesidad, el título debe ser presentado y entregado, en el momento del pago a la persona que concurre a efectuarlo; en consecuencia, mediando pérdida, extravío o desposesión del título, el deudor corre el riesgo de pagar mal. En efecto, si paga a quien se dice acreedor pero no exhibe el título, puede luego verse obligado a pagar a quien le presente el título, pues este último justificará su derecho con la sola presentación del documento. Para evitar este peligro, la ley autoriza al deudor, cuando el título consecutivo de la obligación no le es presentado, a consignar judicialmente la prestación debida «.

§ 309. REDENCIÓN DE HIPOTECAS

Culmina el codificador la enumeración legal de las causales que permiten la consignación estatuyendo que el deudor del precio de un inmueble adquirido por él, que pretende levantar las hipotecas que lo gravaren, puede valerse del procedimiento de consignación para lograr ese fin (inc. 7 del art. 757). La doctrina hace notar que esta causal funciona cuando el adquirente, al comprar la cosa hipotecada, asumió la obligación de cancelar este gravamen; no puede valerse del procedimiento consignatorio; sino que tiene que respetar las cláusulas contractuales y, por ende, efectuar el pago directo al acreedor hipotecario⁴².

§ 310. OTRAS CAUSALES NO ENUMERADAS EN EL ART. 757

Nadie duda que la enumeración contenida en art. 757 es enunciativa. Por ello es posible afirmar que toda esta materia se halla gobernada por el siguiente principio: siempre que el deudor o un tercero interesado enfrente una dificultad seria que impida el seguro ejercicio del *ius solvendi*, está legitimado para satisfacer el pago con intervención judicial. Determinar cuándo las dificultades que enfrenta el deudor tienen suficiente entidad como para habilitar la vía del procedimiento consignatorio es una cuestión de hecho que depende de las circunstancias de cada caso concreto.

Cfr. Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 11, p. 803; Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, n° 1832-b, p. 373; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1556, p. 276; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. H, vol. U, p. 187; Belluscio y Zannoni, *Código*, t. IU, p. 545.

⁴² Cfr. Borda, *Obligaciones*, t. Ln*761, p. 492; Machado, *Exposición y comentario*, p. 559; Moreno Dubois, *Pago por consignación*, "LJL", 118-6494; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1557, p. 276; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 11, p. 805; Busso, *Código*, art. 757, n° 86, p. 592; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. U, vol. n, p. 187; Belluscio y Zannoni, *Código*, t. III, p. 546. Ver la doctrina de este fallo: C.I.* Bahía Blanca, 17/3/1970, "Pérez, Martín y Cía. v. Etman", "J.A.", 1970, n° 7, Sea Prov., p. 640, fallo 2075.

C) PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS

§311. MÉTODO. PRESUPUESTOS

En el presente párrafo me abocaré al análisis de los presupuestos que deben concurrir para que el deudor quede habilitado a utilizar, con éxito, el procedimiento judicial consignatorio.

Tales presupuestos pueden enumerarse en este orden: a) existencia de una obligación que imponga al deudor el cumplimiento de determinada prestación; b) que el deber de prestación impuesto al deudor se halle en condiciones de ejecutabilidad; c) que el deudor esté frente a alguna de las causales que impiden u obstaculizan el pago directo y espontáneo.

§ 312. PRIMER PRESUPUESTO: EXISTENCIA DE UN DEBER DE CUMPLIMIENTO

La consignación supone la preexistencia de una relación de obligación; el deudor tiene el deber y el derecho de pagar. Ahora bien, para determinar en qué clase de obligaciones es posible la consignación, es necesario discriminar distintas hipótesis.

a) *Obligaciones de dar*

La doctrina afirma casi sin discrepancias⁴³ que el pago por consignación procede exclusivamente en las obligaciones de dar, ya se trate de deudas de dinero, de dar cosas ciertas o inciertas. Según los casos variará el procedimiento a seguir. En materia de deudas dinerarias se debe consignar por depósito, según surge del art. 756. Si se trata en cambio, de obligaciones de dar cosas ciertas o inciertas, la consignación debe verificarse por *intimación* (doctrina de los arts. 764 y 766, Cód. Civil). Ello en principio, pues aun cuando se tratare de cosas determinadas existen supuestos en los cuales la consignación debe ser efectuada por *depósito*; es lo que ocurriría si el comprador se negare a recibir la cosa comprada, pues el art. 1430 faculta al vendedor a "depositar la cosa en un lugar determinado"; lo mismo se podría decir de las hipótesis comprendidas en los arts. 1611, 2211, etc.

b) *Obligaciones naturales*

¿Es procedente la consignación cuando se pretende el cumplimiento compulsivo de las obligaciones naturales? Hay quienes creen que la consignación es improcedente; otros, al contrario, sostienen que se debe admitir esa posibi-

⁴³ Cfr. Busso, *Código*, art. 756, n° 29, p. 569; Belluscio y Zannoni, *Código*, t UI, p. 534.

lidad. Ante los términos de la disputa, cabe la revisión de las dos posturas en-
 * • freritadas: 1°) según una primera opinión⁴⁴, no procedería cónsTgrácÓnl Sé ai-⁷¹
 gumenta en apoyo de esta opinión que la ley sólo admite la validez de las obli-
 gaciones naturales cuando media *pago voluntario* (art. 515, Cód. Civil); antes
 del pago voluntario la obligación natural no importa un verdadero vínculo ju-
 rídico, y, por tanto, no puede servir de soporte para un acto liberatorio⁴⁵. No
 creo que esta tesis tenga sustento dentro del sistema de nuestro Código Civil;
 2°) otro sector de la doctrina⁴⁶ afirma que la consignación es procedente en esta
 clase de obligaciones. Conforme al sistema imperante entre nosotros (arts. 515
 y ss.), las obligaciones naturales son tales porque el acreedor se ve privado de
 la posibilidad de accionar judicialmente. Pero el hecho de que no sean *ejecuta-
 bles* no quiere decir que no sean *pagables*: ello queda demostrado por el carác-
 ter irrevocable del pago que pudiese efectuar el deudor de una obligación na-
 tural (515). Se dice también en apoyo de esta tesis que si el deudor puede
 rechazar la remisión de la deuda que hiciere en su favor el acreedor, con mayor
 razón podrá ejercer su derecho a pagar cuando el acreedor, si bien no puede exi-
 gir el cumplimiento, tampoco ha perdonado la deuda⁴⁷.

Revisadas las opiniones precedentes, adhiero a la tesis expuesta en segun-
 do término, por los siguientes fundamentos. Las obligaciones naturales no son
 exigibles. Pero ello no quiere decir qué no sean ejecutables por el deudor, pues
 la ley no establece ese efecto; el deudor conserva el *ius solvendi*. Recuérdese
 que llegado el tiempo de pago, la obligación se hace exigible para el deudor y
 ejecutable para el acreedor, o para evitar equívocos terminológicos, diremos
 que se hace *cumplible* por parte del deudor. Esta solución se funda en los textos
 del Código Civil (arts. 515, 516 y ss.).

c) Obligaciones de hacer o de no hacer

La doctrina señala, sin mayores discrepancias, que el procedimiento pre-
 visto para el pago por consignación queda excluido en las obligaciones de hacer
 y en las de no hacer⁴⁸. Esta afirmación, sin embargo, no puede ser admitida en

⁴⁴ Se pronuncian por la negativa: G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, n° 81, p. 343; Falzea, *L'offerta reale*, n° 28, p. 127.

⁴⁵ Para un concepto de obligación natural, ver Moisset de Espanés, *Deber moral y obliga-
 ción natural. Las obligaciones naturales en el derecho civil argentino*, publicado por la UNCba.

⁴⁶ Se pronuncian por la tesis que acepta la consignación en las obligaciones naturales: Co-
 lagrosso, // *libro delle obbligazioni*, n° 9, p. 3; Mommsen, Moscato, Fritz Sintenis y otros auto-
 res, citados por Falzea, *L'offerta reale*, n° 28, p. 127, n° 56.

⁴⁷ Cfr. Moisset de Espanés, *Deber moral y obligación natural*, p. 41.

⁴⁸ Cfr. Colmo, *Obligaciones en general*, n° 644; Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, 11, n°
 401; Planiol, *Tratado práctico*, t. XII, n° 1213; Demolombe, *Cours de Code*, XXVIII, n° 177;
 Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, t. II, n° 1626; Falzea, *L'offerta reale*, n° 23, p.
 108; Giorgi, *Teoría de las obligaciones en general*, t. VII, n° 293.

términos absolutos; es menester realizar una serie de distinciones que permitirán fijar con precisión el alcance de la aseveración. Si se trata de obligaciones que consisten en un "hacer" para cuya realización no es menester la cooperación del acreedor como, por ejemplo, la de realizar una obra en la cual nada tenga que ver aquél (escribir un guión cinematográfico o una partitura para una representación teatral), se deben observar las siguientes reglas: 1°) el deudor deberá intimar *judicial o extrajudicialmente* al acreedor para que éste reciba la obra ya realizada⁴⁹; si la obra aun no está realizada, el deudor deberá intimar previamente al acreedor para que manifieste si recibirá o no el trabajo a realizar; si no acepta la intimación, deberá obtener una declaración judicial que así lo reconozca; si el acreedor acepta la intimación, el deudor debe realizar la obra y luego entregarla; 2°) si el acreedor no responde a la intimación, el deudor podrá ejecutar la obra, siempre que pueda hacerlo sin la cooperación del acreedor, y una vez cumplida, solicitar que el órgano jurisdiccional lo declare liberado de esa obligación 5°; 3°) si para la realización de la obra es necesaria la cooperación del acreedor y éste no responde a la intimación que se le dirigiere en tal sentido, tornándose la obligación de cumplimiento imposible, sólo cabe la resolución judicial del vínculo por culpa del acreedor, quien deberá hacerse cargo de los daños que hubiere sufrido el deudor; sin embargo, si la cooperación del acreedor puede ser suplida por un tercero, antes de la resolución, el deudor deberá intentar el cumplimiento apelando a la cooperación subrogada, para luego solicitar la liberación por reconocimiento judicial.

Tratándose de obligaciones de no hacer, pareciera que el procedimiento consignatorio es de imposible verificación, pues no se advierte cómo el deudor puede recurrir al órgano jurisdiccional para "depositar una abstención". Ello es absolutamente lógico, pero creo necesario puntualizar que el deudor de una obligación de no hacer tiene derecho a solicitar —por aplicación de los principios generales— la resolución del vínculo contractual cuando la otra parte, al impedir el cumplimiento de su obligación, incurra, a su vez, en incumplimiento que ponga en funcionamiento el mecanismo resolutorio.

Por ejemplo, me obligo a no ejercer el comercio en la ciudad de San Miguel de Tucumán a partir del 1° de enero en que se instalará allí Pedro; si Pedro no se instala en esa ciudad después de transcurrido un tiempo, ante su incumplimiento, tendré derecho a solicitar la resolución del contrato, demostrando que por mi parte cumplí, no ejercí el comercio durante ese lapso.

⁴⁹ Cfr. Busso, *Código*, art. 756, n° 35, p. 570.

⁵⁰ Giorgi, *Teoría de las obligaciones*, t. VII, n° 293; Etemólmbe, *Cours de Code*, XXVIII, n° 180. Comparar. Colmo, *De las obligaciones*, n° 644.

§ 313. SEGUNDO PRESUPUESTO: "EJECUTABILIDAD" DE LA OBLIGACIÓN
(DEUDA EN ESTADO DE SER CUMPLIDA)

El segundo presupuesto exigido para que la consignación sea procedente queda configurado cuando la obligación entra en la etapa de ejecutabilidad, es decir, cuando la deuda se torna cumplible. ¿Cuándo es cumplible una obligación? La doctrina responde a este interrogante cuando se ocupa de estudiar el concepto de exigibilidad de las obligaciones⁵¹. Aquí se procurará resolver el problema acudiendo a la noción de ejecutabilidad. La respuesta depende en primer lugar del tiempo del pago; interesa, por ende, saber cuándo puede ser realizado (ejecutado), por quien tenga poder jurídico suficiente (deudor). El problema así planteado encuentra correcta solución en el principio de puntualidad, ya estudiado (*supra* § 160).

Además, es necesario:

a) *Los sujetos y el objeto deben ser determinados*

Si el acreedor no está determinado, la consignación estaría subordinada a la previa individualización de éste⁵². Debe tratarse de indeterminación, y no de desconocimiento del acreedor, pues en este último caso funcionaría la causa prevista en el inc. 4 del art. 757. Lo mismo sucede con el objeto de la prestación; éste debe estar determinado al momento de intentarse la consignación; si se tratara de obligaciones de objeto alternativo, cuya elección corresponde al acreedor, deberá previamente intimarse a éste para que se decida, y luego, en caso de negativa a recibir, también procederá la consignación. Si el acreedores remiso en efectuar la elección, creo que el deudor podría elegir él y depositar la prestación (argumento de los arts. 635 y 641). En cambio, cuando la elección corresponde al deudor —que es la regla (art. 635)—, no hay problemas, pues el deudor tiene abierto el camino a la consignación desde que la prestación se tornó ejecutable.

⁵¹ Cfr. Giorgi, *Teoría de las obligaciones*, t. II, n° 47, p. 89; Demogue, *Traite des obligations*, t. VI, n° 230; Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, t. VI, vol. I, n° 160, p. 158; Belluscio y Zannoni, *Código*, t. 2, comentarios al art 508, p. 588, n° 3; De Gásperi y Morello, *Derecho civil*, t. n, "Obligaciones en general", p. 219, cita 1*. Sobre un concepto de inexistencia, se puede consultar V. Espert Sanz, *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968, ps. 197 y ss.

⁵² Falzea, *L'offerta reale*, n° 31, p. 132. Con relación a este punto, se resolvió: "que la no presencia del acreedor en su domicilio en una sola y única oportunidad aislada no puede configurar la ausencia del mismo, como lo requiere la ley en el art. 737, inc. 3, del Cód. Civil, para que la consignación pueda tener lugar" (C.N.Civ., Sala F, 9/8/1979, "Erhart, A. v. Ramírez, G.", "L.L.", 1980-A-419).

b) La iliquidez de la deuda no impide la consignación

Según uniforme jurisprudencia, la iliquidez de la deuda no perjudica la acción de consignación, pudiendo el deudor depositar la cantidad líquida y ofrecer cumplir con el saldo una vez realizada la liquidación. La doctrina es también uniforme en este sentido⁵³.

§ 314. TERCER PRESUPUESTO: EXISTENCIA DE DIFICULTADES REALES QUE IMPOSIBILITEN EL PAGO DIRECTO

La procedencia del pago por consignación depende de un tercer presupuesto: que el deudor demuestre que el pago directo y espontáneo es de imposible realización, por la existencia de obstáculos insalvables. Dentro del sistema de nuestro Código, las causales que autorizan al deudor a consignar están enunciadas en el art. 757 en siete incisos, a las cuales hay que añadir otras puntualizadas por la doctrina y aceptadas por la jurisprudencia. Las dificultades que impidan al deudor el pago directo deben ser reales, serias e insalvables.

§ 315. LAS CAUSALES QUE AUTORIZAN LA CONSIGNACIÓN, ¿DEBEN SER IMPUTABLES AL ACREEDOR?

¿Es necesario que el acreedor haya dado lugar con su comportamiento a la configuración de determinada causal de consignación para que ésta sea procedente? El problema de la culpabilidad del acreedor en la consignación se vincula estrechamente con el problema de saber si en la *mora creditoris* es o no necesaria la culpa del acreedor. Como es sabido, nuestro Código no contiene preceptos relativos a la mora del *accipiens*, aunque se estima —por aplicación analógica de los preceptos que regulan la mora del deudor— que el requisito de culpabilidad es requerido también para el acreedor. Puesto que he sostenido que mora del acreedor y pago por consignación son institutos diversos con autonomía conceptual, considero que el problema que examinamos debe ser resuelto conforme a las siguientes pautas: a) en la mora del acreedor, por regla general, debe haber culpa; b) en el pago por consignación la regla es la que sigue: la consignación procede con prescindencia de la culpa del acreedor⁵⁴.

⁵³ Cfr. Busso, *Código*, art. 756, n° 47, p. 571. Comparar: Falzea, *L'offerta reale*, n° 31, p. 133, y n° 58, p. 250; Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, t E, n° 1559; Giorgi, *Teoría de las obligaciones*, t VEL n° 269; Demolombe, *Cours de Code*, XXVIII, n° 75.

⁵⁴ Como lo he sostenido *supra*, § 290, c, III.

⁵⁵ No debe verse una contradicción en la afirmación de que la *mora creditoris* requiere culpa y el pago por consignación no. Cuando iá causal que se invoca es la negativa del acreedor a recibir, negativa injustificada que supone "culpa", esa culpa se verá reflejada en la consignación. Pero cuando se invocan otras causales como, por ejemplo, la incapacidad del acreedor (art. 757,

§ 316. ELEMENTOS DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

Al respecto las cuestiones a considerar son: *a)* diligencias previas al depósito; *b)* caracteres que debe reunir el depósito; *c)* iniciativa del deudor; *d)* *animus solvendi*.

a) Diligencias previas al depósito judicial. Ofertas reales

Se ha sostenido que cuando la causal que se invoca es la negativa del acreedor a recibir el pago, el trámite de la consignación comienza —interpretando de manera equivocada los textos de nuestro ordenamiento— directamente con el depósito de las sumas adeudadas. No se requieren, según esta opinión, *ofertas previas*⁵⁶. Considero que se trata de una interpretación equivocada. Si se examina el inc. 1 del art. 757 (negativa del acreedor a recibir el pago), se advertirá que la tesis que combatimos resulta notoriamente inconveniente. En efecto, ¿cómo se podrá hablar de *negativa* si no ha mediado oferta? La ley, al estatuir que la consignación procede cuando el acreedor *se niega* a recibir, está presuponiendo que han mediado ofertas. Sin las ofertas es prácticamente imposible saber con precisión si el acreedor aceptó o no el pago; más aún, sin las ofertas no sólo queda en la incertidumbre la actitud del *accipiens* (no se sabe si aceptó o no), sino también queda en la penumbra la conducta del deudor: ¿habrá ofrecido pagar en tiempo propio, o habrá pretendido pagar tarde? El sistema de las ofertas reales viene a despejar todas estas dudas⁵⁷. La ley exige no sólo que el deudor esté dispuesto a cumplir la prestación, sino que además exige que haya comenzado a cumplirla. Por ello se ha dicho⁵⁸ que el deudor ha de aproximar el objeto de la prestación al acreedor en tal forma que éste no tenga que hacer otra cosa que tomarlo. También ya se ha dicho que la oferta debe ser "real". No basta la mera declaración de voluntad del deudor aunque ésta llegue a conocimiento del acreedor. Lo que interesa es que el deudor *ponga a disposición* del acreedor la prestación de tal manera que sólo de este último dependa que se consume el cumplimiento. Respecto de los ofrecimientos verbales o telegráficos, cabe afirmar que no constituyen ofertas reales, puesto que en tales casos el acreedor no puede disponer, al instante, del objeto que le es debido.

inc. 2) o cuando el acreedor ha sido víctima de un robo que lo despojó del "pagaré" (art 757, inc. 6), la consignación que haga el deudor nada tiene que ver con la culpa del acreedor.

⁵⁶ Cfr. Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t III, comentario al art 757, p. 535; Busso, *Código Civil*, t V, comentario al art, 756, n° 57, p. 578.

⁵⁷ Cfr. Moisset de Espanés, *Mora del acreedor y pago por consignación*, "J.A.", 1977-11-707. En el mismo sentido: Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. DI, 3ª ed., n° 1516, p. 267,

⁵⁸ Cfr. Larenz, *Derecho de las obligaciones*. 1.1, p. 377.

Respecto de otras causales, vale afirmar que, aceptado que la consignación es un remedio de carácter excepcional, el deudor que pretende consignar debe agotar las posibilidades de pagar de modo directo; sólo cuando tales posibilidades estén agotadas podrá recurrir a la consignación⁵⁹.

b) Caracteres que debe reunir el depósito

Cumplidas las diligencias previas, el depósito constituye el acto que da inicio al procedimiento judicial, ya que la pretensión de liberarse del deudor debe ser articulada por medio de una demanda, reconvención o excepción a la cual se debe adjuntar el instrumento que acredite la realización del depósito en los bancos oficiales o autorizados a recibir depósito⁶⁰. Las sumas depositadas deben ser puestas a disposición del órgano jurisdiccional competente e individualizarse el expediente por el cual se tramita el juicio.

I) Relaciones entre el depositante y el acreedor.—En las relaciones existentes entre el deudor que efectúa el depósito y el acreedor destinatario final del pago, el depósito se presenta como un acto unilateral. Como consecuencia de ello, la oferta —en tanto no haya sido aceptada— puede ser revocada por el depositante; así resulta expresamente del art. 761 del Cód. Civil. También se dice que el depósito configura un acto jurídico condicional ya que su eficacia está condicionada a la aceptación del acreedor o convalidación judicial.

U) Relaciones entre depositante y depositario. — Se trata de un acto jurídico bilateral, pues para su conclusión concurren ambos centros de interés: la particularidad que presenta este depósito es que se lo efectúa a favor de un tercero (acreedor) que no participa en la concreción del depósito. Esto ha servido de argumento a la tesis según la cual la consignación es un contrato a favor de terceros. En razón de esta peculiaridad, aunque el acreedor no haya intervenido en la conclusión del depósito, adquiere el derecho de obtener del depositario (banco oficial) la entrega de las sumas allí depositadas. Siempre será necesario una declaración judicial que autorice el retiro de los fondos.

⁵⁹ Cfr. CPaz Letrada Cap. Fed., 17/9/1937, "J.A.", 59-1010; C.N.Civ., Sala A, 8/6/1972, "E.D.", 46-682; *idem*. Sala E, 16/7/1976, "E.D.", 70-231; *idem*. Sala A, 8/5/1975, "E.D." 66-204.

⁶⁰ Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1587, p. 305; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 1314, p. 361; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, p. 798, nota 4; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, vol. 12, p. 172; Galli, en Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t II, n° 1316, p. 364; Busso, *Código Civil*, comentario al art. 756, n° 93, CApel. Mercedes, 21/8/1948, "L.L.", 53-127; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código Civil*, t. III, p. 537.

c) Iniciativa del deudor

El pago por consignación supone que quien debe tomar la iniciativa para poner en movimiento el mecanismo consignatorio es el deudor. Lo afirmado no significa desconocer que también un *tercero interesado* puede intentar la consignación ⁶¹.

d) "Animus solvencia"

Por aplicación de los principios generales, la manifestación del *animus solvendi* no requiere de fórmulas sacramentales y de términos solemnes; basta que de la presentación del *solvens* resulte clara la intención de pagar. El *animus solvendi* puede desaparecer cuando el depositante formula reservas que desvían la intención de pagar, otras reservas, en cambio, son compatibles con el *animus* ⁶².

D) LOS REQUISITOS

§ 317. ENUMERACIÓN

Toca examinar con qué requisitos debe ser promovida una consignación para que el órgano jurisdiccional la declare admisible. En esta materia existe un precepto que debe ser considerado como ariete del sistema legislado por Vélez Sarsfield: el art. 758, que fue redactado como sigue: "La consignación no tendrá la fuerza de pago, sino concurriendo en cuanto a las personas, objeto, modo y tiempo, todos los requisitos sin los cuales el pago no puede ser válido. No concurriendo estos requisitos, el acreedor no está obligado a aceptar el ofrecimiento del pago".

§ 318. REQUISITO RELATIVO A LAS PERSONAS: LOS SUJETOS LEGITIMADOS

La primera cuestión que cuadra dejar perfectamente aclarada es la relativa a los sujetos comprendidos en el mecanismo consignatorio. El problema, como es natural, debe encararse y resolverse de conformidad a los principios generales que rigen el pago. Me abocaré, primero, al estudio de la legitimación activa, para luego ocuparme de la legitimación pasiva.

⁶¹ Busso, *Código*, art. 757, n° 69, p. 574.

⁶² Ha dicho Demolombe (*Cours de Code*, t. XXVII n° 82) que todas aquellas cláusulas que implican modalidades o reservas en cuya virtud dejen de producirse los efectos típicos del pago, perjudican la validez y eficacia de la consignación, por ejemplo, cuando el depositante incluye en su escrito la siguiente reserva: "El retiro de los fondos implicará reconocimiento de que no soy deudor", u otras fórmulas similares.

§ 319. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

En trazos generales se puede afirmar, que se hallan *legitimados activamente* para promover una demanda judicial por consignación todos aquellos que —dentro de determinada relación de obligación— tienen *derecho a pagar*⁶³. Pero, ¿quién tiene derecho a pagar? En primer lugar, *el deudor*, en segundo lugar, cualquier *tercero interesado*. Veamos cada una de estas hipótesis en particular.

1) Consignación por el deudor principal. Como es bien sabido, el sujeto pasivo de la obligación es el deudor; pues bien, en tal calidad está legitimado, en primer término, para efectuar la consignación judicial (doctrina del art. 726, Cód. Civil).

2) Consignación por el fiador, avalista, etc. Los fiadores o avalistas del deudor principal pueden —legítimamente— demandar una consignación, sea la fianza simple o solidaria.

3) Consignación por el mandatario del deudor. Por aplicación de los principios generales, cabe afirmar que el mandatario del deudor también puede consignar⁶⁴, para lo cual debe estar investido de poder especial.

4) Consignación por los terceros interesados. En determinada relación de obligación, *tercero* es aquel que no es parte⁶⁵. Ahora bien, *tercero interesado* es todo aquel que, sin intervenir en determinada relación jurídica, se puede ver beneficiado o perjudicado jurídicamente por las consecuencias derivadas de dicha relación, por estar vinculado en razón de algún derecho con los sujetos o con el objeto del negocio jurídico⁶⁶. Cuando el interés jurídico del tercero consiste en obtener la liberación de su deudor, considérase que está legitimado para consignar válidamente. Esta solución es posible en nuestro derecho en virtud de lo dispuesto en los arts. 727 a 729, que si bien no se refieren expresamente al pago por consignación, son preceptos que por su ubicación (corresponden al conjunto de artículos que Vélez dedicó al pago en general) pueden fundar válidamente el derecho de un tercero interesado a obtener la liberación del deudor.

⁶³ Ameal, en Belluscio y Zannoni, *Código Civil*, t. HL comentario al art 726, p. 416; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, ^187, p. 97; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. 2, p. 24; Llambías, *Obligaciones*, t. Eñ-B, n° 1404, p. 119; Busso, *Código*, t. V, comentario al art. 726, n° 2, p. 360; Beltrán de Heredia, *El cumplimiento*, p. 134. Nótese que el art. 1158 del Cód. Civil español es similar a nuestro art 726.

⁶⁴ Nadie duda de que el pago también puede ser hecho por el representante del deudor, en cuyo caso se considera hecho directamente por el representado.

⁶⁵ Cfr. Messineo, *Manual*, t II, § 7, p. 7.

⁶⁶ Cfr. Colombres Garmendia, *El pago por tercero*, p. 28. Comparar J.C. Palmero, *El cumplimiento por el tercero*. Depalma, Buenos Aires, 1973, ps. 75 y ss.

a) *Naturaleza del derecho del tercero*

Respecto de la naturaleza del derecho del tercero cabe decir que, según pienso, el fundamento radica en la necesidad de *tutelar el interés del tercero*; no creo que sea razonable negarle a una persona la posibilidad de *proteger*—por vía de la consignación— el patrimonio de uno de sus deudores, pues de ese modo pone a resguardo el acervo patrimonial de éstos, que constituye, como es sabido, la prenda común de los acreedores. El tercero debe intentar la consignación como "tercero", y no como sustituto del deudor. La doctrina⁶⁷ afirma sin discrepancias que cuando el tercero intenta el pago por consignación debe hacerlo como *tercero*, y no invocando la investidura o calidad de su deudor.

b) *Consignación por un tercero no interesado*

Un tercero no interesado, ¿se encuentra legitimado para consignar? Según una primera tesis⁶⁸, puesto que el no interesado no tiene el derecho de pagar, salvo que lo consienta el acreedor, mal podría consignar porque la consignación supone, precisamente, la oposición del acreedor a recibir el pago. De acuerdo con una segunda tesis⁶⁹, a la que adhiero, se debe reconocer el derecho del no interesado a consignar, con base en estos argumentos: a) los arts. 727 y 728 reconocen a los terceros el *ius solvendi* sin hacer distinciones según que tengan o no interés; b) el art. 729 obliga al acreedor a aceptar el pago que le ofrezca un tercero, también sin distinciones; c) no existe en nuestro ordenamiento una norma que prohíba la consignación por un no interesado. Ahora, ¿en qué carácter debe obrar el no interesado? Marmitt afirma que debe hacerlo en "nombre y por cuenta del deudor", supuesto en el que, dice, se le debe reconocer una legitimación extraordinaria⁷⁰. No es así. Si el no interesado actúa en nombre y por cuenta del deudor, no actúa en realidad como tercero sino como *mandatario* del deudor y, en consecuencia, carece de relevancia determinar si está o no interesado

⁶⁷ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t II-B, n° 561, p. 279; Borda, *Obligaciones*, t. 1, n° 764, p. 494; Cazeaux y Trigo Represas, *Der. de las obligaciones*, t. II, vol. II, p. 175. En el mismo sentido: CPaz, Sala II, 14/4/1961, "L.L.", 104-352; SC Mendoza, 15/7/1959, "L.L.", 97-92 (4142-S); CN.Civ., Sala A, "J.A.", 1952-IV-363.

⁶⁸ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1430, p. 140; Alterini, Ameal, López Cabana, *Obligaciones*, n° 195, p. 101.

⁶⁹ Respaldada por A. E. Salas, *Pago por tercero*, "J.A.", 1942-IV-150; Colombres Garmendia, *El pago por tercero*, p. 55. Nuestra jurisprudencia resolvió, al respecto, "no es necesario ser deudor ni estar interesado en la obligación para tener el poder jurídico de extinguirla. Los terceros tienen un verdadero derecho a pagar, aunque no tengan la obligación de hacerlo" (CN.Civ., Sala F, 4/3/1968, "L.L.", 134-1082 [20.310-S]).

⁷⁰ Arnaldo Marmitt, *Consignação em pagamento*, Aide, Rio de Janeiro, 1990, p. 40.

en el pago. El problema se presenta cuando actúa como *tercero* sin interés patrimonial, caso en el cual, según ha quedado expuesto, entiendo que está legitimado para consignar.

c) Consignación intentada por un incapaz

Si la demanda por consignación es promovida por un incapaz, el demandado puede solicitar su rechazo, pues de lo contrario, si la acepta, corre el riesgo de que se declare la nulidad del pago, en razón de la incapacidad del consignante. También es posible, como se ha sugerido⁷¹, que el acreedor acepte el pago, subordinándolo a la ratificación del órgano encargado de velar por los intereses de los incapaces.

§ 320. LA LEGITIMACIÓN PASIVA

Las personas contra las cuales se puede intentar la consignación son el acreedor o el tercero autorizado por éste a recibir el pago. Ellos son los *destinatarios del pago*; por tanto es a ellos a quienes hay que demandar.

§ 321. REQUISITOS ATINENTES AL OBJETO DE LA PRESTACIÓN QUE SE LE CONSIGNA

Para que la consignación sea plenamente eficaz, debe verificarse respetando los principios de *identidad e integridad*, pues con ellos se resguarda la exactitud del objeto. Tales principios imponen al deudor el deber de dar, hacer o no hacer, exactamente lo que comprometió a dar, hace o no hacer. Cierta doctrina enseña que a esos principios se suma el de *indivisibilidad*; por nuestra parte, entendemos que este principio queda absorbido por el de *integridad*, considerado *stricto sensu*.

Estimo pertinentes tres acotaciones:

a) Respecto del principio de identidad

Bien se ha dicho que carece de fundamento el pago por consignación, si el deudor pretende pagar una suma distinta de la debida. Por esta razón, no puede dársele valor de pago a una consignación de un monto *estimado* en forma

⁷¹ Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 561, p. 280. Es indudable que si la consignación es intentada por una persona incapaz, y si el acreedor la acepta, corre el riesgo de que se declare la nulidad del procedimiento: Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, n° 1335; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 764; Busso, *Código*, art. 758, n° 8, p. 594. En el mismo sentido: Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, t. II, n° 1598; Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado práctico*, t. VII, n° 1208,

aproximada por no reunir los requisitos del art. 758 del Cód. Civil. Salvo que, por razones justificadas, no le sea posible al deudor liquidar exactamente su deuda y, por ello, deposite una suma aproximada, allanándose a las resultas de una liquidación judicial posterior.

b) Respecto del principio de integridad

Por idénticas razones, reiteradamente se ha declarado que, para que el pago por consignación sea procedente, el deudor debe depositar el capital más los intereses que sean exigibles. Es más, en un caso se resolvió que incluso si estima que los intereses que se le reclaman son excesivos, debe de todos modos depositarlos y expresar reserva de demandar su restitución, sea en el mismo juicio de consignación o en otro.

c) Integridad del pago y abuso del derecho

Para evitar abuso es importante considerar que en esta materia resulta fundamental el principio de buena fe en cuya virtud el juez debe impedir el ejercicio abusivo del derecho de crédito. Así como el deudor en mora no podría pretender pagar la suma originaria (sin intereses moratorios), tampoco el acreedor está facultado a rechazar un depósito cuyo monto es apenas inferior al realmente debido. Si la diferencia es mínima o ínfima, al punto que no altera la naturaleza de la obligación, la consignación debe prosperar. Por ello, no estoy de acuerdo con algunos fallos que resolvieron rechazar los depósitos que eran inferiores (en montos insignificantes) a lo que se debía. Ello implica, a mi juicio, tolerar que el acreedor ejerza con abuso su derecho de crédito⁷².

Por el contrario, en otros pronunciamiento que receptan la buena doctrina, se entendió que "no cabe el rechazo de la consignación por falta de \$ 0,87 para completar el depósito de \$ 25.056,27, pues dada la pequenez de la suma debe suponerse un error material. El argumento del acreedor revela poca lealtad procesal y negocia! y un estrecho rigorismo formal"⁷³.

⁷² Sobre este tema, remito a Wayar, *El pago por consignación y mora del acreedor*, § 36, p. 179. En un fallo se resolvió que el depósito debe ser de la suma que se debe y por mínima que resulte la diferencia entre lo consignado y lo realmente adeudado, el pago no puede tener efecto liberatorio (CNJPaz, Sala m*, 23/9/71, "L.L.", 148-661). En otro fallo se entendió que si el consignante deposita una suma mayor a la que realmente corresponde según lo convenido en la locación "y la parte accionada no acepta la primera suma, de acuerdo con el principio de identidad (art. 740) no resulta aceptable la suma consignada" (C.N.Esp. Civ. y Com., Sala 1,14/671977, "L.L.", 1977-C-605). Estas sentencias toleran que el acreedor ejerza con abuso su derecho, apegadas a un rigorismo formal inconveniente e injusto, frustran la liberación del deudor sin razones valederas.

⁷³ CCiv., SalaC, 5/5/77, "L.L.", 1978-D-651.

§ 322. LA CONSIGNACIÓN Y EL TIEMPO DE PAGO:
EL PRINCIPIO DE PUNTUALIDAD

Cuando se afirma que el pago debe ser *puntual* se quiere significar que debe ejecutársele en la *oportunidad* designada por la voluntad de las partes o por la ley ⁷⁴; *ni antes ni después*. La regla tiene carácter general cuando el tiempo de cumplimiento lo estipularon las partes o está previsto por la ley. En cambio, cuando ni el título ni la ley indican el momento en que se debe ejecutar la prestación, se menciona como principio el siguiente: "la obligación debe cumplirse tan pronto como existe", es decir, inmediatamente, acto seguido de su constitución ⁷⁵.

a) Carácter de la regla

Las reglas sobre el tiempo de pago, ¿se aplican con carácter riguroso en materia de consignación? Si la obligación tiene ñjado, por ejemplo, un plazo cierto (p.ej., pagaré el 28 de febrero) y el deudor está compelido a respetar el principio de puntualidad para consignar válidamente, ¿significa ello que la demanda de consignación debe promoverse el día del pago o sea el 28 de febrero? Si la demanda se promueve luego de operado el vencimiento de ese plazo, ¿podrá el acreedor rechazar la consignación arguyendo que el pago es tardío? La cuestión debe ser resuelta distinguiendo las diferentes especies de plazos[^]

b) La consignación puede ser tardía

Según la tesis que se sustenta aquí, el principio de puntualidad no puede tener una vigencia absoluta en materia de consignación de obligaciones con plazo cierto. De lo contrario, se podría afirmar que la consignación nunca podría funcionar en esta clase de obligaciones, pues siendo la mora automática por el solo vencimiento del plazo, una vez vencido éste, el deudor está en mora y cualquier pago que intentare luego sería *tardío*. Pero es evidente que esta solución es inadmisibles. Contempla con rigor la naturaleza de la consignación y resuelve con justicia el conflicto de intereses en juego, la tesis que aquí se sostiene es que en las obligaciones con plazo cierto la consignación puede ser in-

⁷⁴ Ver Messineo, *Manual*, L IV, § 112, p. 216, n° 6; De Ruggiero, *Instituciones*, t. II, vol. I, § 74, p. 114.

⁷⁵ *La ómnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur* (Institutos, t. III» 13, §2; Ulpiano, *£>ig.*, XLV, 4, L. 41, § 1; Pomponio. *Dig. rL.* 17, 14). Dice el art. 113 del Cód. Civil español: "Será exigible desde luego esta obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado que los interesados ignoraren. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución".

tentada después de vencido el plazo, es decir, tardíamente. Si se objetara que esa solución no se ajusta al sistema del Código Civil, respondo: el deudor en mora tiene derecho a pagar, porque: 1) entre los efectos de la mora *solvendi* no se computa la pérdida del derecho a pagar tarde; 2) si bien la mora incrementa la cuantía de lo debido, ello no autoriza al acreedor a negar al deudor el derecho a pagar y así liberarse (art. 505 *infiné*), siempre que el pago sea íntegro; 3) es importante destacar que si el daño moratorio no estuviese liquidado al momento en que el deudor pretende consignar y si la liquidación está al alcance del propio deudor, éste debe proceder a efectuar la liquidación y depositar los montos resultantes; tratándose de deudas de dinero, siempre la liquidación es factible; y 4) si no puede el deudor hacer la liquidación, debe remitírsele pagar la parte líquida, sin perjuicio de la ulterior liquidación y la ampliación del depósito.

c) Reconocimiento de la jurisprudencia

Con justicia nuestros tribunales han resuelto que el deudor moroso no pierde la facultad de liberarse cumpliéndola tardíamente; la circunstancia de estar en mora no significa que quede condenado sin remisión a permanecer perpetuamente en ese estado sin posibilidad de purgarlo.

§ 323. REQUISITOS RELATIVOS AL LUGAR

Interpretando literalmente, el art. 758 no enumera entre los requisitos que deben concurrir para que el pago por consignación sea eficaz, el relativo al "lugar" de cumplimiento; no obstante esta omisión, nadie duda de que aquel recaudo también debe ser observado para que el intento liberatorio sea eficaz⁷⁶. En consecuencia, si se pretendiera una consignación en *lugar distinto* de aquel que correspondiere, la consignación debe ser rechazada.

§ 324. PAGO POR CONSIGNACIÓN Y MODO DE CUMPLIMIENTO

Al interpretar el art. 758, la doctrina tradicional enseña que la consignación también debe respetar los requisitos atinentes al "modo" en que el pago debe efectuarse. Se afirma, en términos generales, que la exigencia referida al "modo" contenido en el art. 758 debe ser interpretada en el sentido de que la prestación debe ser consignada en la forma estipulada por las partes o, en caso contrario, en la forma que normalmente corresponde, según la naturaleza y circunstancias de la obligación. Esta exigencia, como se ha puesto de relieve⁷⁷, junto

⁷⁶ Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. n, n° 1349; Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, 1.1, n° 400; Busso, *Código*, art. 758, n° 33, p. 593; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1565, p. 284.

⁷⁷ Galli, en sus anotaciones a la obra de Salvat, *Obligaciones*, t. II, n° 1346 a, p. 374; en el mismo sentido, Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 766, p. 585.

a los demás requisitos de personas y tiempo, podría hacer suponer que responde a un concepto específico con contenido propio, pero no es así. Nada tiene que ver el requisito referido al "modo" de cumplimiento, con la admisibilidad o no de la consignación judicial.

Sobre este punto, bien ha dicho Salvat que por observancia del requisito "modo", se entiende que el depósito debe ser judicial o que el depositante debe ser una persona capaz o que la suma depositada debe ser de plazo vencido, de la moneda estipulada y suficiente, etc.⁷⁸.

E) CONSECUENCIAS DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

§ 325. LOS EFECTOS DE LA CONSIGNACIÓN. DESDE CUANDO SE PRODUCEN

En rigor, los efectos de la consignación se producen *desde que la acción judicial es entablada por el deudor*. Ahora bien, la consignación—expresa en uno de sus párrafos el art. 759— "surte los efectos del verdadero pago", pero el pago, ¿se produce por la sola promoción del juicio? Evidentemente no; la misma ley establece que lá consignación tiene la fuerza solutoria del pago: desde que es aceptada por el acreedor o declarada válida por sentencia. Por esta razón, estimo conveniente distinguir los efectos de la consignación antes de su perfeccionamiento (lo que ocurre cuando es aceptada o declarada válida), de las consecuencias que se producen después de quedar perfeccionada. Pero entiéndase bien, hablamos de consecuencias (*lato sensu*), y no del efecto cancelatorio. Se trata de supuestos diferentes.

§ 326. EFECTOS DE LA CONSIGNACIÓN ANTES DE SER ACEPTADA POR EL ACREEDOR O DECLARADA VÁLIDA POR SENTENCIA JUDICIAL

a) *La cosa u objeto depositado en consignación, ¿a quién pertenece?*

Una vez que el juicio de consignación se inicia con la promoción de la demanda, y el actor deposita el objeto que adeuda, se abre una serie de interrogantes: el depositante, ¿pierde el derecho de propiedad sobre la cosa depositada?; ¿es el acreedor demandado el nuevo propietario?; ¿puede el actor desistir de la demanda y retirar el depósito?

Se han ensayado diversas teorías para resolver el problema planteado.

I) *Tesis según la cual el depositante pierde el dominio de la cosa depositada.* — Según la tesis expuesta por la doctrina alemana⁷⁹ —que entre nosotros

⁷⁸ El Proyecto de Código Civil de 1998 contiene dos artículos que se refieren, respectivamente, a los requisitos del pago por consignación y al derecho a consignar del deudor constituido en mora (arts. 841 y 843).

⁷⁹ Cfr. Ennecerus y Lehmann, *Tratado*, t. II, vol. I, "Obligaciones", § 67, p. 323; Larenz,

admitió Segovia⁸⁰—, el depósito hace perder al depositante el dominio sobre el objeto consignado y produce los efectos del pago. Se advierte —por sus propios sostenedores— que la tesis tropieza con un serio escollo: cómo explicar el derecho del depositante a retirar el depósito. Para salvar esta dificultad, se dice que el depósito es revocable, ya que se trataría de una pérdida patrimonial no definitiva, sino sujeta a condición, que para unos es resolutoria y para otros suspensiva⁸¹.

II) *Tesis según la cual el depósito no significa la pérdida del dominio para el depositante.* — La mayoría de nuestros autores⁸² afirma que el depósito es sólo una oferta de pago que por sí sola no hace perder el dominio de la cosa depositada. Esta doctrina —inspirada en los autores franceses⁸³— tiene sólidos fundamentos en nuestro derecho y es la que debe prevalecer.

IU) *La solución en nuestro derecho.* — Se trata de una simple oferta que puede, como tal, ser aceptada o rechazada por el acreedor. La circunstancia de que el juez pueda vencer la resistencia del acreedor declarando válido el depósito no cambia las cosas. Esta solución reposa en fundamentos que no admiten réplica: con arreglo a lo normado en los arts. 759 y 760, no cabe duda de que la consignación no tendrá fuerza de pago, sino cuando fuese aceptada por el acreedor (o no impugnada, según la letra de la ley) o declarada válida por sentencia. El art. 761 autoriza al deudor a retirar el depósito mientras el acreedor no lo hubiese aceptado o mientras no hubiese recaído sentencia; ello demuestra que mientras no se perfecciona, el depósito es una simple oferta que puede, como tal, ser revocada por el deudor. No es jurídicamente exacto que el retiro del depósito por el deudor haga renacer la obligación con todos sus accesorios, como se lee en el art. 761, *in fine*⁸⁴. No es exacto porque la obligación nunca se extinguió; porque para que este efecto se produzca la ley exige la aceptación del *accipiens* o, en caso de oposición de éste, sentencia judicial convalidante.

Derecho de obligaciones, 11, ps. 422 y ss.; Hedemann, *Obligaciones*, § 25, p. 195; Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. II, p. 68.

⁸⁰ Segovia, *Código Civil Su explicación y crítica*, 11, art. 759, glosa 33, ps. 197/198.

⁸¹ Von Tuhr, *Tratado. Obligaciones*, t. II, § 63, ps. 67/68. Comparar: Larenz, *Derecho. Obligaciones*, 11, p. 423; Enneccerus y Lehmann, *Obligaciones*, 1.1, § 67, p. 324. Interpreta Saleilles que en el Cód. Civil alemán quedó consagrado el sistema de que la consignación constituye un pago sometido a condición suspensiva (*Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 2^a ed., n° 52, ps. 41 y 42).

⁸² Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 361; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 814; Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 758, nos 9 y ss.; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1572, p. 290; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 769.

⁸³ Cfr. Aubry y Rau, *Cours*, t. IV, § 322, p. 329; Demolombe, *Cours de Code*, t. XXVIII, nos 147 y ss.; Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, t. II, n° 1630; Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado práctico*, t. VII, n° 1211.

⁸⁴ Cfr. Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, 1.1, p. 352.

OBLIGACIONES

En ningún texto del Código Civil se admite que una simple oferta opere la transmisión dominial; se trataría de una forma unilateral de transmitir el dominio no contemplada en nuestra legislación. La tradición —que es el modo más importante para adquirir el dominio de las cosas— exige siempre la concurrencia de dos voluntades: la del *tradens* y la del *accipiens*.

Que el art. 1613 exonere al locatario de responsabilidad por el pago de los alquileres desde el momento del depósito no significa que esa solución sea extensiva a todas las hipótesis. Los arts. 759 y 769 y ss. están ubicados en el título dedicado al "pago por consignación", razón suficiente para considerar que éstas son las reglas generales y que el art. 1613 es una excepción.

b) Si bien la cosa depositada no sale del patrimonio del deudor, queda "a disposición del acreedor". Alcances

El deudor no perdió, por el depósito, la propiedad de la cosa, pero puede perderla cuando el acreedor lo decida. Ello no significa que el patrimonio del deudor consignante sufra detrimento alguno, pues si bien pierde un bien, con él cancela una obligación que disminuye su pasivo. La cosa depositada tiene siempre una ubicación patrimonial cierta; antes de la aceptación por el acreedor o de dictarse sentencia convalidante, pertenece al deudor, una vez perfeccionada la consignación, pasa a pertenecer al acreedor. La transmisión del dominio se considerará operada retroactivamente el día del depósito.

Que la cosa se encuentre a *disposición* del acreedor significa que éste podrá apropiársela con sólo aceptarla en cualquier momento, extinguiendo la obligación.

§ 327. INFLUENCIA DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONSIGNANTE (CONCURSOS, EMBARGOS, ETC.) SOBRE LA COSA DEPOSITADA MIENTRAS LA CONSIGNACIÓN NO SE PERFECCIONA

Durante el lapso que media desde el momento del depósito hasta que la consignación se perfecciona, la cosa depositada, si bien no ha salido del patrimonio del deudor, puede ser adquirida por el acreedor en cualquier momento. Ahora bien, esta particular situación se complica cuando ocurren hechos que vienen —directa o indirectamente— a modificar la condición jurídica de la prestación consignada. Tales hechos pueden ser *a)* que el deudor consignando sea concursado; *b)* que la cosa depositada resulte embargada, sea que el embargo provenga del propio consignante, del acreedor consignado o de los acreedores de uno o de otro; *c)* que la cosa depositada sea retirada, por el consignante, por el consignado o por los acreedores: Veamos cada una de las hipótesis enunciadas.

a) Concurso del deudor consignante. Efectos del concurso sobre la cosa depositada

¿Qué efectos produce sobre la cosa depositada la declaración de concurso del deudor consignante? Las quiebras y los concursos están regidos, en esta materia, por idénticas reglas: si el procedimiento consignatario se verifica durante el período de sospecha, es necesario distinguir también en este caso si la consignación se perfeccionó o no; en el primer caso, se ha sostenido que se debe reconocer eficacia al pago, ya "que la declaración de concurso o quiebra no afecta los actos anteriores a la declaración de la falencia"⁸⁵; en cambio, si la consignación aún no se consumó, se afirma que el síndico puede retirar lo consignado según lo autoriza el art. 761 del Cód. Civil.

Respecto de la primera afirmación caben algunas observaciones. La consignación consumada durante el período de sospecha puede resultar un acto ineficaz; así resulta de la letra del art. 119 de la ley 24.522: "Los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. El tercero debe probar que el acto no causó perjuicio".

Por el contrario, si la consignación no se ha perfeccionado al momento de la presentación del deudor en concurso —con mayor razón luego de declarado abierto—, estimo que el síndico está autorizado para presentarse al juicio donde se tramita la consignación y retirar lo consignado, haciendo usode la facultad que el art. 761 le confiere al deudor.

b) Embargo sobre el objeto consignado

¿Cuál es la condición jurídica de la suma o cosa consignada cuando se ordena un embargo sobre ella? La cuestión es diversa según que el embargo provenga del propio consignante, del acreedor consignado o de los acreedores de uno u otro. Las distintas hipótesis serían:

I) *Embargo por el propio deudor que consignó.* — Nuestra doctrina⁸⁶ está de acuerdo en afirmar que la suma o cosa consignada puede ser embargada por el propio consignante mientras la consignación —claro está— no se haya

⁸⁵ Así lo sostiene Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 770, p. 586; Belluscio y Zannoni, *Código*, t. Id, p. 533; Giorgi, *Teoría de las obligaciones*, t. II, p. 330. Sin embargo, no parece ser ésa la solución correcta Ver: Carlucci, *La revocación de los pagos efectuados por el deudor concursado*, "R.D.C.O.", 1978, ps. 585 y ss.

⁸⁶ Cfr. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 771, p. 588; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1574, p. 239; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, p. 193; Busso, *Código*, t. III, art. 759, n° 35, p. 603; Belluscio y Zannoni, *Código*, t. III, p. 553.

consumado. Se trata de una situación muy peculiar; si se tiene en cuenta que la prestación consignada no sale del patrimonio del consignante, se advertirá que el embargo se traba sobre uno de sus propios bienes. El embargo por el propio consignante puede tener lugar en diversos casos. Así, cuando el consignante es a su vez acreedor del consignado pero no puede oponer compensación (porque su crédito, p.ej., no es aún exigible), puede depositarlo adeudado y en el mismo acto trabar embargo sobre ese depósito para garantizar el cobro de su propio crédito. En materia de juicios ejecutivos es también posible el embargo por el consignante; ello sucede cuando el demandado tiene fundados motivos para reclamar la restitución de lo pagado en juicio ejecutivo, mediante la promoción del juicio ordinario posterior, recurriendo por ello al embargo del depósito. Como es sabido, por efecto del embargo, el acreedor consignado no podrá retirar lo depositado hasta tanto se sustancie el juicio principal.

II) *Embargo por los acreedores del deudor consignante.* — ¿Pueden los acreedores del deudor consignante embargar la prestación que aquél consigna? Este problema ha dividido la opinión de la doctrina:

1^a) Para un primera opinión: el embargo es improcedente *?; se argumenta que la consignación importa un principio de cumplimiento; implica dar en pago, aunque no haya todavía aceptación. Se agrega que el intento de pago del deudor a uno de sus acreedores es un acto lícito; por ello, no puede ser impugnado por los otros acreedores, salvo que éstos demuestren que el depósito se hizo para defraudarlos. Esta opinión, sin embargo, no es del todo excluyente. Se admite que el embargo pedido por los acreedores del consignante podría ser aceptado por el juez; subordinando su eficacia a las resultas del juicio por consignación.

2^a) Para una segunda opinión, a la que adhiero, debe aceptarse la validez del embargo que crea un privilegio en favor del acreedor que lo pidió⁸⁷. Es decir que los acreedores del consignante están en condiciones de peticionar un embargo mientras la consignación no se hubiere consumado. El principal argumento que cabe hacer valer en apoyo de esta tesis radica en la comprobada circunstancia de que mientras la consignación no ha sido aceptada o declarada válida por sentencia, la prestación consignada sigue siendo propiedad del consignante; en consecuencia, si se mantiene en el patrimonio del deudor, otros acreedores también pueden pretender que su crédito se garantice con lo depositado.

⁸⁷ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t II-B, n° 1574, ps. 293-294; Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones*, t. II, n° 1363 bis, 3, p. 396; Busso, *Código*, art. 759, n° 28, p. 603; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho. Obligaciones*, t II, vol. II, p. 196; Belluscio y Zannoni, *Código*, t. II, p. 554; Aubry y Rau, *Cours*, X. IV, § 322, p. 329; Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, t. II, n° 1631, p. 738; Enneccerus y Lehmann, *Obligaciones*, L I, § 67, p. 323.

⁸⁸ Salvat, *Obligaciones*, t. II, n° 1363 bis, I; Demolombe, *Cours de Code*, t XXVII, I, n° 149; Duranton, *Cours*, t. XII n° 232 a 237; C.Civ. 1°, 1678/1922, "G.F.", n° 41, p. 79.

Negar este derecho a los demás acreedores implica crear un privilegio infundado a favor del acreedor consignado. Éste debe ser diligente en la protección de su derecho; si se mantiene estático y otros acreedores logran embargar la cantidad depositada, es el embargante quien tiene privilegio sobre lo consignado, y no el demandado. Por otra parte, la consignación podrá ser principio de pago, pero no es pago, y mientras no se concrete no habrá salido del patrimonio del deudor. Cabe destacar —en apoyo de la tesis que aquí se sustenta— que si el art. 761 otorga al deudor la facultad de retirar el depósito antes de que la consignación se perfeccione, hay que aceptar, *a fortiori*, que los terceros puedan embargar aquella prestación en resguardo de sus derechos. Por último, se afirma que es una regla de derecho procesal negar a los terceros derecho a interferir en un juicio cuando la litis ya está trabada; conforme a ello, si se admitiera a los acreedores el derecho a embargar, se estaría violando esa regla. Respondemos: cuando un tercero pide un embargo sobre la prestación consignada —hallándose ésta en litigio—, el juez debe admitir el embargo y continuar el trámite del juicio de consignación, por lo menos hasta tanto se resuelva si el derecho del acreedor embargante debe prevalecer, en cuyo caso la consignación se habrá vuelto abstracta.

JH) *Embargo por el acreedor demandado en el juicio de consignación.* — Si el acreedor demandado por consignación pretende asegurar el cobro de todo o parte de su crédito con la prestación consignada, sin recurrir a la aceptación lisa y llana del depósito, está autorizado a trabar embargo sobre lo consignado⁸⁹. Si toma esta precaución, el acreedor consignado no sólo impedirá que el deudor retire el depósito, sino que aventará cualquier duda sobre su preferencia frente a otros acreedores del mismo deudor.

IV) *Embargo por los acreedores del acreedor demandado en el juicio de consignación.* — ¿Pueden los acreedores del demandado en el juicio por consignación trabar embargo sobre la prestación consignada? En principio, se impone la respuesta afirmativa, pero para precisar el procedimiento a seguir y los alcances del embargo, se hace necesario distinguir ciertos matices.

1) Pueden los acreedores del acreedor consignado (deudor respecto de los primeros) actuar por derecho propio y peticionar el embargo de la cosa consignada. Este embargo tendrá un alcance limitado; en efecto, su eficacia estará subordinada a las resultas del juicio⁹⁰. Es decir, el embargo se hará efectivo sobre

⁸⁹ Salvat, *Obligaciones*, n° 1353 bis; C.Civ. 1°, 15/8/1922, "G.F.", 41-79; Fuzier Hermán, *Code Civil annoté*, art. 1261, n° 12, citado por Busso; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1571, p. 293; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 722; Busso, *Código*, art. 759, n° 30, p. 603. En el mismo sentido, CCiv. 1° Cap. Fed., 15/8/1922, "Orío v. Vaamonde". "G.F.", 41-79. También Belluscio y Zannoni, *Código*, t. III, p. 553.

⁹⁰ Busso, *Código*, art. 759, r.os 33 y 34, p. 603; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho. Obligaciones*, t. II, vol. II, ps. 196 y 197; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1574, p. 293; Borda,

el depósito una vez que éste sea declarado válido por sentencia, o. sea aceptado por el acreedor.

2) Pueden también los acreedores del acreedor consignado subrogarse en los derechos de éste y accionar directamente sobre la cosa consignada; en tal caso, este embargo tendrá los mismos alcances y efectos que el embargo trabado por el propio consignado.

c) Retiro del objeto consignado

En razón de la peculiar condición jurídica en que se halla la cosa depositada, mientras ésta no sea aceptada por el acreedor o declarada válida por sentencia, el deudor está facultado a retirarla. Así lo dispone expresamente el art. 761 del Cód. Civil. También puede retirar la prestación consignada el acreedor consignado y, si se cumplen mayores exigencias, podrán hacerlo los acreedores de uno y otro.

Respecto del retiro de la consignación por los acreedores de consignante y consignado, cabe expresar: a) para que los acreedores del consignante puedan retirar el objeto consignado, será menester que haya sido embargado y que la consignación haya sido rechazada; sólo entonces el juez puede poner el depósito a disposición del acreedor que pidió el embargo en los autos respectivos; b) con relación a los acreedores del consignado, habrá que distinguir si accionaron por vía subrogatoria o directamente: 1*) si lo han hecho por subrogación, tendrán que esperar que la consignación sea considerada válida judicialmente, para luego obtener el reconocimiento de su derecho frente a su deudor para poder recién cobrarse mediante el objeto consignado; 2*) si accionaron directamente, también será necesario que la sentencia adjudique la prestación a su deudor, para poder obtener el depósito en pago del crédito que se les adeuda.

§ 328. ACEPTACIÓN DE LA CONSIGNACIÓN POR EL ACREEDOR, DESDE CUÁNDO SE PRODUCEN LOS EFECTOS DE LA CONSIGNACIÓN ACEPTADA

a) Principio general. Su alcance

El principio general que rige esta materia está contenido en el art. 759, primera parte: "La consignación hecha por depósito judicial, que no fuese impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago". Si bien de la letra de la ley no resulta determinado el momento a partir del cual la consignación debe estimársela perfeccionada, nadie duda de que ello se produce desde

el día en que el deudor efectuó el depósito en los bancos autorizados a la orden del juzgado o tribunal que entienda en la causa, si se tratara de una obligación pecuniaria, y desde la intimación judicial para que reciba la prestación, si se tratara de una obligación de dar una cosa cierta o incierta (arts. 764 y 766)⁹¹. Es decir, la aceptación del acreedor retrotrae los efectos del pago al día del depósito o de la intimación judicial, según los casos.

b) Los incs. 4 y 6 del art. 757 y la aceptación del acreedor

Cuando fuese dudoso el derecho del acreedor y concurrieren otras personas a reclamar el pago, o cuando el acreedor fuese desconocido (supuesto contemplado en el inc. 4 del art 757), o cuando se hubiese extraviado el título de la deuda (supuesto del inc. 6 del mismo artículo), el deudor está autorizado a consignar. Ahora bien, supóngase que una vez promovida la demanda se presenta una persona invocando ser el acreedor y acepta el pago, ¿qué validez tiene esta aceptación? La aceptación de la consignación en alguno de los supuestos enunciados no perfecciona el pago con relación al aceptante ni mejora el derecho de éste. Será necesario que el juez se pronuncie sobre la legitimidad del derecho del pretendido acreedor y resuelva en consecuencia.

§ 329. OBLIGACIÓN DE PRONUNCIARSE

Frente a una demanda de consignación, el acreedor demandado tiene el deber jurídico de responder expresamente a esa pretensión, sea aceptándola, sea rechazándola. Si la acepta, la consignación se perfecciona y surte los efectos del pago; al contrario, si la impugna, será menester* esperar la resolución judicial para conocer la suerte de la prestación consignada.

Pero, ¿qué ocurre cuando el acreedor guarda silencio?

a) El silencio del acreedor, Incontestación de demanda.

Respuestas evasivas

Si el acreedor demandado por consignación, una vez notificado, no se presenta a juicio a contestar la demanda, o lo hace en términos de evasiva, ¿cuál es la solución que debe prevalecer? La doctrina y la jurisprudencia ofrecen respuestas dispares.

I) Primera postura: se debe considerar aceptada la consignación. — Según calificada doctrina⁹², si el acreedor no contesta oportunamente la deman-

⁹¹ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t II-B, n° 1567, p. 286.

⁹² Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, n° 1353, p. 386; Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, L I,

da, cabe estimar que acepta la consignación. Los sostenedores de esta tesis argumentan que el demandado por consignación tiene la obligación legal de explicarse, en los términos que tal obligación aparece consagrada en el art 919 del Cód. Civil. De allí que su silencio deba ser interpretado como una tácita aceptación a las pretensiones del actor. La misma solución se aplica cuando el acreedor demandado contesta la pretensión del actor en términos evasivos u oscuros.

LI) *Segunda opinión: el silencio del acreedor demandado no implica aceptación tácita.*—Una segunda opinión⁹³, opuesta a la anterior, considera que el silencio del acreedor —que no se presenta a contestar demanda en tiempo oportuno— no es suficiente, por sí solo, para tener por aceptada la consignación. Esta tesis de escasa difusión recurre a los siguientes fundamentos: se dice que el art 759 no impone al acreedor consignado la obligación de pronunciarse dentro de un plazo determinado; tampoco las leyes procesales contienen esa exigencia. De allí que se deba admitir que el demandado exponga sus razones en alegaciones posteriores a la contestación de demanda, aun cuando no la hubiera contestado.

Consideramos que esta tesis es insostenible.

ni) *La tesis que se propone.* — Analizadas las tesis propuestas, estimo que el silencio del acreedor frente a una demanda de consignación debe ser entendido como una aceptación lisa y llana de la pretensión consignatoria. Los fundamentos de esta solución son: en primer término, el art 759 no deja lugar a dudas: la consignación judicial, *que no fuese impugnada por el acreedor*, surte los efectos del pago; el silencio implica no impugnación. Por otra parte, si lo que se pretende es justificar el derecho del demandado a impugnar tardíamente la consignación, respondemos: esa materia está gobernada por las reglas de derecho procesal, en cuya virtud, si un derecho se deja de usar en la oportunidad indicada para ello, su titular no puede hacerlo valer más tarde, porque su oportunidad habrá precluido⁹⁴. Además de los fundamentos antes expuestos, existe otro que es incontrovertible, a mi juicio. El principio jurídico de la buena fe (art. 1198, primer párrafo, del Cód. Civil) impone al demandado —como un deber de cooperación— el de responder a la pretensión liberatoria del actor. Ese principio obliga al juez a considerar el comportamiento de las partes durante el curso del proceso; ambas partes deben "colaborar" para disolver el vínculo, y si el demandado no comparece oportunamente a juicio, su falta de cooperación es manifiesta y debe ser castigada. Si el demandado se presenta a juicio, pero con-

nº 406; Arturo Acuña Anchorena, *Efectos de la contestación de la demanda por consignación*, "J.A.", 44-520; Belluscio y Zannoni, *Código*, t. IU, p. 557; Busso, *Código*, art. 759, nº 80, p. 644.

⁹³ Conforme: S.C.B.A., "J.A.", 1949-in-292, "L.L.", 56-367; C.Paz, Sala I, "L.L.", 104-146.

⁹⁴ Isidoro Eisner, *Principios procesales*, en "Revista de Estudios Procesales", nº 4, p. 58; Jorge W. Peyrano, *El proceso civil. Principios y fundamentos*, ps. 270/271.

testa con evasivas o en forma poco clara, creemos que si la respuesta del accionado es oscura, pero las pruebas arrimadas al expediente dejan ver que el actor recurrió a la consignación indebidamente, la demanda debe ser desestimada. Si las pruebas tampoco arrojan luz sobre los hechos controvertidos y la cuestión se presenta dudosa, estimamos que debe ser resuelta a favor del deudor *{favor debitoris}*).

b) Aceptación de la consignación con reservas

Se dijo que el acreedor demandado tiene la obligación de pronunciarse frente a una demanda de consignación. Se plantea el problema de saber si el acreedor puede impugnar la consignación y pedir, al mismo tiempo, la entrega de la prestación consignada aceptándola como un pago parcial o a cuenta.

También en este caso se han dado respuestas diversas:

I) *Primera opinión: no se deben admitir las reservas del acreedor.*—Una primera postura & considera que no es posible permitir que el acreedor consignado acepte el depósito con reservas. Se enfatiza que la ley exige al demandado una actitud clara: debe aceptar o rechazar la oferta; no puede aceptarla con reservas o impugnarla y al mismo tiempo retirar lo consignado.

A mi juicio, no es ésta la solución que debe prevalecer.

II) *Segunda opinión: es admisible la aceptación bajo reservas.*—Considero que el acreedor puede aceptar la consignación bajo reserva, pudiendo retirar lo depositado sin renunciar a reclamar una cantidad mayor. Corresponde al juez determinar si el acreedor tiene o no razón al formular la reserva. Si le asiste derecho, deberá conminar al deudor a depositar el saldo que resulte de la liquidación; pero si la reserva fue infundada, el acreedor deberá cancelar la obligación con la cantidad ya retirada y no tendrá derecho a reclamar mayor cantidad. Los argumentos son los que siguen. Si el deudor consignante tiene la posibilidad de retirar la prestación antes del perfeccionamiento de la consignación (art. 761), igual derecho debe reconocerse en el acreedor. Éste podrá reclamar que se le entregue lo depositado, sin renunciar a exigir, *a posteriori*, mayor cantidad que la retirada, siempre que ello sea posible y correspondiere según los preceptos del ordenamiento jurídico. Por otra parte, si acreedor y deudor están de acuerdo en que se retire la prestación consignada, postergando la fijación de la cuantía a la resolución del juez, nada impide que el acreedor retire lo depositado que finalmente imputará a su crédito.

⁹⁵ Así se ha resuelto en algunos fallos: C.Cív. 1° Cap., 1/3/1923, "J.A.", 10-125; *idem*, 24/3/1921, "J.A.", 8-159; *idem*, 15/3/1923, "J.A.", 10-136; *idem*, 25/8/1941, "J.A.", 75-948; *idem*, 27/8/1943, "J.A.", 1943-IK-789; C.Com. Cap., 9/9/1939, "L.L.", 15-1178.

Por último, si se tiene en cuenta la posible depreciación de nuestra moneda, cabe admitir la ventaja de permitir la consignación de la prestación consignada.

Es ésta, según pienso, la buena doctrina.

c) Aceptación de la consignación y rechazo del procedimiento

Puede acontecer que el acreedor demandado decida aceptar la cantidad consignada pero que rechace el procedimiento argumentando, por ejemplo, que no se negó a recibir el pago y que pida, por ello, que el deudor pague las costas judiciales. Bien se ha dicho que en este caso, para dirimir quién soportará las costas, el juez debe analizar si están reunidos los requisitos de la consignación y resolver en consecuencia; pero lo importante es que el efecto principal del depósito, esto es, el pago, debe entenderse consumado en razón de la aceptación del acreedor.

d) Aceptación de la consignación con reservas sobre la "causa" del pago

¿Qué sucede cuando consignante y consignado no están de acuerdo sobre la "causa" del pago? ¿Por ejemplo, uno paga afirmando que compró; el otro acepta afirmando que alquiló? ¿Se la debe rechazar? Se ha opinado⁹⁶ que en tal supuesto la aceptación del acreedor no puede tener eficacia para consumir la consignación, pues faltaría conformidad de las partes sobre algo fundamental: la causa de la obligación. Por mi parte, no adhiero a la solución, según la cual la discrepancia sobre el fondo (la causa de la obligación) no puede ser incompatible con el acuerdo de las partes sobre la transferencia de la prestación consignada. No hay motivos para postergar la transferencia del depósito; sin perjuicio, claro está, de dejar librada a la resolución de los jueces la determinación de la causa de la obligación. El acreedor que en un caso como el indicado retirara el depósito, no perdería por ello ninguno de sus derechos.

e) Sujetos legitimados para aceptar la consignación

Según los principios generales, el destinatario del pago es el acreedor, por ello, es él quien está legitimado para aceptar la consignación, sea personalmente o por intermedio de su representante. Por aplicación de las reglas de la subrogación,

⁹⁶ Colmo, *De las obligaciones*, n° 639, p. 446; C.Civ. 2°, "J. A.", 18-1049; C.Civ. í*, "G.F.", 68-184.

se opina⁹⁷ que cabe admitir que los acreedores del consignado puedan presentarse en juicio —stibrogáTiatftf áTjú^ prestación consignada.

§ 330. CONSIGNACIÓN IMPUGNADA POR EL ACREEDOR

Si el acreedor demandado por consignación se presenta ajuicio e *impugna* el depósito pidiendo el rechazo de la demanda, la cuestión deberá resolverla el juez en su sentencia. El principal problema que se plantea es el de saber —si la sentencia declara válida la consignación— *desde cuándo* se producen los efectos del pago. Antes de examinar ese problema, cabe verificar qué suerte puede correr el depósito mientras se ventila el juicio.

a) Retiro del depósito por el consignante

El derecho a retirar el depósito —mientras la consignación no se perfeccione— otorgado al deudor surge explícitamente del art. 761: "Mientras el acreedor no hubiese aceptado la consignación, o no hubiese recaído declaración judicial teniéndola por válida, podrá el deudor retirar la cantidad consignada" a».

¿Pueden los acreedores del deudor consignante retirar el depósito? Se discute si los otros acreedores del deudor consignante pueden —por vía subrogatoria— retirar la prestación consignada. Opinan unos⁹⁸ que el derecho de retirar la prestación corresponde exclusivamente al deudor, ya que ello implica someterse nuevamente a los poderes de agresión patrimonial del acreedor demandado, y esta decisión sólo puede ser adoptada por el propio deudor y no por terceros. Otros autores¹⁰⁰, a quienes adhiero, sostienen la tesis contraria. Según esta segunda corriente, los acreedores del consignante estarían en condiciones de retirar el depósito antes de su perfeccionamiento. El principal argumento que cabe hacer valer es que la prestación consignada se mantiene en el patrimonio del consignante, formando parte, por esa razón, de la *prenda común de los acreedores*.

⁹⁷ Cfr. Demolombe, t XXVin, n° 155; Aubry y Rau, *Cours*, t IV, § 322, p. 329; Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, t U, n° 1631; M. Sánchez de Bustamante, *Acción oblicua*, Buenos Aires, 1945, n° 513.

⁹⁸ Como se afirma en el texto, aun admitiendo la tesis del "contrato a favor de tercero", no cabe duda de que mientras la consignación no se consume, el depositante tiene derecho a retirar el depósito, aunque ello implique poner de manifiesto su intención de no pagar.

⁹⁹ Aubry y Rau, *Cours*, t IV, § 322, p. 329, nota 32; Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, t. II, n° 1631; Laurente, *Principios*, t XVI, n° 207.

¹⁰⁰ Demolombe, *Cours de Code*, t XXVIII, n° 149; Duranton, *Cours*, t. XII, n° 237; Giorgi, *Teoría de las obligaciones*, t. VII, nos 283-286.

b) Supuestos en los cuales el depositante no puede retirar lo depositado

El derecho a retirar el depósito está bloqueado en los supuestos que se enumeran a continuación: 1°) cuando la prestación consignada ha sido embargada, ya sea a pedido del acreedor consignado, o de los acreedores del consignante o del consignado; 2°) cuando lo depositado no tiene carácter de consignación. Existen ciertos pagos que, aunque se hacen judicialmente, no tienen carácter de consignación; así ocurre con lo que se deposita en los juicios ejecutivos ante el requerimiento formulado por el oficial de justicia; o cuando se deposita el importe de una subasta judicial.

El derecho a retirar el depósito desaparece cuando el acreedor lo acepta o es declarado válido por sentencia judicial¹⁰¹. Aunque la aceptación sea parcial o se hubiere efectuado bajo reserva, el deudor queda privado del derecho a retirar.

c) Efectos del retiro de los fondos por el consignante

¿Qué efectos produce el retiro de los fondos por el consignante? Según la última parte del art. 761, si el consignante retira el depósito, la obligación *renacerá con todos sus accesorios*. Esta redacción del legislador ha merecido justas críticas de la doctrina¹⁰². Analizada la cuestión, pienso que esta última parte del art. 761 debe ser interpretada con arreglo a las siguientes pautas:

1°) El retiro del depósito actualiza los poderes de agresión patrimonial del acreedor. No hay duda de que en nuestro derecho el simple depósito es ineficaz para extinguir la obligación; por ello, el retiro de los fondos no puede hacerla renacer. Si nunca se extinguió, mal puede renacer. Sin embargo, la disposición legal tiene un sentido; una vez notificada la demanda de consignación el acreedor queda bloqueado, impedido para accionar contra su deudor (salvo que lo haga por vía de reconvencción); siempre la litis quedará trabada en torno de la prestación consignada. La sentencia deberá resolver si el depósito tiene o no fuerza de pago, y hasta que esto se resuelva, el acreedor no puede agredir patrimonialmente a su deudor.

2°) El retiro del depósito implica desistimiento del juicio de consignación por efecto de este desistimiento, el acreedor quedará liberado y en condiciones de demandar al deudor el cumplimiento de la obligación.

¹⁰¹ C.Civ. 2°, "J.A.", 25-601; C.Com., "J.A.", 1945-UI-185.

¹⁰² Busso, *Código*, art. 761, n° 31, p. 625. Ver las críticas de Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, n° 1362, p. 392; Lafaille, *Obligaciones*, 1.1, n° 408, p. 352; Machado, *Exposición y comentarios*, t. II, p. 565; Colmo, *De las obligaciones*, n° 639, p. 439; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho. Obligaciones*, t. II, vol. II, p. 198; Rezzónico, *Estudio de obligaciones*, L I, p. 83; Bellusci y Zannoni, *Código*, t. III, n° 566.

3^a) El retiro de la oferta puede provocar la mora del deudor consignante. Si el deudor está en mora y purga ese estado mediante las ofertas y posterior demanda de consignación, el retiro de la oferta hace renacer la situación de mora del deudor (doctrina del art. 761 *infiné*)

d) Los efectos que subsisten, pese al retiro del depósito

La doctrina señala¹⁰⁴ que el retiro del depósito deja subsistentes ciertos efectos generados a causa de la consignación. Tales efectos, que quedan definitivamente concretados desde la consignación, son, por ejemplo, los siguientes: la interrupción de la prescripción (art. 3989), el reconocimiento de la obligación que implica toda demanda de consignación (doctrina del art. 721), etc.

§ 331. LA SENTENCIA CONVALIDANTE. CUÁNDO SE CONSIDERA CONSUMADO EL "PAGO"

Si el acreedor demandado impugna la consignación pidiendo el rechazo de la demanda, las pretensiones de actor y demandado quedan trabadas en litis, cuya solución corresponde al juzgador. Si la demanda es rechazada, el depósito no surtirá los efectos del pago y el acreedor podrá reclamar la íntegra prestación a que tenga derecho. En cambio, si se admite la pretensión del actor, la sentencia *declarará* que el depósito tiene fuerza cancelatoria, pues considerará que es un acto equivalente al pago.

¿Desde cuándo se produce el efecto pago?, ¿en qué momento se habrá extinguido la obligación? La segunda parte del art. 759 reza: "Si fuese impugnada (la consignación), por no tener todas las condiciones debidas, surte los efectos del pago, desde el día de la sentencia que la declare legal". A primera vista pareciera que la solución legal es terminante, pero la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de interpretar correctamente esta disposición de la ley, no sin antes haber sostenido un serio debate.

a) Primera postura: los efectos del pago se producen "desde el día del depósito"

Un grupo calificado de autores¹⁰⁵ sostiene que cuando la sentencia declara válida la consignación, los efectos del pago se retrotraen al *día del depósito*.

¹⁰³ Ver: Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1575, p. 294; Busso, *Código*, t. V, art. 761, n° 32.

¹⁰⁴ Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1575, p. 295; Busso, *Código*, t. V, art. 761, n° 33; Ca-zeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. 2, p. 198; Belluscio y Zannoni, *Código*, t. III, art. 763, § 6, p. 567.

¹⁰⁵ Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, n°s 1356-1359, p. 390; Lafaille, "Obligaciones", 1.1,

Así lo ha resuelto también una nutrida jurisprudencia¹⁰⁶. Los fundamentos de esta tesis podrían ser resumidos de este modo: a) si el depósito debe ser equiparado al pago, una vez vencida la resistencia del acreedor, no hay motivos para modificar el carácter del depósito; b) si se considerara que el pago se opera el día de la sentencia; el *solvens* se vería en la obligación de soportar los intereses desde el día del depósito hasta la sentencia, con lo cual quedaría desprotegido. Esta solución respeta las reglas procesales que rigen los efectos de las sentencias. Finalmente, hacer prevalecer el art. 761 frente a los ordenamientos provinciales es inconstitucional pues viola los arts. 75, inc. 12, y 121 de la Const. Nac.

b) Segunda postura: los efectos del pago se computan "desde la notificación de la demanda"

Otros autores¹⁰⁷ opinan que los efectos de la sentencia convalidante se remontan al día de "notificación de la demanda"; el pago se operaría, según esta corriente, al momento de ser notificada la demanda. Esta solución mereció la acogida de cierta jurisprudencia¹⁰⁸.

c) Tercera opinión. Debe distinguirse: si la impugnación es justificada, el pago se perfecciona con la sentencia; si es injustificada, el efecto pago se retrotrae al día del depósito

Una tercera corriente¹⁰⁹ sostiene que para resolver el problema se impone una distinción: a) si la oposición del acreedor demandado es justificada, pero los defectos de la demanda se subsanan durante el curso del proceso, es lógico interpretar que el pago se perfecciona desde la fecha de la sentencia que declara válida la consignación; b) si la impugnación del acreedor es injustificada, la cuestión no quedaría comprendida en la disposición del art 759; de allí que sea posible remontar los efectos de la sentencia y considerar que el pago tuvo lugar

n°407, ps. 350/351; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 11, p. 812; De Gásperi y Morello, *Derecho civil t. II*, "Obligaciones", n° 1232, p. 95. .

¹⁰⁶ CN.Civ., Sala C, 25/3/1969, "J.A.", 1960-III-413; S.C.B.A., 14/12/1943, "L.L.", 33-624; C.2* Civ. y Com. La Plata, Sala EL 20/9/1949, "L.J.L.", 57-140.

¹⁰⁷ Colmo, *De las obligaciones*, n° 634, ps. 435/436; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 784.

¹⁰⁸ CApel. La Plata, 21/5/1946, "J.A.", 1946-IV-29; "L.L.", 44-306; "J.A.", 1955-111-182.

¹⁰⁹ Llerena, *Código Civil*, t III, art. 759, n° 2, p. 260; Machado, *Exposición y comentario*, L n, p. 562, nota al art. 759; Busso, *Código*, t. V, art. 759, n° 120, p. 616; Llambías, *Obligaciones*, t II-B, n° 1570, ps. 288/289; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n°885; CCiv., Sala C, "L.L.", 99-267, y "J.A.", 1960-III-413; S.C.B.A., "L.L.", 33-624; C.2* La Plata, Sala II, "L.L.", 57-140.

"desde el día del depósito". Se sostiene que la distinción es perfectamente posible, ya que no viola la letra del art. 759.

d) La tesis que se propone

Analizada la cuestión, adhiero parcialmente a la última tesis expuesta, según la cual se debe efectuar una distinción, conforme a que la impugnación del acreedor sea justificada o injustificada. Para cada supuesto se expone una solución.

I) *Cuando la impugnación del acreedor es justificada.* — Si el acreedor impugna la consignación invocando razones justificadas, pero la pretensión del deudor resulta subsanada durante el curso del proceso, la sentencia debe declarar la validez de la consignación y los efectos del pago se computarán *desde el momento en que en la pretensión del actor se haya subsanado*. Por ejemplo, Juan demanda por consignación a Pedro, pero en lugar de depositar \$ 50.000 deposita sólo \$ 45.000; al notificar la demanda Pedro impugna el depósito por considerarlo insuficiente; durante el trámite del juicio, Juan deposita los \$5.000 que reclama Pedro, más los intereses correspondientes que se hubieran devengado hasta el momento del nuevo depósito. El juicio sigue su curso y la sentencia acepta la validez de la consignación; ¿es justo considerar pagada la obligación en la fecha de la sentencia? Adviértase que desde que se subsanó el depósito puede transcurrir un tiempo considerable; si se acepta la validez del pago desde la sentencia, el deudor deberá depositar los intereses devengados desde el nuevo depósito hasta la fecha de la sentencia. No parece que esta solución sea justa. Si se admite, en cambio, que el pago se produjo desde que el depósito se completó, los intereses en conflicto se habrían resuelto con justicia.

II) *Cuando la impugnación del acreedor es injustificada.* — Cuando la impugnación del acreedor es injustificada, la solución no puede ser otra que considerar consumado el pago desde el día en que se efectuó el depósito, aunque para su reconocimiento haya sido necesario tramitar todo un juicio hasta llegar a una resolución judicial. Ello surge sin dificultad del carácter declarativo de la sentencia que se dicta en todo juicio de consignación.

F) EFECTOS DE LA CONSIGNACIÓN DESPUÉS DE SU PERFECCIONAMIENTO

§ 332. EFECTOS DE LA CONSIGNACIÓN PERFECTA. ENUMERACIÓN

La consignación consumada produce una serie de efectos, a saber *d)* detiene el curso de los intereses de cualquier clase que estuviesen corriendo; *b)* la cuantía de la prestación consignada se cristaliza; *c)* los riesgos de la prestación quedan a

cargo del acreedor, *d*) la oferta de pago —que toda consignación importa— se torna irrevocable, de allí que no sea posible, en principio, el retiro de lo consignado, salvo que el acreedor preste conformidad y no se cause perjuicios a terceros; *é*) los gastos del depósito y las costas del juicio son impuestas al acreedor.

§ 333. SUSPENSIÓN DEL CURSO DE INTERESES. IMPOSIBILIDAD DE INCREMENTAR LA CUANTÍA DEL DEPÓSITO

a) Suspensión de intereses

Si la consignación es una forma de pago, es obvio afirmar que desde su perfeccionamiento cesa el curso de los intereses de cualquier clase que estuviesen corriendo¹¹⁰; de allí la importancia de determinar desde cuándo se considera consumada la consignación.

Es necesario aclarar, sin embargo, que cuando la consignación está precedida de la mora del acreedor, los intereses moratorios y punitivos que, según el contrato, se han impuesto al deudor, están suspendidos desde la fecha de la mora *accipiendi*, de suerte que al momento en que es declarada válida la consignación, ya no corrían intereses.

b) Imposibilidad de incrementar la cuantía del depósito

El perfeccionamiento de la consignación impide que el capital depositado (si se trata de obligaciones dinerarias) se incremente. Pregonar lo contrario implicaría destruir el concepto de pago, pues se mutilaría su efecto cancelatorio. La cuestión es distinta si el acreedor acepta la consignación con reservas, pues en tal caso la aceptación no perfecciona el pago y habrá que estar a lo que resuelva en la sentencia.

§ 334. TRASLACIÓN DÉLOS RIESGOS

a) El régimen de riesgos antes del perfeccionamiento de la consignación

Antes del perfeccionamiento de la consignación, los riesgos del depósito están a cargo del deudor. El silogismo, empero, no es exacto. Si se tiene en

¹¹⁰ CN.Civ., Sala C, 16712/1965, "L.L.", 123-961 (13.825-S); idem. Sala D, 29/7/1966, "L.L.", 124-1141 (14.427-S); idem, Sala E 11/9/1969, "L.L.", 139-787 (24.217-S). Comparar CS J.N., 14/8/1968, "L.L.", 134-586. En el mismo sentido; Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, n° 1350, p. 382; Colmo, *De las obligaciones*, n° 634, *infra*, p. 435; Borda, *Obligaciones*, 11, n°s 781 y 784; De Gásperi y Morello, *Derecho civil*, t. III, n° 1232; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1556, p. 285; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 883, p. 420; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 812.

cuenta que si el deudor consignante actuó correctamente, debió —previamente—purgar su mora y provocar la del acreedor por medio de ofertas reales, cabe admitir que no es aquella la correcta solución. En otros términos, el régimen de riesgos se resuelve conforme a la regla de la situación de mora. Es el moroso quien debe soportar los riesgos; en consecuencia: desde que el acreedor queda constituido en mora los riesgos de la cosa quedan a su cargo.

b) Régimen de riesgos después del perfeccionamiento de la consignación

Con posterioridad al perfeccionamiento de la consignación —operado el efecto pago—, la solución al problema de los riesgos se aclara: es el acreedor quien debe tomarlos a su cargo. La traslación de riesgos se opera desde que la consignación se hace perfecta.

§ 335. RETIRO DEL DEPÓSITO DESPUÉS DEL PERFECCIONAMIENTO DE LA CONSIGNACIÓN

Luego de consumada la consignación, sea por aceptación o por sentencia, el pago se torna irrevocable. La obligación se extingue con todos sus accesorios; los bienes consignados se incorporan al patrimonio del acreedor, que adquiere el dominio de ellos. Siendo así, huelga afirmar que el deudor no puede retirar lo consignado después de operado el pago i". Así se legisló: "Si ha habido sentencia declarando válida la consignación, el deudor no puede retirarla, ni con consentimiento del acreedor, en perjuicio de sus codeudores o fiadores" (art. 762) ¹¹¹. Es importante que el legislador prohíba el retiro del depósito, aun con el consentimiento del acreedor, si con ello se perjudica o se compromete la situación de codeudores o fiadores del deudor consignante. El fundamento de esta solución es claro: la obligación extinguida no puede renacer en perjuicio de terceros ¹¹².

Llambías agrega que un acto de tal naturaleza resulta prohibido por el art. 953, ya que su objeto "perjudicaría los derechos de terceros".

Pese a la prohibición legal, puede ocurrir que el deudor, con el asentimiento del acreedor, retire el depósito. En este caso la obligación que motivó la consignación queda irreversiblemente extinguida y entre las partes (deudor - acreedor) se establece una nueva relación jurídica ¹¹³.

¹¹¹ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1576, p. 295.

¹¹² Ver Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1576, p. 295.

¹¹³ Busso, *Código*, art. 763, n° 3, p. 626; Llambías, *Obligaciones*, t. I-B, n° 1576, p. 295.

¹¹⁴ Cfr. Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, t. 1, n° 409; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 1364; Colmo, *De las obligaciones*, n° 640; Machado, *Exposición y comentarios*.

¿En qué situación quedan los codeudores o fiadores de la primitiva obligación? La respuesta se encuentra en la ley: "Si declarada válida la consignación, el acreedor consiente en que el deudor la retire, no puede, para el pago de su crédito, aprovecharse de las garantías o seguridades que le competían; y los deudores y fiadores quedarán libres" (art. 763). Como se ha dicho¹¹⁵, la correcta interpretación de este texto arroja las siguientes conclusiones: a) con relación a la obligación primitiva, ella quedó definitivamente extinguida con todos sus accesorios; b) con relación a los bienes depositados, cuyo retiro por el deudor es consentido por el acreedor, son nuevamente debidos por el primero al segundo.

§ 336. GASTOS DEL DEPÓSITO Y COSTAS DEL JUICIO

El procedimiento consignatorio, como todo juicio, genera gastos que necesariamente deben ser solventados por alguno de los protagonistas de la contienda. El Código Civil dispone en el art. 760: "si el acreedor no impugnare la consignación, o si fuere vencido en la oposición que hiciere, los gastos del depósito y las costas judiciales serán a su cargo. Serán a cargo del deudor, si retirase el depósito, o si la consignación se juzgare ilegal". La solución contenida en este precepto es clara: se imponen las costas a quien resulta derrotado en juicio y guarda coherencia con la regla sobre costas contenida en todas las legislaciones procesales¹¹⁶.

¿Qué legislación debe prevalecer? ¿El art. 760 o las reglas particulares de los códigos procesales?

Si bien, como se dijo, la regla del art. 760 del Cód. Civil es coincidente con la regla sobre costas que contienen los códigos procesales, se plantea la cuestión de saber si el art. 760 debe aplicarse siempre y en todos los casos, o si se admitirán las excepciones a la regla que prevén las leyes procesales. Se trata de saber si estas excepciones se aplican o no en el juicio de consignación.

Se han sostenido posturas encontradas.

t. n, ps. 566 y 567; Llerena, *Código Civil*, t. DI, ps. 264 y 265; Borda, *Obligaciones*, t. L n° 785; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1577, p. 296; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. IL vol. II, p. 211; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, ps. 814/815; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 887, ps. 423/424; Belluscio y Zannoni, *Código*, t. III, p. 568; Aubry y Rau, *Cours*, t. IV, § 322, p. 322 a p. 330; Demolombe, *Cours de Code*, t. XXV JH n° 150.

¹¹⁵ Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1577, p. 296.

¹¹⁶ Cfr. Sentís Melendo, *Costas. Examen de la jurisprudencia reciente*, "Revista de Derecho Procesal", Ediar, Buenos Aires, año II, 1944, segunda parte, ps. 145/166. Ver también G. Snopeck, *Notas al Código Procesal Civil de la Provincia de Jujuy*, Imprenta del Est., Jujuy, 1968, glosa al art. 102, p. 117.

a) Primera postura: se debe aplicar sin restricciones el art. 760

Según una primera *rx>swra*¹¹⁷ se corisTd¹¹⁸ el art 760 del Cód. Civil debe tener irrestricta aplicación en todos los supuestos, con exclusión de las reglas de carácter procesal contenidas en las legislaciones locales. Para fundar esta solución se argumenta que la imputación de los gastos del juicio entraña una cuestión de responsabilidad civil, similar a la que plantea la imputación de los otros gastos del pago; de tal modo que no hay motivos para que una y otra cuestión resulten resueltas de manera diferente¹¹⁹.

b) Segunda opinión: el art. 760 no puede modificar las disposiciones procesales sobre costas

Para una segunda corriente¹¹⁹, se excluye la aplicación del art. 760 a favor de las disposiciones de las leyes procesales¹²⁰. El principal argumento radica en las disposiciones constitucionales que otorgan a las provincias la facultad de legislar en materia procesal; de allí que el art. 760 deba quedar excluido frente a las disposiciones de los códigos procesales (doctrina de los arts. 75, inc. 12, y 121 de la C.N.).

c) Tercera postura: el art. 760 del Cód Civil no debe ser aplicado con carácter absoluto. Son admitidas las excepciones contenidas en las legislaciones procesales

Una tercera corriente de opinión¹²¹ postula una aplicación no rígida del art. 760. Según esta postura, la aplicación del principio contenido en el art. 760

¹¹⁷ Salva y Galli, *Obligaciones*, i. II, ps. 400/401, n° 438; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 816, n° 13; De Gáspari y Morello, *Derecho civil*, t. III, p. 96; Busso, *Código*, t. V, p. 619, n° 1013; Fernández, *Código de procedimiento comentado*, vol. I p. 294.

¹¹⁸ Cfr. Busso, *Código*, t. m, art. 760, n° 13, p. 619.

¹¹⁹ Colmo, *De las obligaciones*, p. 437, n° 638; Segovia, *Código Civil*, 1.1, p. 206, n° 34, art. 760; Machado, *Exposición y comentario*, vol. II, p. 563; Borda, *Obligaciones*, 1.1, ps. 504/505, n° 786; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 888.

¹²⁰ También esta tesis ha sido aceptada en diversos pronunciamientos: C.Civ. 2° Cap., 21/3/1923, "J.A.", 10-186; *idem*, 17/7/1925, "G.F.", 57-272; C.N.Com., Sala A, 2/10/1957, "L.L." 93-593; *idem*, 21/12/1951, "J.A.", 1952-U-244; CRCiv., Sala A, 30/8/1956, "J.A.", 1957-01-168; S.C.B.A., 13/6/1950, "J.A.", 1950-IV-334; CN.Civ., Sala D, 7/10/1970, "J.A.", 10-1971-29; *idem*, 19/3/1971, "J.A.", 11-1971-408; C.Civ., Sala B, "G.F.", 218-8; C.Civ. y Com., "L.L.", 31-526; CPaz, "J.A.", 64-341; *idem*, Sala III, "L.L.", 93 (36) 21; C1° La Plata, Sala L "L.L.", 812,5195-S; C. 1° Mercedes, "L.L.", 57-80; T.Trab. Tres Arroyos, "J.A.", 1960-U-523; C. 1° Rosario, "J", 4-12; C.2° Córdoba, "C.J.", VI-237, VI-126, VIII-477; CPaz, Sala III, "J.A.", 1967-U-147.

¹²¹ Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1584, p. 302, c; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II. Además, Colmo, Machado y Segovia defienden una tesis similar

del Cód. Civil, se hará con las limitaciones contenidas en las reglamentaciones procesales.

d) La tesis que se propone

Sostengo sin dudar que el problema en examen debe ser resuelto con arreglo a estas pautas: en principio, las costas deben ser impuestas a quien resulta vencido enjuicio; por excepción, cuando concurren las circunstancias que cada ordenamiento procesal dispone, el vencido puede ser eximido del pago de las costas, sin que ello implique violar el art. 760 del Cód. Civil. La aplicación irrestricta del art. 760 puede conducir, en los casos de excepción, a notorias injusticias. Esta solución ha merecido el apoyo de la más calificada doctrina civilista y es aplicada constantemente por nuestros tribunales.

§ 337. INFLUENCIAS DE LA CONSIGNACIÓN SOBRE OTROS JUICIOS
ENTRE LAS MISMAS PARTES

El juicio de consignación ejerce notable influencia sobre otros juicios entre las mismas partes. Por razones de método me ocuparé de las distintas cuestiones que plantea esta temática, conforme al siguiente orden: *a)* consignación y juicios ordinarios; *b)* consignación y juicios ejecutivos; *c)* consignación y juicios de desalojo ¹²².

§ 338. LA CONSIGNACIÓN Y LOS JUICIOS ORDINARIOS

a) Planteo del problema

¿Qué ocurre cuando entre las mismas partes —por una misma causa— se establecen un juicio de consignación y otro ordinario?, ¿cuál es la situación jurídica de ambos pleitos?, ¿qué relación existe entre uno y otro? Al contrario, ¿qué sucede cuando el juicio ordinario se entabla con anterioridad al de consignación?

b) El "forum connexitatis"

Los interrogantes planteados deben ser resueltos conforme a las reglas que rigen la competencia de los jueces. En indudable que si los juicios se ori-

a la sostenida por Cazeaux y Trigo Represas, C.Civ. 1° Cap., 4/5/1923, "J.A.", 10-187; *idem*, 17/7/1925, "G.F.", 57-272; C.N.Civ., Sala A. 30/8/1956, "J.A.", 1957-UI-168, y "L.L.", 85-350; C.N.Com., Sala A, 2/10/1957, "L.L.", 93-593; *idem*, 21/12/1951, "J.A.", 1952-11-244.

¹²² Ése es el método que sigue Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1578, p. 296.

ginan en una misma, causa, sea necesario acumular ambas causas a fin de que sean resueltas mediante una sola y única resolución i».

c) El principio de prevención

Si la consignación se inicia en primer término, y luego el consignante es notificado de un juicio ordinario en su contra, podrá oponerse a la prosecución de este juicio articulando excepción de litispendencia. De este modo logrará que el segundo juicio se acumule al primero y que ambos sean resueltos por una misma resolución. La acumulación se efectuará según el principio de prevención¹²⁴. Si los procesos se tramitaron por separado, como lo autoriza el art. 194, Cód. Proa Naa, se debe dictar una sola sentencia; en este caso, se agregará una copia de la sentencia en cada expediente, lo que se notificará a las partes. Si se plantearan recursos, éstos deben ser deducidos por separado en cada expediente¹²⁵.

§ 339. LA CONSIGNACIÓN Y LOS JUICIOS EJECUTIVOS

a) Planteo del problema

Los problemas entre el juicio de consignación y el ejecutivo quedan planteados cuando una persona demanda a otra por consignación, y ésta, a su vez, inicia acción ejecutiva persiguiendo el cobro de la misma obligación. ¿Qué sucede entre los dos juicios?

b) Consignación y juicio ejecutivo: posibilidad de oponer "litispendencia" o "excepción de pago" en el juicio ejecutivo, en virtud de una consignación anterior

Si un deudor promueve juicio por consignación y luego es notificado de un juicio ejecutivo que su acreedor (demandado en el primer juicio) ha iniciado por el cobro de la misma deuda, se plantean complejos problemas: ¿se podrá articular excepción de "litispendencia" o, en su defecto, excepción de "pago"?

¹²³ Podetti, *Tratado de la competencia*, t 1, n° 210, p. 542.

¹²⁴ Cfr. Busso, *Código*, art. 759, n° 38 y ss., ps. 61/65, Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. II, p. 200; Llambías, *Obligaciones*, t II-B, n° 1579, p. 297.

¹²⁵ Cfr. Santiago C Fassi, *Código Procesal Civil y Comercial*, t 1, Astrea, Buenos Aires, art 194, § 622, p. 329.

c) Excepción de "litispendencia"

- En líneas generales, es válido afirmar que la excepción de litispendencia tiende a impedir que haya dos sentencias sobre el mismo asunto, con el consiguiente peligro de contradicción. Pienso que si la consignación ha sido notificada con anterioridad a la intimación de pago (ordenada en el juicio ejecutivo) y exhibe características de seriedad y el monto consignado es más o menos equivalente al pretendido por el acreedor ejecutante, se debe admitir la excepción de litispendencia ¹²⁶. Esta solución se funda en dos razones principales: a) el art. 544 del Cód. Proc. Nac, ordenado por la ley 22.434, establece que "las únicas excepciones admisibles en el juicio ejecutivo son... 3) litispendencia en otro juzgado o tribunal competente". Interpretada a la letra, esta disposición no contiene ninguna restricción que se oponga a la admisibilidad de la excepción que comentamos; b) el deudor moroso tiene el derecho subjetivo a pagar y liberarse mediante consignación; si la prestación consignada reúne todos los requisitos exigidos por el art. 758, no se ve por qué el deudor deba sufrir la agresión patrimonial del acreedor sólo porque éste —ante la consignación intentada— haya promovido demanda ejecutiva. Cabe advertir que si no prospera la excepción de litispendencia, se podrá pedir la acumulación de procesos, con lo que se arribará de todos modos a una única sentencia.

d) Excepción de pago

Según las leyes procesales (art. 544, inc. 6, ley 22.434), entre las excepciones admisibles en juicio ejecutivo se cuenta la del "pago documentado total o parcial". La consignación, ¿puede ser opuesta como excepción de pago? La consignación sólo puede servir como excepción de pago cuando se hubiere perfeccionado (por aceptación o por medio de sentencia convalidante); si estuviere en trámite el juicio de consignación al momento de interponer excepciones, no es viable, en principio, la excepción, salvo que haya, entre ambos juicios, identidad del objeto. En cualquier caso, según las disposiciones del Cód. Proc. Nac., se deberán acumular los procesos para evitar sentencias contradictorias.

e) Juicio ejecutivo y consignación: posibilidad de consignar luego de la intimación de pago ordenada en el juicio ejecutivo

¿Qué sucede cuando el deudor intimado a pagar por mandamiento judicial ordenado en juicio ejecutivo pretende reconvenir por consignación?, ¿es ello posible? El juicio ejecutivo es sumario (art. 320, Cód. Proc. Nac, ley 22.434),

¹²⁶ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t II-B, n° 1582, p. 299; Busso, *Código*, art. 759, n° 51, p. 607; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 777; Enneccerus y Lehmann, *Obligaciones*, vol. I, § 67, p. 324.

y en esta clase de procesos no está permitida la reconvencción¹²⁷; de allí se sigue que el citado de remate no podría pretender la promoción de una reconvencción en ese proceso. Puede también depositar la cantidad que se le reclama dentro del plazo para oponer excepciones para evitar peores consecuencias. Ese depósito no tiene carácter de "pago por consignación", sino que se efectúa en cumplimiento de un mandato judicial; por ello, la sentencia no considerará ese depósito como un intento de liberación coactiva, sino como una etapa del juicio ejecutivo. Si el deudor, en vez de efectuar el depósito ante el juez que lleva la ejecución prefiere promover, por separado, una demanda de consignación, no podrá interponer excepción de litispendencia, ni menos de pago pues, por hipótesis, el simple depósito no equivale a pago. Sólo le quedará el recurso de solicitar acumulación de procesos y, en tal caso, el juicio ejecutivo atraerá al de consignación (principio de prevención).

§ 340. LA CONSIGNACIÓN Y LOS JUICIOS DE DESALOJO

a) Cobro de alquileres y juicio por consignación

Los problemas se plantean cuando coexisten dos juicios entre las mismas partes, uno por cobro de alquileres y el otro por consignación. En consecuencia, si una persona es demandada por cobro de alquileres con posterioridad a su demanda de consignación, podrá detener el primero de los juicios enunciados oponiendo excepción de litispendencia, pues en esta hipótesis la identidad de objeto es evidente. Al contrario, si la demanda por cobro de alquileres es iniciada en primer término, el deudor no podrá paralizar ese juicio con consignaciones posteriores.

b) Juicio de desalojo por falta de pago y consignación

Iniciado un juicio de desalojo por falta de pago, pendiente de resolución otro juicio de consignación promovido por el deudor en contra del acreedor, el primero quedará paralizado por el segundo. Al contrario, si el desalojo por falta de pago se inicia con antelación, la consignación anterior es inhábil para paralizar el desalojo.

G) MODOS DE REALIZAR LA CONSIGNACIÓN SEGÚN LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN

§ 341. INTRODUCCIÓN

El modo en que se debe realizar la consignación varía según la naturaleza de la obligación; el mecanismo consignatorio difiere, aunque no sustancial-

¹²⁷ Ver Palacio, *La reconvencción en el proceso civil y comercial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1976.

mente, según se trate de obligaciones de dar sumas de dinero, de obligaciones de dar cosas ciertas o de dar cosas inciertas. Cabe advertir que los presupuestos, las condiciones de admisibilidad de la acción y los efectos de la consignación serán siempre los mismos; las diferencias afloran con relación al modo en que se debe materializar la consignación. Veremos los distintos supuestos por separado.

§ 342. CONSIGNACIÓN DE COSAS CIERTAS

¿Cómo debe proceder el deudor de tales obligaciones para liberarse coactivamente? Se trata de saber qué debe hacer el deudor de una cosa cierta para que el juez pueda disponer de ella y ordenar, luego de cumplido el procedimiento respectivo, que ingrese al patrimonio del *accipiens*.

a) Intimación judicial

En las obligaciones de dar cosas ciertas, la liberación coactiva del deudor comienza a gestarse con la intimación judicial dirigida al acreedor para que reciba la prestación. Si la deuda fuese de un cuerpo cierto, que deba ser entregado en el lugar en que se encuentre, el deudor deberá hacer intimación al acreedor para que lo reciba; y desde entonces la intimación surte todos efectos de la consignación" (art. 764, primera parte). No es necesario que el demandante deposite la mercadería; es suficiente que la ponga a disposición del juez, sin trasladarla de lugar, pues de lo contrario se estaría modificando el lugar de pago en perjuicio del deudor. Se ha dicho que ¹²⁸ tampoco es necesario que el deudor se desprenda de la posesión material, ya que el efecto cancelatorio se producirá no como consecuencia de la desposesión, sino como resultado de la intimación judicial. Habrá que tener en cuenta, sin embargo, que si bien el deudor no pierde la posesión material de la cosa, queda convertido en simple tenedor (doctrina del art. 2461), puesto que la cosa queda a disposición del acreedor, quien puede apropiársela en cualquier momento.

b) Carácter de la intimación

La intimación apropiada para gestar la consignación de un cuerpo cierto debe ser judicial¹²⁹. Así lo dice en claros términos el art. 764. La intimación privada no sirve para abrir el mecanismo consignatorio, sin embargo ella es el

¹²⁸ Llambías, *Obligaciones*, t II-B, n° 1588, p. 305. En el mismo sentido: Busso, *Código*, t. III, art. 764, n° 20; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, I.1, p. 821; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. D, vol. II, p. 215; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 899, p. 425; Belluscio y Zannoni, *Código*, t. III, p. 569.

¹²⁹ Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1588, p. 305; C.N.Com., Sala A, "J.A.", 1969-V-182.

medio idóneo para purgar la mora *solvendi* y, al mismo tiempo, constituye una interpelación al acreedor que provoca la mora de éste¹³⁰.

¿Desde cuándo se debe considerar recibida la intimación judicial?

La intimación, por su naturaleza, constituye una "declaración de voluntad unilateral, no formal y recepticia, por la que el deudor (o la persona legitimada para efectuar el pago) exige de su acreedor—por intermedio de la autoridad judicial— que acepte el cumplimiento de la prestación". ¿Cuándo se debe entender que la intimación ha sido recibida por el acreedor? El destinatario directo de la intimación es el acreedor o la persona autorizada a recibir el pago; la intimación surte efectos a partir del momento en que el *accipiens* toma conocimiento —o está en condiciones de hacerlo— del reclamo que se le formula¹³¹. Ahora bien, si la intimación no le es notificada personalmente, es suficiente que le sea factible, en condiciones normales, saber que se le reclama la aceptación del pago. En este caso la intimación cobra eficacia a partir del momento en que entra en la esfera propia del destinatario, de manera que sólo de él dependa, según el modo en que tenga organizado sus negocios o su casa, el que conozca o no la intimación que se le formula¹³².

Consecuencia del carácter recepticio de la interpelación es la posibilidad que tiene el sujeto activo de revocarla, siempre que el acto no se haya perfeccionado. Luego del perfeccionamiento, sólo podrá renunciar a los derechos derivados de la situación de mora, pero no revocar la declaración intimatoria. Por último, puede acontecer que la intimación resulte frustrada por la actitud del destinatario, sea porque éste se niegue a recibirla o de cualquier modo imposibilite su recepción. Tal conducta no impide que se produzcan los efectos del acto interpelatorio; al contrario, pone de manifiesto una conducta maliciosa que puede agravar la situación del *accipiens*.

c) El depósito de las llaves en la locación de cosas

En materia de locación de cosas (en particular locación inmobiliaria), si el locatario pretende liberarse de sus obligaciones restituyendo la cosa locada, y el locador se niega a recibirla, no cabe otro camino que el de la consignación. En tal hipótesis la doctrina ha puesto de resalto que la intimación judicial es insuficiente, por sí sola, para operar los efectos de la consignación; es menester,

¹³⁰ Enneccerus y Lehmann, *Obligaciones*, 1.1, p. 269; Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. II, p. 121; Moisset de Espanés, *Mora del acreedor y pago por consignación*, "J.A.", 1977-11-707; del mismo autor, *Reflexiones sobre la mora automática*, "E.D.", 86-502; Díez-Picazo, *Fundamentos*, n° 770, p. 639.

¹³¹ Cfr. Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, t. II, n° 13, p. 156; Castán Tobeñas, *Derecho civil español*, t. III, p. 202; Espín Cánovas, *Manual*, t. III, p. 206.

¹³² Von Tuhr, *Tratado*, t. * § 21, II, 2, p. 124. Ver López de Zsvalíu, *Teoría de los contratos. Parte general*, § 17, IV, p. 163.

también, que el consignante deposite las llaves del inmueble ante el juez para i» «jue-ésteto atribuya al locador consignado¹³³.

7) *Cuando la cosa se halla en un lugar distinto de aquel en el cual debe ser entregada.*—Cuando la cosa que es objeto de la obligación se halla en un lugar distinto de aquel en el cual debe ser entregada según los términos de la obligación, antes de proceder a formular la intimación judicial el deudor debe trasladar la cosa hasta el lugar en que se debe realizar la entrega. Si el acreedor es intimado a que reciba la cosa en otro lugar, podrá impugnar legítimamente la consignación, que deberá ser rechazada. Tal es el sistema de nuestro Código. "Si la cosa se hallase en otro lugar que aquel en el que deba ser entregada, es a cargo del deudor transportarla a donde debe ser entregada, y hacer entonces la intimación al acreedor para que la reciba" (art. 765).

Respecto de los gastos de traslado, cabe afirmar que, como surge explícitamente de la norma transcrita, los gastos del traslado de la cosa serán a cargo del consignante; la solución es lógica, pues de lo contrario se violaría el principio de localización (la obligación debe ser cumplida en el lugar establecido en la fuente constitutiva). Es que el pago debe ser hecho en un lugar preestablecido que el deudor no puede modificar unilateralmente¹³⁴.

U) *Supuestos de excepción. Posibilidad de exonerar al deudor de efectuar el traslado.* — Se ha sostenido¹³⁵, criterio al que adhiero, que la regla del art. 765 no debe ser interpretada en términos absolutos; al contrario, cuando el traslado de bienes implique gastos importantes que no se justifiquen según las circunstancias, el juez podrá dispensar al deudor de la obligación de realizar el traslado sin que ello perjudique el progreso de la acción intentada.

d) Después de la intimación judicial, puede el deudor liberarse de la custodia de la cosa y solicitar la designación de depositario judicial

En la consignación de cosas ciertas el deudor consignante de poseedor se convierte en tenedor (ya que comienza a poseer otro), pero mantiene la tenencia

¹³³ Busso, *Código*, art. 764, n° 13; Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, n° 1379, p. 407; Lafaille, *Obligaciones*, 1.1, n° 402; Colmo, *De las obligaciones*, n° 641 y 642, ps. 440/441; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de obligaciones*, t. II, vol. U, ps. 217/218; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 821, nota 13; Llambías, *Obligaciones*, x. II-B, n° 1588, p. 306; C.Civ. 1° Cap., 10/2/1937, "L.L.", 5568; *idem*, 13/8/1943, "L.L.", 32-85; CN.Paz, Sala 1, 22/2/1972.

¹³⁴ Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 890; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 787; Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, n° 1380, p. 408; Busso, *Código*, "art. 765, n° 3; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 822; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. II; Belluscio y Zannoni, *Código*, t. III, p. 766.

¹³⁵ Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1589, ps. 3067307; Busso, *Código*, art. 765, n° 45.

de la cosa objeto de la consignación. Bien puede acontecer que el deudor desee liberarse de esa tenencia; ¿cuál es el procedimiento a seguir? Si el consignante pretende exonerarse de las responsabilidades que le caben como depositario, está facultado para solicitar al juez el secuestro de la cosa para que sea puesta bajo custodia de un depositario judicial nombrado al efecto. Los gastos del secuestro y posterior depósito serán a cargo del acreedor demandado ³⁶. Esta solución es la que Vélez Sarsfield consagró en el último párrafo del art. 764: "Si el acreedor no lo recibe (el cuerpo cierto a cuya recepción intimó el deudor), la cosa debida puede ser depositada en otra parte con autorización judicial".

e) Consignación de cosas perecederas

Tratándose de cosas perecederas, o cuya custodia resulte sumamente onerosa, una vez efectuada la intimación, el juez puede disponer, a pedido de parte, que tales bienes sean vendidos en subasta pública. Los fondos así obtenidos deben ser puestos a disposición del acreedor (si la consignación se hubiere perfeccionado), o bien deben quedar depositados afectados al expediente respectivo y a la orden del juez que entienda en la causa, hasta tanto se dicte sentencia. Esta situación no está prevista en la ley, pero la solución que se propone es la que mejor contempla los intereses en juego, pues evita pérdidas inútiles, beneficiando a las dos partes.

§ 343. CONSIGNACIÓN DE COSAS INCIERTAS

¿Cómo hay que proceder para consignar en esta clase de obligaciones? La solución es diversa según que la elección corresponda al deudor o al acreedor.

a) Cuando la elección corresponde al deudor

Si es el deudor quien debe realizar la elección —que es la regla que gobierna esta materia (art. 601)-T-, la cuestión no ofrece dificultades, pues el *solvens*, al seleccionar la cosa que desea entregar en pago, elimina la incertidumbre y convierte a la primitiva obligación en otra de dar una cosa cierta. Una vez operada esta conversión, se aplica el régimen previsto en el art. 764.

³⁶ Cfr. Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 890, ps. 425/426; Busso, *Código*, art. 764, n° 27, 28 y 31; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 820; Salvat y Galli, *Obligaciones*, t II, n° 1377, *in fine*, p. 406; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1590, p. 397; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. II, p. 216; Belluscio y Zannoni, *Código*, art. 765, p. 569.

b) Cuando la elección corresponde al acreedor

Para este supuesto el codificador ha implementado el sistema denominado de la "doble intimación". Si el acreedor infringe el deber jurídico de realizar la elección, el codificador autoriza al *solvens* a solicitar al juez que intime al acreedor a realizar la elección. Si pese á la intimación el acreedor permanece inactivo, el juez dispondrá que sea el deudor quien verifique la elección; una vez cumplido este trámite, se despachará la segunda intimación, también dirigida al *accipiens*; esta vez, para que reciba la prestación consignada. Tal es la solución dispuesta en el art. 766: "Si la cosa debida fuese indeterminada y a elección del acreedor, el deudor debe hacerle intimación judicial para que haga la elección. Si rehusare hacerla, el deudor podrá ser autorizado por el juez para verificarla. Hecha ésta, el deudor debe hacer la intimación al acreedor para que la reciba, como en el caso de la deuda de cuerpo cierto".

c) Solución análoga para las obligaciones de objeto alternativo

El art. 765 sólo se refiere a las obligaciones de dar cosas inciertas, pero la doctrina, en forma predominante¹³⁷, ha interpretado que idéntica solución cabe aplicar a las obligaciones de objeto alternativo.

§ 344. OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER.

OBLIGACIONES DE DINERO

" a) Obligaciones de hacer y de no hacer. Remisión

El tema ya ha sido tratado (*supra*, § 312, c), a donde cabe remitir.

b) Obligaciones de dar sumas de dinero

La consignación se materializa mediante el depósito de la cantidad debida en los bancos o instituciones autorizadas para recibir depósitos judiciales. Aquí sólo considero oportuno recalcar lo que sigue: 1 °) el deudor tiene que acreditar la negativa del acreedor a recibir el pago mediante ofertas reales, que deben ser verificadas con carácter previo a la demanda judicial; 2 °) se debe proceder al depósito de la cantidad adeudada en las instituciones autorizadas; si el deudor debió purgar previamente su mora, el depósito debe incluir las acrecidas deri-

¹³⁷ Ver Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1592, *in fine*, p. 309; Borda, *Obligaciones*, t 1 , n° 788, p. 518; Colmo, *De las obligaciones*, n° 643, p. 442; Lafaille, *Obligaciones*, n° 403; Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, n° 1583 bis, p. 412; Busso, *Código*, art. 766, n° 6; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 891, p. 426; Belluscio y Zannoni, *Código*, t. III, p. 572.

vadas de aquella situación; 3º) una vez realizado el depósito, se debe acompañar su comprobante al expediente, solicitando que ello sea notificado por nota o cédula al acreedor.

H) DACIÓN EN PAGO

§ 345. INTRODUCCIÓN. CONCEPTOS

Otro de los modos subrogados de cumplimiento es, según lo anticipé al comienzo de este capítulo, la *dación en pago*, de la que me ocuparé en los párrafos que siguen.

Se sabe que la relación de obligación confiere al acreedor el derecho a que se le pague *exactamente* aquello que se le debe. En virtud de los principios de identidad e integridad que gobiernan el pago, debe haber exactitud cualitativa y cuantitativa entre el objeto del pago y el objeto del crédito¹³⁸. Está claro que el deudor no puede pretender pagar apartándose de tales principios. Sin embargo, es posible que se presente esta situación: el deudor ofrece cumplir con un objeto distinto del que debía y el acreedor acepta esa oferta, conviniendo ambos en extinguir la obligación. ¿Es posible este acuerdo? Sí, es perfectamente posible, porque se trata de un asunto que las partes pueden convenir libremente en ejercicio de su poder de negociación (art. 1197) i³⁹. Repárese en que la importancia práctica de este instrumento jurídico radica en que permite sustituir el objeto debido por otro, con el mismo efecto extintivo.

Es posible ofrecer un concepto restringido y otro amplio de este instituto.

a) Concepto restringido

Nuestro Código Civil nos da un concepto restringido, al referirse a este acuerdo en los siguientes términos: "el pago queda hecho, cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero en sustitución de lo que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar" (art 779)¹⁴⁰.

¹³⁸ Sobre este tema, *supra*, § 134 y § 138.

¹³⁹ Es ésta una hipótesis en que el principio de identidad del pago deja su lugar a otro principio, el de la autonomía de la voluntad (art. 1197) que permite a las partes sustituir, en el momento del pago, el objeto originariamente debido por otro distinto. Cfr. López Cabana, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t ID, comentario al art. 799, n° 3, p. 607.

¹⁴⁰ Si bien el codificador no mencionó la fuente de los arts. 779 a 783, referidos al "pago por entrega de bienes", artículos que incluso no llevan notas, la definición del art. 779 guarda correspondencia con la dada por Pothier; para quien "es el acto por el que el deudor entrega una cosa a su acreedor, que consiente en recibirla, en sustitución o como pago de una suma de dinero o de cualquier otra prestación que le era debida" (Pothier, *De la vente*, n° 600).

Este concepto es restringido en dos direcciones:

I) En primer lugar, al exigir el art. 779 que la cosa que se ofrece *no debe consistir en una suma de dinero*, descarta la dación en pago cuando el objeto originario de la obligación consiste en una cosa o en un hecho y el deudor propone la entrega de una suma de dinero en sustitución de esa cosa o hecho. Se ha pretendido justificar esta limitación con el argumento de que si se admitiera la sustitución del objeto originario por una suma de dinero, se estaría admitiendo una *liquidación convencional* del no cumplimiento, con lo cual ya no se trataría de una dación en pago, sino de una indemnización pecuniaria por incumplimiento (art. 505, inc. 3)»«.

JJ) En segundo lugar, se ha sostenido con sólidos argumentos¹⁴² que tampoco habrá dación en los términos del art. 779, cuándo lo que se ejecuta en sustitución de lo debido es un hecho o una abstención. Según esta doctrina, de acuerdo con el régimen de nuestro Código Civil, para que haya *pago por entrega de bienes o dación en pago*, el objeto dado en sustitución debe ser siempre una *cosa*¹⁴³.

b) Concepto amplio

Nuestra doctrina ha elaborado, por el contrario, un concepto amplio de la dación. En este sentido, se puede decir que la dación en pago es "el contrato por el cual el acreedor acepta en pago un objeto distinto del que originariamente debía el deudor pagar y en cuya virtud se extingue la obligación".

La doctrina mayoritaria ha considerado que la descripción del art. 779 torna estrecho el concepto de dación; existe consenso, por el contrario, en que excluir de ese concepto la hipótesis en que se sustituye la cosa o el hecho origi-

¹⁴¹ Es la explicación dada por Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, t. n, n° 1479-b.

¹⁴² Muy especialmente, Manuel E. Malbrán, *La dación en pago en cuanto al objeto*, en "J-A.", 1948-n-Sec. Doct.-122.

¹⁴³ Dice Malbrán que es de toda evidencia que el régimen del Código Civil sobre el pago por entrega de bienes sólo se refiere a un *daré*, es decir, no incluye las hipótesis en que el objeto originario se reemplaza por un *hacer* o por una *abstención*. "No negamos, dice el autor citado, que cualquier especie de preestación es susceptible, mediante Consentimiento de acreedor y deudor, de producir la extinción de una deuda con prestación distinta. Por ejemplo, cancelo mi deuda de una suma de dinero mediante la abstención de hacer uso de una servidumbre de paso que me corresponde sobre el fundo de mi acreedor. Ello producirá efecto extintivo si así lo conciertan acreedor y obligado; pero de esto, a sostener que mi abstención configura una dación en pago propiamente dicha media, a nuestro juicio, gran distancia". Y concluye: "A nuestro juicio, el art. 779 es jurídicamente exacto en cuanto limita el objeto de la dación a la entrega de cosas, por consiguiente entendemos también que las expresiones dación y pago por entrega de bienes, son sustancialmente equivalentes en cuanto a su significado y alcance jurídico". Cfr. Malbrán, *La dación en pago en cuanto al objeto*, "J.A.", 1948-U-Sec. Doct.-126.

nanamente debidos por una suma de dinero no tiene ninguna justificación¹⁴⁴. Se dice, en efecto, que el concepto de dación es mucho más amplio que el que resulta del art. 779; lo determinante para que exista dación es que el objeto pagado sea distinto del que se debía pagar, con prescindencia de la naturaleza de uno y otro objeto¹⁴⁵. A partir de tal premisa, se admite que hay dación, siempre que el acreedor lo consienta, tanto cuando se sustituye una cosa o un hecho por una suma de dinero, como cuando se entrega una cosa o se ejecuta un hecho o una abstención, en sustitución de una suma de dinero.

c) Unidad de régimen jurídico

Pero, en definitiva, la disputa respecto de la amplitud del concepto se reduce a una mera cuestión académica, por cuanto en cualquier caso, el régimen legal a aplicarse será el mismo¹⁴⁶.

§ 346. NATURALEZA JURÍDICA. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Es un contrato¹⁴⁷, porque se trata de un acto jurídico bilateral y patrimonial, comprendido en la definición de contrato prevista en el art. 1137 del Cód. Civil. En efecto, en primer lugar, es esencial que acreedor y deudor se pongan de acuerdo; es decir, debe haber *consentimiento* de ambos respecto de la sustitución; además, ese acuerdo, al estar referido a la extinción de una obligación tiene, por fuerza, contenido patrimonial¹⁴⁸.

Como contrato, presenta los siguientes caracteres específicos:

a) Es nominado

Lo es, porque tiene *nombre propio*¹⁴⁹. El Código lo llama *pago por entrega de bienes*. Este nombre ha sido objetado, porque se lo asocia con el concepto

¹⁴⁴ Cfr. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 681, p. 480; Lafaille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", vol. I, n° 432, p. 369; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 856; Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1735, p. 8.

¹⁴⁵ Cfr. López Cabana, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 799, n° 5, p. 608.

¹⁴⁶ Cfr. Borda, *Obligaciones*, t. I, n° 856.

¹⁴⁷ De acuerdo con esta afirmación: Espín Cánovas, *Manual de derecho civil*, vol. III, p. 145; Larenz, *Derecho de obligaciones*, 1.1, § 27, p. 418; C. F. Fernández Rodríguez, *Naturaleza jurídica de la dación en pago*, en *Anuario de Derecho Civil*, número correspondiente a julio-septiembre de 1957, p. 748.

¹⁴⁸ Es un "contrato" según la interpretación amplia del art. 1137.

¹⁴⁹ Téngase presente que no asimilamos los contratos *nominados* a los *típicos*; los primeros son los que tienen nombre propio; los segundos, los que tienen un régimen jurídico propio.

restringido que surge del art. 779; por ello, la mayoría de las legislaciones y la doctrina de los autores usa para este contrato el nombre *dación en pago*¹⁵⁰.

b) *Es un contrato mixto*

La dación en pago es un contrato mixto, porque siendo un contrato *único*¹⁵¹ su contenido normativo se integra, simultáneamente, con una novación y un pago¹⁵². En efecto: 1 °) por un lado, es una *novación*, calificación necesaria, porque es necesario tener por extinguida la obligación originaria; 2 °) por otro lado, es un concreto e inmediato *pago* de la segunda obligación. Lo característico y propio de la dación es que la novación y el pago integran un mismo y único contrato.

¿Por qué es necesario tener por extinguida la primitiva obligación? Por una razón fundamental: si no se considerara extinguida la primera obligación, entonces la dación vendría a ser, solamente, una mera alteración del principio de identidad del pago de la misma obligación. Pero si esto fuera exacto, si el acreedor perdiera enjuicio, a manos de un tercero, la cosa que recibió en concepto de dación en pago, ese pago quedaría sin efecto y renacería la obligación, sólo que ahora estaría incumplida. Pero en la dación en pago no es así. Según el art. 783, aunque el acreedor pierde enjuicio la cosa recibida, "tendrá derecho para ser indemnizado como comprador, pero no podrá hacer revivir la obligación primitiva". Es por ello necesario tener por extinguida la obligación originaria¹⁵³.

c) *Es extintivo*

La otra peculiaridad fundamental de la dación es su carácter extintivo. La novación, ya se dijo, se funde con un pago que debe tener inicio simultáneamente y con cuya ejecución se produce la extinción de la relación jurídica entre acreedor y deudor. En realidad, se produce una doble extinción: la obligación

¹⁵⁰ Cfr., por todos, Llambías, *Obligaciones*, t UI, n° 1736, p. 9.

¹⁵¹ Es importante destacar que se trata de un contrato único para evitar que se lo confunda con una hipótesis de dos contratos *vinculados*-, no hay dos contratos, sino uno solo que se forma con una novación y un pago.

¹⁵² Se denomina contrato *mixto* a aquel que, siendo único, reúne en sus cláusulas elementos de distintos tipos. Cfr. López de Zavala, *Teoría de los contratos. Parte general*, § 8, VII, p. 67. En el caso de la dación, se aprecia una mixtura entre novación y pago.

¹⁵³ Se podría, incluso, recurrir a otra figura para considerar extinguida la obligación originaria; por ejemplo, considerar que al aceptar la sustitución el acreedor *renuncia a su crédito originario*, como lo propone Larenz, *Derecho de obligaciones*, 1.1, p. 418. Pero es preferible acudir a la idea de novación, pues si bien se extingüé el crédito originario, nace uno nuevo, que es una consecuencia típica de la novación. Pero esto, como se verá luego, no significa equiparar la dación a la novación.

anterior cuyo objeto ha sido trocado se extingue por efecto de la novación, y la nueva obligación, nacida también como consecuencia de la novación, se extingue por el pago. Por eso se trata de un *contrato mixto*, cuya finalidad es, en definitiva, extinguir la obligación. La doctrina se refiere a este aspecto de la dación afirmando, desde Pothier, que tiene carácter *real*, es decir, sostiene que para su perfeccionamiento como acto *valido*, es necesaria la entrega o *tradición* de la cosa¹⁵⁴. Es más, se dice que la entrega debe ser hecha en el mismo acto en que se celebra la dación.

Por mi parte considero que no corresponde adjudicarle al contrato de dación carácter *real*, en los términos del art. 1140, si con esa calificación se pretende que la entrega o tradición de la cosa es un requisito que cumple el papel de forma esencial de carácter absoluto¹⁵⁵. Pues si la *datio rei* tuviese el carácter de forma esencial, se tendría esta consecuencia: sin entrega no habría dación.

Sin embargo, no es así.

Lo sostengo con base en los siguientes fundamentos:

1º) En primer lugar, afirmar que la tradición de la cosa es esencial, implica restringir el concepto de dación a la única hipótesis en que el objeto originario se sustituye por una cosa, porque sólo en ese caso se puede hablar (*strictu sensu*) de *tradición*¹⁵⁶. La tesis que pregona el carácter real de la dación, en definitiva, termina por darle la razón a quienes sostienen que el verdadero concepto de dación es el restringido del art. 779¹⁵⁷.

2º) Pero lo más importante es que si la tradición es requisito esencial, entonces no habrá dación cuando el objeto originario se sustituya por un hecho o una abstención, porque en estos casos no cabe hablar de entrega ni de tradición.

3º) Afirmar que la entrega es requisito esencial, sugiere la idea de cumplimiento inmediato e instantáneo de la dación, lo que es congruente cuando se re-

¹⁵⁴ Es la opinión común de los autores, a partir de Pothier (*De la vente*, n° 600); Malbrán, *La dación en pago en cuanto al objeto*, "J.A.", 1948-II-Sec. Doct.-127; Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, L IL n° 1646-a; Bibiloni, *Anteproyecto*, art. 1208; Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1740, p. 14; López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte especial*, t. I, p. 21. Otros autores, sin llegar a sostener el carácter *real* de la dación, afirman que para que ella exista es necesaria la *entrega efectiva* de la cosa: Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 856.

¹⁵⁵ Según la teoría general del contrato, el verdadero contrato real "es aquel en el que ládanos rei es exigible con el papel de una forma esencial": López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, p. 64.

¹⁵⁶ Sin embargo, para poner en tela de juicio la animación según la cual la *tradición de la cosa* es un requisito esencial de la dación, basta considerar el art. 780; este texto, en efecto, prevé que el acreedor acepte que, en concepto de dación en pago, el deudor le ceda un crédito suyo, en cuyo caso, se aplicarán las reglas del contrato de cesión. Pero, precisamente, en nuestro derecho, la cesión de crédito es un contrato *traslativo*, porque *el crédito* no se "entrega" sino que se transmite por el sólo acuerdo de las partes (art. 1457).

¹⁵⁷ Tal como lo sostiene Malbrán, *La dación en pago en cuanto al objeto*, "J.A.", 1948-II-Sec. Doct.-127.

fiere a cosas materiales susceptibles de entrega inmediata, pero es una idea impracticable cuando se trata de un hecho o de una abstención que debe cumplirse durante un cierto tiempo; así por ejemplo, debo un suma de dinero y convengo con mi acreedor en pagar absteniéndome durante tres meses de abrir mi negocio, permitiéndole a mi acreedor que amplíe sus ventas.

En definitiva, lo importante para que haya dación, es que el cumplimiento de la segunda obligación sea inmediato o que su ejecución *tenga inicio* de inmediato, sea que se trate de la entrega de una cosa o de la ejecución de un hecho o de una abstención. La exigibilidad de la dación es, pues, inmediata, aunque la ejecución sea de duración.

d) Es parcialmente típico. Régimen jurídico aplicable

La dación es un contrato parcialmente típico. Lo es, porque el Código le ha dispensado los arts. 779 a 783, de los cuales el 782, referido a los poderes de los representantes y el 783, referido a la garantía de evicción, contienen normas específicas, aunque supletorias para este contrato, como se verá enseguida.

1) **Aplicación de las reglas de la cesión de créditos.** — Según el art. 780 "Si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito a favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de derechos".

Este texto merece las siguientes observaciones:

1°) Es impreciso hablar de "cosas" refiriéndose a "créditos", pues éstos son objetos *inmateriales* (art. 2312). Por esa razón no son susceptibles de *entrega*, salvo que el crédito conste en un instrumento en cuyo caso tal instrumento es el que debe entregarse (art. 1434).

2°) Se verifica una cesión *pro soluto*, es decir, con la cesión *se extingue* la obligación, ya que el acreedor al aceptar el crédito debe darse "por pagado"¹⁵⁸; de lo contrario la dación dejaría de ser un contrato extintivo. Por ello, si el acreedor manifiesta que acepta el crédito con el carácter de cesión *pro solvendo*, es decir, sin extinguir la obligación, no habrá dación en pago, sino alguna de las formas delegativas por el cambio de deudor, con o sin liberación del deudor originario, según lo hubiese declarado el acreedor (*infra*, § 647).

3°) Como consecuencia del reenvío, se aplican las reglas propias del contrato de cesión de crédito, a saber. 1°) la *dación en pago* del crédito debe ser hecha por escrito, bajo pena de nulidad efectual (art. 1454); 2°) el acreedor adquiere el carácter de cesionario en virtud del solo acuerdo de las partes, ya que

¹⁵⁸ De acuerdo, afirma que cuando se da en pago una cesión de crédito, esa cesión tiene carácter *pro soluto* o extintiva de la obligación: J. Beltrán de Heredia, *El cumplimiento de las obligaciones*, p. 362. En contra, considera que la cesión es solamente *pro solvendo*, es decir, que no extingue la obligación: López Cabana, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t III, comentario al art. 780, n° 1, p. 612.

en nuestro derecho la cesión tiene carácter traslativo (art 1457); 3°) es necesaria la notificación al deudor cedido para que la cesión sea oponible a los terceros (art. 1459); etc.

4°) El deudor cedente del crédito debe garantía de evicción; es decir, debe garantizar al acreedor la existencia y legitimidad del crédito cedido (art 1476)¹⁵⁹. En principio, no garantiza la *solvencia* del deudor cedido, salvo que se pacte lo contrario o en caso de que la insolvencia sea anterior a la cesión y de conocimiento público (art. 1476 *infine*).

U) *Aplicación de las reglas de la compraventa*. — Cuando las partes estiman "un precio" para la cosa dada en pago, se aplicarán, en lo pertinente, las reglas del contrato de compraventa (art 781). La remisión a las reglas de la venta está justificada en razón de la notoria similitud existente entre ambas. Volveré sobre el asunto al trazar las diferencias entre dación en pago y compraventa¹⁶⁰.

DI) *Integración de su contenido normativo*. — Además, para integrar el régimen jurídico aplicable a la dación es necesario tener en cuenta que su contenido normativo se integrará:

I°) Con las cláusulas dispuestas por las partes en ejercicio de su autonomía contractual, que incluso pueden modificar las reglas supletorias previstas para la dación, contenidas en los arts. 782 y 783.

2°) Si las cláusulas pactadas por las partes no son suficientes, se aplicarán las reglas y principios generales de las obligaciones y de los contratos.

3°) Por último, puesto que se trata de un contrajo mixto, se le aplicarán, en lo pertinente, las reglas de la novación y del pago.

§ 347. REQUISITOS. COMPARACIÓN CON OTRAS FIGURAS. EFECTOS

a) *Requisitos: capacidad. Representación*

Recapitulando, para que haya dación en pago deben concurrir estos requisitos: I°) una *obligación válida*, lo que supone un objeto de pago determinado, sea que consista en dar, hacer o no hacer; 2°) el *consentimiento* de acreedor y deudor, en cuya virtud acuerden sustituir el objeto originario de pago por otro distinto; 3°) para que tenga lugar la sustitución, las partes deben convenir: I) *extinguir la obligación por novación*, con lo cual ya no es exigible el objeto originario; II) *crear una segunda obligación*, en la que se incorpora el nuevo objeto de pago; III) la segunda obligación *debe cumplirse de inmediato*, sea mediante la entrega de la cosa, sea por la ejecución del hecho o abstención en que consista la dación.

¹⁵⁹ Sobre el régimen de la garantía de evicción en el contrato de cesión de créditos: Wayar, *Evicción y vicios redhibitorios*, t II, §§ 173 y ss., ps. 85 y ss.

¹⁶⁰ *Infra*, §638.

Siendo la dación en pago un contrato, acreedor y deudor deben tener *capacidad* para contratar. Los representantes de las partes, sean necesarios (padre, tutor, curador, etc.) o voluntarios (mandatarios) no pueden celebrar una dación en pago, salvo que cuenten, los primeros, con autorización judicial expresa y los segundos, con poderes especiales (art. 782).

b) Comparación con otras figuras

Se suele distinguir la dación, del pago, de la novación y de la compraventa.

I) *Dación en pago y pago*. — La dación es en sí misma un pago precedido de novación. Por cierto, no es *pago* de la primera obligación —que se extingue por novación— sino de la segunda¹⁶¹. La dación se diferencia del pago, en consecuencia, en que no puede tener existencia si no está precedida, necesariamente, de una novación, integrando con ella un mismo contrato.

JJ) *Dación en pago y novación*. — La novación supone la extinción de una obligación y el nacimiento de otra; en la dación, ese fenómeno se repite, pero con una particularidad, que es la que permite distinguir ambas figuras: en la dación la segunda obligación debe extinguirse de inmediato o, si el cumplimiento insume cierto tiempo, debe comenzar a ejecutarse de inmediato. De allí que en la dación la segunda obligación no subsiste a la extinción de la primera, como normalmente ocurre en la novación, ya que también debe extinguirse por pago.

ni) *Dación en pago y compraventa*. — Cuando lo adeudado es dinero y lo que se entrega en pago es la propiedad de una cosa, la analogía entre la *dación* y la *venta* resulta evidente; por ejemplo, si Juan le debe a Pedro \$ 800 y le entrega en pago una colección de libros, parecería que Pedro hubiese "comprado" esos libros. Es más, el art. 1325 establece que cuando las cosas se entregan en pago de lo que se debe, el acto tendrá los mismos efectos que la compraventa. Pero se diferencian por lo siguiente: en la venta, el vendedor cumple su obligación haciendo entrega de la cosa al comprador; la fuerza solutoria de la entrega no depende de la voluntad de éste; en cambio, en la dación, el deudor sólo podrá extinguir la obligación si el acreedor acepta *voluntariamente* (art. 779) la cosa que se le quiere entregar. De ahí que si el comprador se niega a recibir la cosa, el vendedor está autorizado para consignarla judicialmente (art. 757, inc. 1); en cambio, en la dación, el acreedor, al no estar obligado a recibir la cosa, puede rechazarla y el deudor no podría intentar una consignación.

¹⁶¹ La doctrina cree señalar la diferencia entre ambas figuras con esta afirmación: el pago es el cumplimiento exacto de la prestación; en la dación, en cambio, se da un objeto distinto: por ejemplo, Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1737, p. 10.

c) Efectos •

Los efectos de la dación se relacionan con la extinción y con las garantías debidas por el deudor. Los efectos extintivos ya han sido señalados: *a)* la primera obligación se extingue por novación; *b)* la segunda se extingue por pago. Si bien se trata de dos formas distintas de extinción, en la dación —ésa es su particularidad— ambas integran el contenido normativo del mismo contrato.

Como consecuencia del efecto extintivo de la novación que se opera en virtud de la dación, las garantías, fianzas, prendas o hipotecas, que tenía la primitiva obligación, también se extinguen¹⁶². Luego, si el acreedor pierde la cosa recibida en pago como consecuencia de una evicción, "tendrá derecho para ser indemnizado como comprador, pero no podrá hacer revivir la obligación primitiva" (art. 783).

Cfr. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 862, p. 640; Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1758, p. 21.

CAPITULO xn

CLASES DE OBLIGACIONES. OBLIGACIONES CIVILES Y NATURALES. OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS

A) INTRODUCCIÓN

§ 348. CLASIFICACIÓN SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL

Con sujeción a las disposiciones del Código Civil, las obligaciones pueden ser clasificadas en razón de distintos criterios:

a) Por la *naturaleza* del vínculo jurídico, se clasifican en *civiles o perfectas* y en *naturales o imperfectas* (art. 515).

b) Por la existencia de modalidades, en *puras y con modalidades*; éstas, a su vez, se subclasifican en: 1*) *condicionales* (art. 527); 2") *a plazo* (art. 566); y 3') *con cargo* (art. 558). Las condicionales, a su turno, se subdividen en sujetas a condición *suspensiva* (arts. 545 a 552) y sujetas a condición *resolutoria* (arts. 553 a 557).

c) Por el *objeto*, en obligaciones de *dar* (art. 574), de *hacer* (art. 625) y de *no hacer* (art. 632). Las de dar, a su vez, admiten tres subclasificaciones: 1") según *la naturaleza de la cosa*, se dividen en obligaciones de dar cosas *ciertas* (art. 574), de dar cosas *inciertas* (art. 601), de dar *cantidades de cosas* (art. 606) y de dar *sumas de dinero* (art. 616), las que a su vez se subdividen en *nominales y de valor*, 2*) según *la finalidad* de la entrega, en obligaciones de dar, *para constituir* derechos reales (art. 578) o *para restituir* las cosas a su dueño (art. 584); 3*) *Txxfacomplejidad, en alternativas* (art. 635) y *facultativas* (art. 643).

d) Por el *numero de sujetos*, en obligaciones de sujeto *singular* y de sujeto *plural* (art. 690); estas últimas reconocen tres subclasificaciones, a saber: 1") por su *estructura*, en *simplemente mancomunadas* (arts. 690 a 698) y *solidarias* (arts. 699 a 717); 2*) por la posibilidad de *defraccionar* el objeto, en *divisibles* (art. 667) e *indivisibles* (art. 679); 3*) por la *identificación* del sujeto, en *concurrentes y disyuntivas*.

e) Por la *conexidad* entre unas y otras, en obligaciones *principales y accesorias* (arts. 523 a 526).

§ 349. CUADRO SINÓPTICO

Por la naturaleza del vínculo		civiles o perfectas	
		└ naturales o imperfectas	
Según las modalidades	puras y simples		
	modales	condicionales	suspensiva
			resolutoria
		aplazo	
		con cargo	
Por el objeto	de dar	por la naturaleza	cosas ciertas
			cosas genéricas
			bienes
			dinero
			nominales
			de valor
	de hacer	por la finalidad de la entrega	para constituir un derecho real
			para restituir a su dueño
		por la complejidad	alternativas
			facultativas
	de no hacer		

	sujeto singular	mancomunadas solidarias
Por los sujetos		
	sujeto plural	divisibles indivisibles
		concurrentes disyuntivas
Por la conexidad	principales	
	accesorias	

§ 350. OTRAS CLASIFICACIONES

La doctrina señala la existencia de otras clases de obligaciones:

á) Por el *tiempo* de cumplimiento, las clasifica en: 1°) de ejecución *inmediata* y de ejecución *diferida*. Las primeras son aquellas cuya exigibilidad es inmediata; las segundas, aquellas cuya exigibilidad se encuentra postergada por un plazo, una condición suspensiva o un cargo; 2°) de ejecución *instantánea* y de *duración*. Las primeras son aquellas en las que el cumplimiento se concreta en un solo momento y de una sola vez; las segundas, aquellas en las que el cumplimiento se prolonga en el tiempo. Las *de duración*, a su turno, se subclasifican en obligaciones de ejecución *continuada* —cuando el cumplimiento insume un tiempo corrido sin solución de continuidad—, de ejecución *periódica* —cuando insume varias fracciones de tiempo separadas entre sí por intervalos iguales (mes a mes)—, y de ejecución *escalonada* —cuando las fracciones de tiempo son desiguales¹—.

b) De acuerdo con la *índole del contenido*, las obligaciones pueden ser *de medios* o *de resultado*. De ellas ya nos hemos ocupado (*supra* § 49) y volveremos sobre el tema a propósito de la responsabilidad civil por incumplimiento.

c) Por la *fuerza*, se clasifican en: 1°) *nominadas*, categoría en la que están incluidas las contractuales, delictuales, cuasidelictuales, etc.; 2°) *innominadas*, reunidas—por exclusión—bajo el rótulo común de obligaciones legales *o ex lege*.

B) OBLIGACIONES NATURALES

§ 351. CONCEPTO Y CARACTERES DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

Ya se dijo que por la naturaleza del vínculo se distinguen las obligaciones en *civiles y naturales*; las primeras son aquellas que dan derecho al acreedor para exigir su cumplimiento, por eso se las llama también "perfectas"; las segundas, por el contrario, no confieren al acreedor acción para exigir su cumplimiento, por lo que se las denomina "imperfectas". Las obligaciones civiles o perfectas están especialmente tuteladas por el derecho positivo que reconoce la plenitud de su eficacia y efectos²; aquí nos ocuparemos de las obligaciones naturales a las que el Cód. Civil les ha dedicado los arts. 515 a 518. Según la primera parte del art. 515, son obligaciones naturales las que "fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas".

Son sus caracteres:

a) La primera característica esencial de una obligación natural es que se funda sólo en el derecho natural y en la equidad. Es importante destacar que la obligación civil —a diferencia de la primera— se basa *no sólo* en el derecho natural sino que también se encuentra tutelada por el derecho positivo³; por ello se dijo que a la civil se la llama también "perfecta", aludiendo a que tiene plena eficacia, medida esa eficacia por las consecuencias de su eventual incumplimiento; en efecto, si el deudor de una obligación civil no cumple, el ordenamiento jurídico permite al acreedor iniciar acciones judiciales tendientes a la ejecución específica de la obligación, o a obtener —por sucedáneo— la indemnización de daños (art. 505, Cód. Civil), nada de lo cual ocurre en la obligación natural.

b) La segunda característica de la obligación natural, derivada de la anterior, es que no confiere acción para exigir el cumplimiento. Pero que esté desprovista de acción no significa que sea sólo un deber moral y no un deber jurídico. Sí es un deber jurídico, como se demostrará cuando se indague la naturaleza de estas obligaciones.

c) La tercera nota esencial de la obligación natural es que si el deudor cumple voluntariamente, no puede luego repetir lo pagado. El pago, sea total o parcial, queda irrevocablemente consumado⁴.

² Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 729, p. 11.

³ El derecho positivo es —como enseña Llambías— "la positivación o concreción del derecho natural, su traducción y adaptación a las circunstancias concretas de un momento histórico determinado". La equidad puede ser concebida como la interpretación objetiva del derecho natural, realizada por el juez (Savatier).

⁴ De acuerdo sobre los caracteres: Salvat y Galli, *Obligaciones*, 11, n° 271, p. 269.

§ 352. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

Si bien no es posible encontrar en el derecho romano una teoría general de la obligación natural, es indudable que allí tuvieron su cuna⁶, pues el concepto de *obligatio naturalis* comienza a cobrar forma a partir del examen de distintas hipótesis que mencionan las fuentes, hipótesis que — pese a su heterogeneidad — presentan dos rasgos comunes que admiten cierta generalización para dar vida a la categoría: 1º) no se provee de acción al acreedor; 2º) éste está autorizado a retener lo que el deudor hubiese pagado. Si se atiende a la primera cuestión, se puede decir que en el derecho romano las obligaciones naturales son una consecuencia de la división entre el *ius civile* y el *ius gentium*⁶, pues sólo las obligaciones amparadas por el *ius civile* estaban, al comienzo, dotadas de acción, no así las que tenían su origen en el *ius gentium*, cuyo reconocimiento demandó cierto tiempo. Existían diversos casos de obligaciones naturales: a) entre aquellos que constituyen supuestos de obligaciones que nacen naturales encontramos las contraídas por los esclavos en virtud de contratos celebrados con terceros y, en una ulterior evolución, con otros esclavos o con su amo; las obligaciones contraídas por contrato celebrado entre un *pater* y un *filius familiae* sujeto a su potestad o por contrato celebrado entre distintos/j/íni *familiae* sujetos a la potestad del mismo *pater*, las obligaciones contraídas por el pupilo con terceros sin autorización de su tutor; b) entre aquellas que nacen civiles y luego se vuelven naturales, encontramos las obligaciones asumidas contractualmente como civiles por un deudor que, siendo capaz, sufre luego una *capitis deminutio* y se transforman por ello en naturales⁷.

Para un estudio histórico de las obligaciones naturales, es fundamental la obra de Moisset de Espanés, *Obligaciones naturales y deberes morales*, ps. 65 y ss. Asimismo, Lacruz Berdejo, *Las obligaciones naturales*, en "Estudios de derecho civil", p. 163.

⁶ No existe unanimidad de pareceres respecto del fundamento de la obligación natural en el derecho romano. Así, mientras unos sostienen que se fundan en la razón y la equidad (Brinz), otros piensan que han tenido origen en el *ius gentium* (Savigny); para estos últimos, eran naturales aquellas obligaciones que se originaban en el *ius gentium* y que por falta de alguna formalidad o por incapacidad de uno de los sujetos, carecían de acción para exigir el cumplimiento; pero en otras obligaciones propias del *ius gentium* — también llamadas por esa razón obligaciones naturales — el acreedor sí estaba dotado de acción, con lo cual para estos autores, los romanos conocieron obligaciones naturales dotadas de acción.

⁷ Existen otras hipótesis dudosas respecto de las cuales la doctrina romanista no es unánime en afirmar que se trate de obligaciones naturales; entre ellas se cuentan las que se contraen con inobservancia de las formas exigidas, las obligaciones prescriptas ya que en la época del derecho romano clásico no se admitía que el transcurso del tiempo extinguiera la acción.

§ 353. NATURALEZA JURÍDICA

En doctrina se ha discutido —y se discute todavía— si las llamadas obligaciones naturales son verdaderas obligaciones y, por ende, si establecen un *vínculo jurídico* entre acreedor y deudor o si se trata de relaciones de otra especie (deberes morales o de conciencia) ajenas a las relaciones jurídicas. Se han ensayado distintas respuestas.

a) *Teoría que niega a la obligación natural*

Para una corriente de opinión s la denominada obligación natural no constituye una verdadera relación jurídica, afirmación que se pretende sustentar en dos argumentos principales: 1°) no puede ser considerada relación jurídica —se dice— porque estando el acreedor privado de acción, esa supuesta obligación carecería de *coerción*, con lo cual se incurriría en la contradicción de afirmar la existencia de una obligación no obligatoria⁸; 2°) si el deudor no está obligado a pagar, quiere decir que no tiene una deuda y, por consiguiente, aunque *prometa* pagar, esa promesa sería inválida por carecer de causa.

A esta teoría le caben las siguientes réplicas:

1) No es verdad que en las obligaciones naturales no exista un verdadero vínculo jurídico por ausencia del elemento *coerción*⁹. La mayoría de los autores¹¹ refuta el argumento según el cual la obligación natural no es jurídica porque el acreedor no tiene acción, alegando que existen otras relaciones jurídicas que también están desprovistas de acción y no por ello dejan de ser tales¹², para concluir afirmando que la obligación natural reúne los mismos ele-

⁸ Quien con mayor énfasis defendió la teoría que niega utilidad al concepto de obligación natural fue Giorgi, J., *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, t I Madrid, 1909, n° 34.

⁹ Se parte de la idea de que no todas las necesidades de los hombres están protegidas. Así, el menesteroso tiene necesidad de ayuda. "Y, sin embargo —afirma Giorgi—, el pobre que muere de hambre acudirá inútilmente para arrancar de las manos del rico el óvulo que aliviará su miseria. La limosna no es, por tanto, una obligación. Generalicemos, continúa el maestro italiano, no son obligaciones los deberes morales que no gozan de la prerrogativa de ir acompañados de acción. Mas, se pregunta: ¿cómo entonces en la ciencia del derecho privado se habla de obligaciones naturales? ¿Será verdad que las obligaciones jurídicas se dividen en el derecho moderno en civiles y en naturales, atendida la diferencia indicada de ir las primeras acompañadas de acción y estar las segundas desprovistas de ella? La razón, concluye Giorgi, responde negativamente": G. Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, 1.1, n° 33 y 34, p. 39. Para un análisis de las teorías que niegan la obligación natural: J. Lacruz Berdejo, *La obligación natural*, en "Estudios de derecho civil", ps. 180 y ss.

⁵⁰ Como lo hemos anticipado, *supra*, 5 45, b.

¹¹ Por todos: J. J. Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 736, p. 20.

¹² Moisset de Espanés (*Obligaciones naturales y deberes morales*, p. 40) ejemplifica, por un lado, con el derecho internacional público, afirmando que nadie podría desconocer la existencia de esta rama del derecho, pese a que sus normas no conceden acción para exigir su cumpli-

mentos constitutivos de la obligación civil (sujetos: acreedor y deudor, objeto, vínculo jurídico y causa), diferenciándose de ésta únicamente por la falta de acción. Pero además de ello, considero apropiado y contundente refutar el argumento de la falta de acción, demostrando que en la obligación natural sí hay coerción. En efecto, si se examina el asunto desde la perspectiva del *derecho del deudor a pagar*, nadie podrá negar que en la obligación natural el deudor conserva él *ius solvendi*, derecho que puede ejercer, incluso, haciendo uso de los medios coactivos que proporciona el pago por consignación. Ya se dijo ¹³ que si bien las obligaciones naturales no son ejecutables para el acreedor, ello no quiere decir que no sean *pagables* por el deudor; son pagables incluso por medios coactivos. Pero no sólo son pagables, sino que además pueden extinguirse por cualquiera de los medios extintivos de las obligaciones en general. En definitiva, si el *ius solvendi* puede ser ejercido coactivamente, quiere decir que en la obligación natural sí existe el elemento coerción, no como acción para exigir el cumplimiento, pero sí como acción del deudor para extinguir la obligación (pago por consignación) ¹⁴.

2) Tampoco es verdad que, por carecer de *causa*, la promesa de pagar que hiciera el deudor de una obligación natural sea inválida. En rigor, la conclusión es falsa, porque parte de una premisa falsa; en efecto, no es verdad que en las obligaciones naturales no exista una deuda, la deuda existe, aunque no sea exigible. Se confunde inexigibilidad de la deuda, con inexistencia de causa fuente. Puede ocurrir, en efecto, que en un caso concreto no exista *razón de deber* y, por ende, si en ese caso una persona promete pagar, esa promesa será inválida, porque no hay razón para prometer. Pero si, por el contrario, existe una razón de deber la cuestión cambia, pues ya se está ante una obligación natural, y aunque el derecho positivo no permita en ese caso la ejecución forzada, ello no significa que desaparezca la razón de deber, y si el deudor promete pagar, esa promesa será válida precisamente porque responde a una razón de deber que opera como causa.

b) Teoría que asimila la obligación natural a los deberes morales

Otra teoría que también niega valor al concepto de obligación natural, sostiene que todas las hipótesis que se presentan como de obligaciones natura-

miento y cuyas transgresiones están desprovistas de sanción y, por otro, con el derecho de familia, donde es posible encontrar derechos que no están munidos de acción.

¹³ *Supra*, § 312, b.

¹⁴ El derecho a pagar (*ius solvendi*) que le corresponde al deudor de una obligación natural está expresamente mencionado en el art. 686 del Proyecto de Código Civil de 1998. Según el texto citado, en efecto, "Si el crédito comprendido en el artículo anterior se funda en una razón de deber conforme a la justicia y a la equidad: a) El deudor tiene derecho a pagar...".

¹⁵ Planiol, Ripert y Esmein, *Tratado*, t. VU, n° 982, p. 294.

les no son otra cosa que simples deberes morales o de conciencia, a los cuales la ley toma en COTsideración para imputarles limitados efectos jurídicos, como el de la irrepetibilidad del pago voluntario. La principal consecuencia que se deriva de esta teoría es que se niega la existencia de un deber jurídico y, a partir de allí, no estando el deudor obligado, se concluye en que aunque hiciera voluntariamente un pago, tal entrega no sería en rigor *pago* de una obligación preexistente, sino un acto gratuito, una donación o una liberalidad. La persona que obedeciendo a un deber moral, a un deber de conciencia —se dice—, hace una entrega, no ejecuta una obligación jurídica; no está obligada, no es deudora, no debe nada y su acto constituye una liberalidad. Y si se está ante una donación, se deberán respetar las formas y las reglas estrictas de la donación.

Esta teoría merece los siguientes reparos:

1) Durante mucho tiempo se buscó refutarla con la afirmación de que el pago de una obligación natural no es un acto gratuito sino uno a título oneroso¹⁶. Bien se ha dicho —sin embargo, que el esfuerzo por demostrar la verdad de esa afirmación es innecesario, pues el cumplimiento de una obligación natural puede concretarse mediante un acto a título gratuito o por medio de uno a título oneroso, y siempre será pago de una deuda preexistente. La cuestión no pasa por determinar la naturaleza gratuita u onerosa del pago, sino por determinar si preexiste, o no, un deber jurídico.

2) Lo que ocurre es que la teoría de los deberes morales pretende demostrar que no existe un deber jurídico previo al pago, con la presunta prueba de que éste es *siempre* —a partir de esa premisa— un acto a título gratuito; es gratuito, se dice, porque el deudor nada debe. De allí concluye que si no hay deber jurídico, no hay obligación; lo que hay es un simple deber moral o de conciencia. Sin embargo, para dejar a esta teoría sin sustento es suficiente demostrar que por lo menos en uno de los casos postulados como obligación natural, el pago de esa obligación es un acto a título gratuito, porque así quedaría demostrado que no es-verdad que siempre que se ejecuta un acto a título gratuito no hay pago de una obligación preexistente sino cumplimiento de un deber moral. Supóngase una donación inmobiliaria que el donante pretende formalizar en instrumento privado; esa donación estaría viciada de nulidad plena, pues al faltar la forma solemne que se requiere (escritura pública), no valdría ni como contrato preliminar de donación (doctrina del art. 1810, Cód. Civil). Sin embargo, entre donante y donatario quedaría establecida una obligación natural¹⁸,

¹⁶ Según este argumento, el pago sería siempre oneroso, pues si bien por un lado implica un sacrificio del *solvens*, consistente en la transferencia patrimonial a favor del *accipiens*, por otro se traduciría en una *ventaja* para el *solvens*, consistente en su liberación.

¹⁷ L. Moisset de Espanés, *Obligaciones naturales y deberes morales*, p. 49.

¹⁸ De acuerdo: F. J. López de Zavalfa, *Teoría de los contratos. Parte especial*, 1.1, 2^a ed., p. 43.

por aplicación del art. 515, inc. 3; pues bien, si el donante *natural* decide luego cumplir con su obligación y dona el inmueble, esta vez por escritura, nadie podrá negar que ha cumplido una obligación natural preexistente y que ese cumplimiento consistió en un acto a título gratuito.

c) Teoría de la obligación natural como puro débito

Otros autores¹⁹ afirman que las obligaciones naturales son verdaderas obligaciones jurídicas en las que se encuentra una aplicación concreta de la teoría que distingue el débito (*Schuld*) y la responsabilidad (*Haftung*). Estima esta doctrina que las obligaciones naturales muestran una persona vinculada por un débito, pero que no puede ser constreñida al cumplimiento, es decir que en el vínculo no aparece la responsabilidad, aunque no por ello deja de ser *jurídico*; en definitiva, sostiene que en la obligación natural hay deuda (*Schuld*), pero no responsabilidad (*Haftung*).

d) Teoría de la obligación natural como expresión del derecho natural

Otra teoría 2°, que comparto, sostiene también —como la anterior— que las obligaciones naturales son verdaderas obligaciones jurídicas, pero en razón de estar fundadas en el derecho natural y la equidad, tal como ha sido aceptado por el codificador argentino en el art. 515. Los argumentos de esta teoría serán expuestos a continuación, al tratar el fundamento de las obligaciones naturales.

§ 354. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN NATURAL

A esta altura de la evolución de la ciencia jurídica cabe decir sin hesitación que las obligaciones naturales se fundan en el "derecho natural", expresión con la que se designa una corriente de pensamiento que afirma —desde hace más de veinticinco siglos²¹— que el hombre, por el hecho de ser tal, tiene derechos

¹⁹ L. Moisset de Espanés, *Obligaciones naturales y deberes morales*, p. 37; Henri, Jean y Léon Mazeaud y F. Chabas, *Derecho civil Obligaciones*, 1.1, n° 25, trad. de Luis Andomo, Zavalía, Buenos Aires, p. 32.

²⁰ Por todos: J. J. Llambías, *Obligaciones*, t. FV-A, n° 739, p. 23.

²¹ Existen cuatro períodos en la evolución de la escuela del derecho natural: a) derecho natural antiguo, que comprende el pensamiento griego y romano y que cuenta entre sus sostenedores a Sócrates, Platón, Aristóteles y a los miembros de la escuela estoica, como Cicerón y Séneca. El aporte esencial de este período es el concepto "de naturaleza*", y como consecuencia de éste, el de "naturaleza humana", que a su vez es el punto de partida de donde emana la dignidad del hombre y sus derechos naturales. Al derecho natural se lo ha concebido, entre los romanos, como lo que es siempre equitativo y bueno; b) derecho natural cristiano, se extiende desde el siglo I hasta el siglo XVI e incluye a la Patrística y la Escolástica. En el período patrístico sobresalen los llamados "Padres de la Iglesia", aquellos pensadores de los primeros siglos del cristianismo (has-

euyo reconocini'ento no depende de la organización estatal ni tampoco de una ley formal, ya que sostiene la existencia de un derecho anterior a cualquier norma jurídica positiva. Como esos derechos corresponden a la naturaleza del hombre, poseen una jerarquía superior a toda ley formal, de modo que cualquier normativa humana que fuera contraria al precepto de derecho natural sería jurídicamente inválida. El concepto de derecho natural está unido a otros conceptos jurídicos tales como derechos humanos, justicia y equidad.

ta el siglo VI) que fueron declarados por la Iglesia con ese título por sus escritos y su doctrina, entre los que destacan San Agustín, San Isidoro de Sevilla, San Gregorio de Niza, San Juan Crisóstomo y otros, tanto de Oriente como de Occidente. La gran mayoría de los filósofos y teólogos de la Patrística fueron seguidores de las ideas filosóficas platónicas. Por su parte, la Escolástica, movimiento intelectual desarrollado en la Edad Media, constituyó una escuela de pensamiento alrededor de las universidades existentes sobre todo en Italia y Francia, cuyos principales exponentes fueron Santo Tomás de Aquino, Guillermo de Occam y los llamados filósofos tomistas. La idea cristiana del derecho natural se fundamenta en el concepto de naturaleza humana, considerada como una naturaleza racional, pero creada por Dios, del cual devienen, como causa final, su dignidad y sus derechos personales. En este planteamiento, el concepto de persona es fundamental, pues ésta posee dignidad por sí misma, dignidad que implica una serie de derechos que fluyen de la inteligencia y la voluntad divinas, de las que emanan las nociones del bien y de lo justo (Santo Tomás de Aquino); c) derecho natural clásico o racionalista, cultivado por los pensadores de la época de la Ilustración (siglos XVI a XVIII), sobre todo en Francia e Inglaterra: Rousseau, Montesquieu, Locke, Hobbes. Históricamente, este período hace necesaria referencia a algunos hechos de especial importancia cultural y social, como el enciclopedismo, la declaración de derechos y deberes del ciudadano, la caída de la monarquía absoluta, la aparición del Estado moderno, la separación de poderes, el contrato social y la limitación de poder del gobernante. Su idea de derecho natural se fundamenta en la razón humana. Así, se considera a los principios de derecho natural como principios de la razón humana que deben ser tutelados por la autoridad y prudencia del gobernante, el cual detenta el poder por encargo de sus subditos; esta corriente de opinión, en suma, busca su fundamento en la razón, y señala su coincidencia con ciertas características de la naturaleza humana (Grocio); y en una tercera concepción se piensa que el derecho natural está en los principios generales del derecho (Del Vecchio); d) renacimiento del derecho natural, operado en el siglo XX, con el renacer de las tendencias iusfilosóficas de derecho natural, como reacción a las ideologías fundamentadas en un positivismo absoluto. Pocas veces la historia ha conocido épocas de un positivismo tan extendido y cerrado como la nuestra, pese a las numerosas tendencias que admiten un cierto objetivismo jurídico. No obstante, pocas veces los derechos humanos han sido de tal modo proclamados, ya que una cosa es clara y reconocida en cualquier parte del mundo actual: que tales derechos tienen origen y fundamento en el hombre mismo; son esenciales, derivados de la dignidad inherente de la persona, no se tienen por pertenecer a la sociedad, son naturales. Se afirma expresamente que estos derechos no se crean, sino que se reconocen por los ordenamientos positivos, y que su desconocimiento es injusticia

²² Tal como lo escribió Cicerón: "Hay una ley verdadera, recta razón conforme con la naturaleza, presente en todos, constante, sempiterna, la cual llama al deber mandando y desvía del engaño prohibiendo. A esta ley, ni cabe abrogarla ni es lícito derogarla en algo, ni puede ser abrogada por completo, ni nos podemos desligar de esta ley por obra del Senado o del pueblo, ni hay que buscar quien la explique, ni al intérprete Sexto Aelio; no será una en Roma, otra en Atenas, una ahora, otra después; todos los pueblos, en todo tiempo, serán regidos por esta única ley eterna e inmutable; y único maestro común, por así decirlo, y soberano de todos será Dios; de esta ley, él

En toda relación jurídica coexisten el derecho natural y el derecho positivo; esta afirmación es importante porque permite aseverar que ambos órdenes (natural y positivo) forman parte de un mismo ordenamiento jurídico, y desmentir a quienes piensan que se trata de dos ordenamientos diferentes²³. Entre el derecho natural y el positivo existe correlación y reciprocidad, pues en tanto el derecho natural fundamenta el derecho positivo, el derecho positivo otorga efectividad o eficacia práctica al derecho natural. Por ello, se equivocan quienes sostienen la validez sólo del derecho natural, en detrimento del derecho positivo, o un permanente antagonismo entre ambos; más bien, se trata de una relación de coexistencia y coordinación, y, por supuesto, de jerarquía (lo natural sobre lo positivo).

En lo que atañe a las obligaciones naturales, caben dos consideraciones:

a) Si bien el derecho positivo no le concede acción al acreedor para exigir el cumplimiento, para el derecho natural ese acreedor tiene un crédito legítimo, tanto que si el deudor paga voluntariamente, no tendrá derecho a repetir lo pagado; si el deudor no satisface ese crédito, incurrirá en un comportamiento injusto, aunque no sea sancionado por el derecho positivo. Desde Aristóteles (*Ética a Nicómaco*) se viene marcando la distinción, dentro del derecho válido en un Estado, entre aquella parte que lo es por naturaleza y aquella otra parte que lo es por declaración de la ley. La primera es lo justo natural, que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de resoluciones de hombres; la segunda es lo justo legal, por haberlo así determinado una ley positiva. El *ius naturalé* es lo justo natural, entendiendo por tal aquella cosa justa, cuya igualdad proporcional (justicia) no proviene de la convención humana sino de la naturaleza misma de las cosas²⁴.

solo es autor, intérprete y legislador, y quien no le obedezca renegará de él mismo y, rechazando su naturaleza de hombre, por esto mismo incurrirá en las máximas penas, aunque pudiera escapar de otras sanciones". Así, Cicerón concluye que la naturaleza es el parámetro para determinar lo justo y lo injusto; que los principios de ley natural son universales, porque son innatos, aunque debido al error y la mala voluntad pueden oscurecerse; y que sólo la ley buena, la que está de acuerdo con la naturaleza, es propiamente ley: las demás no merecen ese nombre, porque son falsas.

²³ Según los postulados de la llamada escuela moderna del derecho natural (iusnaturalismo moderno) abonada entre otros por Grocio, Hobbes, Spinoza, Pufendorf, Locke, Montesquieu y Rousseau, cabe distinguir dos conceptos o sistemas de normas jurídicas que confluyen en la sociedad: el derecho natural, por una parte, y el derecho positivo, como sistema totalmente diverso. Así, paradójicamente, esta concepción del iusnaturalismo llevaba en sí el germen de una concepción positivista del derecho, pues al escindir el orden jurídico en dos, el derecho emanado del Estado se debía entender como mero derecho positivo, puesto que el sistema de normas naturales es otro orden jurídico, separado del derecho positivo, propio no de juristas, sino de tratadistas o filósofos del derecho: un ideal de derecho. De ahí, a negarle totalmente su carácter jurídico, quedándose únicamente con el derecho positivo, separado de todo elemento "metajurídico", queda sólo un paso. Es el paso que dio el positivismo jurídico.

²⁴ Ha dicho Santo Tom, s: "El derecho o lo justo es una obra adecuada a otra según cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada al hombre de dos maneras. Primera, aten-

b) Para el derecho natural siempre habrá una obligación natural allí donde *hay* razón de deber*, fundada en la justicia o la equidad; aunque el derecho positivo no le conceda acción al acreedor para intentar en ese caso concreto una ejecución forzada, la *razón de deber* subsistirá como una manifestación del derecho natural²⁵. Precisamente, la existencia de una razón de deber fundada en la justicia permite distinguir las obligaciones naturales de los deberes morales o de conciencia, en los que no existe esa razón para deber.

§ 355. DERECHO COMPARADO

En derecho comparado es posible mencionar tres grandes sistemas

a) *Legislaciones que omiten mencionar a las obligaciones naturales (sistema español)*

Pertenecen a este sistema aquellas legislaciones que no contienen ninguna mención, ni siquiera incidental, sobre las obligaciones naturales, como ocurre con el Código Civil español de 1889. Ante el silencio de la legislación, la doctrina se ha dividido en dos corrientes: 1) por un lado se ubican los autores²⁷ que, pese al silencio, aceptan la existencia de las obligaciones naturales a las que se les asigna un régimen jurídico construido sobre textos que —si bien se refieren a otras figuras— aluden a los efectos clásicos de estas obligaciones, tales como la irrepitibilidad del pago o la posibilidad de afianzar la obligación aunque el acreedor no tenga acción para exigir su cumplimiento; 2) por otro se deben mencionar los autores²⁸ que, precisamente en razón del silencio, niegan que esa legislación acepte o reconozca las obligaciones naturales, afirmando que no es necesario recurrir al concepto de obligación natural para explicar los casos de irrepitibilidad de pago, ni los demás efectos que se hace derivar de ese concepto. Tampoco contienen referencia alguna a las obligaciones naturales las legislaciones de Puerto Rico, Panamá y Guatemala.

dida la naturaleza misma de las cosas: por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto, y eso es derecho natural. Segunda, por convención o mutuo acuerdo, ya sea privado o público, y ése es derecho positivo".

²⁵ Para los autores del Proyecto de Código Civil de 1998, habrá obligación natural si el crédito, aunque no sea exigible por haberlo así dispuesto la ley o la convención, "se funda en una razón de deber conforme a la justicia y a la equidad" (art 686).

²⁶ Cfr. Moisset de Espanés, *Obligaciones naturales y deberes morales*, ps. 65 y ss.

²⁷ Por ejemplo, Puig Peña, F-, *Tratado de derecho civil español Teoría de las obligaciones*, t IV, vol. I, Revisa de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 90.

²⁸ Rodríguez Arias Bustamante, L., *La obligación natural Nuevas aportaciones a la teoría comunitaria del derecho*, Reus, Madrid, 1953, p. 159; Ballesteros y Costea, M. L., *La obligación natural*, n° 6, Temis, Zaragoza, 1959, p. 11; Pérez y Alguer, sus anotaciones a la obra de Ennecerus, *Tratado. Obligaciones*, vol. I, p. 57.

Dentro de este grupo, comentario especial merece el Código Civil alemán, que no menciona a la obligación natural, pero sí al *deinjoal* o de conciencia. En efecto, dice el art. 814 del Código alemán: "la prestación efectuada con el fin de ejecutar una obligación no puede ser reclamada si el autor de la prestación ha sabido que no estaba obligado a la prestación o si ella correspondía a un deber moral o de conciencia o a un motivo de conveniencia". Este texto ha merecido de importantes autores alemanes dos observaciones, a saber 1*) que bajo el nombre "deberes morales" subsisten las obligaciones naturales; 2*) que a ciertos deberes morales, en particular, se les reconoce el carácter de verdadera causa fuente de un vínculo obligatorio, lo que equivale a concederles efectos jurídicos más importantes, incluso, que los que derivan de una obligación natural».

b) Legislaciones que mencionan sólo incidentalmente a las obligaciones naturales (sistema francés)

Siguen este sistema aquellas legislaciones inspiradas en el Código francés, que si bien contienen una aislada referencia a las obligaciones naturales, su doctrina forjó a partir de ella toda una construcción. En efecto, el art. 1235 del *Code* dice: "Todo pago supone una deuda; lo pagado sin deberse está sujeto a repetición. No se admite ésta con respecto a las obligaciones naturales cuando hayan sido cumplidas voluntariamente". Tomando como base este lacónico texto, los autores y la jurisprudencia franceses han elaborado toda una construcción acerca de estas obligaciones. En una primera etapa se consideró que eran verdaderas obligaciones jurídicas, diferentes de los deberes morales, que se distinguían de las civiles sólo porque estaban privadas de acción ³⁰; en una segunda etapa, la doctrina inspirada en las conclusiones sentadas en la obra de Ripert *La règle morale dans les obligations civiles*, afirmaba que las obligaciones naturales se identificaron con los deberes morales; y en una tercera etapa, se utilizó el concepto de obligación natural para dotar de exigibilidad a ciertos deberes morales que de otro modo debían ser considerados como simples deberes no exigibles ³¹, asignándole así al concepto de obligación natural una función que ha sido juzgada como perturbadora del orden jurídico positivo ³².

²⁹ Cfr. Moisset de Espanés, *Obligaciones naturales y deberes morales*, p. 165.

³⁰ Es la doctrina de Aubry y Rau, *Cours de droit civil français*, t IV, p. 97.

³¹ Por ejemplo, puesto que el art 335 del *Code* prohibía el reconocimiento de los hijos adulterinos, tampoco se les reconocía a éstos el derecho a reclamar alimentos. Frente a esta situación, se usó el concepto de obligación natural para reconocer validez jurídica a la promesa de pago de tales alimentos, porque se consideró que era la promesa de pago de una "obligación natural", no la de un simple deber moral o de conciencia

³² Cfr. M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, París, 1957, p. 145.

Presentan notoria similitud con el sistema francés los códigos civiles del Principado de Monaco (art. 1090), de Haití (art. 1826), de la República Dominicana (art. 1235), de Venezuela (art. 1178) y, entre los más recientes, el de Québec de 1994 (art. 1154).

c) Legislaciones que contienen un régimen jurídico para las obligaciones naturales (sistema hispanoamericano)

Se incluye aquí las legislaciones que, inspiradas en el Código Civil chileno preparado por Andrés Bello, sistematizan la figura de la obligación natural, definiéndola, enunciándolos supuestos más importantes que se presentan y determinando sus efectos. El modelo de Andrés Bello fue seguido, entre otros y en su hora, por los códigos civiles de Ecuador, Colombia, El Salvador, Honduras, Uruguay y Argentina. En los párrafos que siguen, al ocuparnos del Código Civil argentino —que en este punto permanece intocado—, tendremos oportunidad de analizar este sistema.

§ 356. OBLIGACIONES NATURALES Y DEBERES MORALES, DIFERENCIAS

Aun aceptando que las obligaciones naturales son una especie de deberes morales, como lo afirman importantes autores³³, no cabe una completa asimilación —que, por otra parte, es discutible³⁴—, pues es todavía necesario distinguir entre la especie "obligaciones naturales" y los restantes deberes morales o de conciencia que no son obligaciones jurídicas. Antes de marcar las diferencias, se considera conveniente señalar, primero, aquello en que se parecen y que ha-hecho decir a muchos que la obligación natural no es otra cosa que un simple deber moral: el pago de una obligación natural *no puede ser repetido* y el cumplimiento de un deber moral *tampoco puede volver atrás*; en eso, en la posibilidad que se acuerda al beneficiario de retener lo que recibió (*solutio retentio*), está el punto de contacto entre la obligación natural y el deber moral.

Pese a esa cercanía, uno y otro deber se diferencian por lo siguiente: *a)* en la obligación natural existe un vínculo jurídico, ya que excepto la acción para exigir el cumplimiento, reúne todos los elementos de una obligación civil; el deber moral, en cambio, no sólo carece de acción, sino que tampoco tiene los elementos propios de una obligación debido a que, o falta la causa fuente, o no hay deter-

³³ Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 377; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, p. 410.

³⁴ Para Moisset de Espanés (*Obligaciones naturales y deberes morales*, p. 25), por ejemplo, las obligaciones naturales y los deberes morales constituyen órdenes normativos enteramente diferentes, tanto como lo son la moral y el derecho.

minación del sujeto activo, o carece de contenido patrimonial, etc.; b) el cumplimiento de una obligación natural es siempre un *pago*, con los efectos que le son propios (satisface al acreedor, extingue el vínculo y libera al deudor)³⁵; el cumplimiento de un deber moral es siempre un acto de liberalidad, porque no reconoce un deber jurídico previo³⁶; c) la obligación natural puede extinguirse por cualquiera de los medios extintivos de las obligaciones; el deber moral no se extingue por esas vías³⁷; d) por la misma razón, la obligación natural puede transformarse en civil por efecto de una novación, en tanto que el deber moral no puede servir de causa para una novación; e) las obligaciones naturales se transmiten por actos entre vivos o por causa de muerte; los deberes morales, en tanto, se dirigen a la conciencia del sujeto, son intransmisibles; f) la obligación natural puede ser garantizada con fianzas, prendas e hipotecas, no así el deber moral; g) respecto de la compensación, se ha señalado³⁸ que una obligación natural no puede ser objeto de compensación legal —menos puede serlo un deber moral—, ya que el art. 819 exige que las obligaciones a compensar sean subsistentes civilmente. Se deja a salvo la posibilidad de que pueda tener lugar una compensación *voluntaria* o facultativa entre el deudor de una obligación natural con su acreedor, que a su vez sea deudor del primero, pero de una obligación civil; la hipótesis es perfectamente válida en virtud de la autonomía privada (art. 1197)³⁹. Se ha dicho⁴⁰ que los deberes morales, en cambio, no son compensables ni aun por acuerdo de partes, pues si un acreedor dotado de acción decide no cobrar su crédito porque admite que tiene un deber moral de reconocimiento con su deudor, tal decisión no tiene el carácter de compensación, sino de *renuncia* de su crédito. Esta interpretación merece un reparo: si se tratara de una renuncia, se podría interpretar que el deber moral del renunciante subsistiría, pero no es así; si la renuncia está motivada en el reconocimiento que hiciera el acreedor asumiendo que tiene un deber moral con su deudor, esa renuncia debe tener por efecto la extinción o, si se quiere, el cumplimiento del deber moral y, siendo así, bien se podría sostener que se trató de una compensación voluntaria.

Supra, § 98, b).

De acuerdo: Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 274, p. 272.

J. Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. 2, p. 676, nota al art. 515.

Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 402.

E. V. Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 302-a, p. 295.

J. Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. 2, p. 675, nota al art. 515.

§ 357. CASOS. LA ENUMERACIÓN LEGAL

El art. 515 del Cód. Civil menciona \$ v e i ^ natural⁴²; la mención es sólo enunciativa, como lo ha reconocido en forma unánime la doctrina. Los casos mencionados en el texto citado son los siguientes:

a) Obligaciones contraídas por incapaces dotados de discernimiento

El inc. 1 del art. 515, según la versión originaria, vigente hasta 1968, establecía que eran naturales las obligaciones "contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son sin embargo incapaces por derecho para obligarse, como son la mujer casada, en los casos en que necesita la autorización del marido, y los menores adultos". Este inciso fue derogado por la ley 17.711, por los siguientes argumentos⁴³: 1) debía eliminarse de su ámbito de aplicación a las mujeres casadas, pues después de las leyes 11.357 y 17.711 adquirieron plena capacidad; por ello, se estimó que sólo quedaban comprendidos en el inciso los menores adultos; 2) siendo así, esta doctrina interpretaba que era un grueso error considerar que las obligaciones contraídas por los menores adultos tenían carácter natural, ya que se trata de obligaciones *nulas* (art. 1042); la prueba de ello —se dice— es que si el menor las paga, puede repetir lo pagado (art. 516), faltando así el elemento definitorio de las obligaciones naturales; este efecto —repetir lo pagado— se produce sea el menor impúber o adulto; 3) afirmar que la obligación del menor adulto es nula y no natural trae importantes consecuencias; así, si llegado a la mayoría de edad, paga, siendo la nulidad relativa, habrá confirmado la obligación, y por esa razón no podrá repetir lo pagado, y si el pago es parcial, el acreedor podrá exigir el pago del resto —por efecto de la confirmación—; en tanto que si fuera natural, el pago parcial no habilitaría a exigir el resto (art. 517).

Un sector de la doctrina⁴³, que comparto, considera que la derogación del inciso es inoperante pues, tratándose de una enumeración sólo enunciativa, la

Algunos autores diferencian: 1°) las obligaciones que nacen como naturales; y 2°) las obligaciones que comienzan siendo civiles y luego se transforman en naturales, existiendo discrepancias en cuanto a qué supuestos pertenecen a una u. otra categoría. Juzgo que esta distinción es errónea pues, como ya lo ha dicho la doctrina, toda obligación civil tiene en su trasfondo una obligación natural, y ambas subsisten concomitantemente; lo que ocurre es que, en algunos supuestos, como ocurre con las obligaciones prescriptas (art. 515, inc. 3, Cód. Civil), la obligación natural adquiere mayor virtualidad cuando deja de existir la obligación civil por haber prescripto la acción, pero no por ello se puede dejar de reconocer que tal obligación natural existió desde el mismo nacimiento de la obligación civil. Cfr. Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n°911, p.403.

⁴² Expuestos en la obra de Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 385, p. 346.

⁴³ Su principal exponente fue Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 743, p. 26.

obligación contraída por un incapaz dotado de discernimiento continúa siendo natural, aunque el derecho positivo la declare nula. Es ésta una hipótesis atrapada—de manera diversa— en los dos órdenes normativos: para el derecho positivo se trata de una obligación nula, pero para el derecho natural es natural; como no se trata de órdenes excluyentes, el hecho de que sea nula para el derecho positivo, no quiere decir que deje de ser una obligación natural. Por otra parte, la obligación del incapaz es natural desde su nacimiento, no siendo necesaria la previa declaración judicial de que se trata de una obligación nula, pues lo contrario importaría someter el derecho natural a la regulación del derecho positivo.

b) Obligaciones prescriptas

Según el inc. 2 del art. 515, son naturales "las obligaciones que principian por ser obligaciones civiles y que se hallan extinguidas por la prescripción". La hipótesis prevista es la que se presenta cuando el acreedor se mantiene inactivo, esto es, no hace nada por exigir el cumplimiento durante un determinado tiempo, al cabo del cual el derecho positivo lo priva de acción, como sanción por su inoperancia. Ya se verá cuál es el fundamento de esta sanción *; por ahora es suficiente destacar que —por el transcurso del tiempo sin requerir el cumplimiento— la obligación que era civil, deja de serlo para subsistir, exclusivamente, como una obligación natural⁴⁴. Con esto queda dicho, también, que por efecto del transcurso del tiempo el acreedor sólo pierde la acción de que disponía para exigir el cumplimiento, pero conserva el derecho de crédito, aunque con el carácter de derecho natural⁴⁵.

¿En qué momento la obligación deja de ser civil para subsistir únicamente como natural? Los autores se han dividido en dos corrientes:

1) Para una primera opinión, ello ocurre recién cuando el juez dicta sentencia declarando que la obligación está prescripta⁴⁷. Son dos los argumentos

⁴⁴ La cuestión será analizada al tratar la prescripción liberatoria.

⁴⁵ El transcurso del tiempo determina que la obligación subsista *exclusivamente* como natural; no es correcta aquella animación según la cual el transcurso del tiempo *transforma* la obligación civil en natural, como si antes del transcurso sólo hubiese existido como civil convirtiéndose en natural por el tiempo transcurrido. No es correcta porque toda obligación es, desde su nacimiento, natural, sin que el derecho positivo la prive de ese carácter por la sola circunstancia de que, coetáneamente, le conceda acción al acreedor. Por ello, cuando el acreedor pierde la acción para demandar el cumplimiento, la obligación dejará de ser civil, pero subsistirá como natural.

⁴⁶ Hoy puede considerarse superada la disputa que dividió a los romanistas, acerca del efecto de la prescripción: si extingue el derecho o sólo la acción, ya que nadie duda de que sólo se pierde la acción para reclamar el pago, pero no el derecho, ya que la obligación subsiste como natural.

⁴⁷ Es la posición que, siguiendo a la doctrina francesa, defendieron entre nosotros Galli, en

sobre los que se funda esta interpretación: por un lado, en razón de que la prescripción no puede ser declarada de oficio, se requiere que el deudor pida su declaración; por otro —también puesto que la prescripción no opera de pleno derecho—, se afirma que mientras no hay sentencia el acreedor no pierde la acción. De estas razones se deduce que si aun después de transcurrido el tiempo de la prescripción el acreedor demanda el cumplimiento, el juez tendrá que admitir la demanda, salvo que el interesado oponga la excepción de prescripción **; en cuyo caso, recién cuando ésta es declarada—lo que supone que se han reunido todos los requisitos pertinentes⁴⁹— la obligación queda como natural.

2) Para una segunda opinión, mayoritaria en doctrina y jurisprudencia⁵⁰, la obligación deja de ser civil y subsiste únicamente como natural después de transcurrido el tiempo fijado por la ley para que opere la prescripción de la acción —por ese solo hecho—, sin que sea necesaria la declaración judicial de que ella ha tenido lugar. Comparto esta opinión, pues teniendo la sentencia carácter declarativo y no constitutivo de la nueva situación jurídica: perdida la acción para el acreedor, esa sentencia no hace otra cosa que reconocer la existencia del hecho extintivo de la acción, pero no es la causa de la pérdida.

La cuestión presenta un marcado interés práctico respecto de los efectos del pago parcial efectuado después de transcurrido el tiempo de prescripción pero antes de dictarse la sentencia. Si se afirma que la obligación recién queda natural después de la sentencia, entonces el pago parcial hecho antes de ella tiene efecto confirmatorio y, por ello, el acreedor tendrá derecho a demandar el pago del saldo; ésa sería la consecuencia, porque en ese caso la obligación nunca habría dejado de ser civil. En cambio, si se acepta que el mero transcurso del tiempo fue suficiente para que la obligación quede como natural, el pago parcial hecho después de transcurrido ese tiempo y aunque no se hubiese dictado sentencia, no confirmará la obligación y sólo valdrá como pago parcial de una obligación natural; es decir, será irrepetible, pero no dará derecho al acreedor a reclamar el pago del saldo.

c) Obligaciones nacidas de actos celebrados sin las formalidades requeridas

Esta hipótesis está prevista en el inc. 3 del art. 515, que considera naturales a las obligaciones "que proceden de actos jurídicos, a los cuales faltan las

sus comentarios a Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 281-a, p. 276, y Busso, *Código Civil*, 13, comentarios a los arts. 515 y 516, n° 164.

⁴⁸ Lo que no quita que el deudor pueda haber solicitado y obtenido la declaración de prescripción mediante una acción judicial ejercida con anterioridad a la demanda del acreedor.

⁴⁹ Por ejemplo, que no han tenido lugar actos interruptivos de la prescripción.

⁵⁰ Borda, *Obligaciones*, 11, n° 381, p. 344.

solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, como es la obligación de pagar un legado dejado en un testamento, al cual faltan formas sustanciales". A partir de este texto, la doctrina no duda en afirmar que son naturales las obligaciones que nacen de actos queridos por la ley o por las partes como solemnnes, pero a los cuales les falta, precisamente, esa solemnidad.

Pero la cuestión no es tan simple. En primer lugar, corresponde distinguir —entre los actos solemnnes que crean estas obligaciones— dos categorías: aquellos de solemnidad *absoluta*, por ejemplo la donación de inmuebles o de rentas periódicas o vitalicias (art. 1810), y aquellos en los que la solemnidad es sólo *relativa*, por ejemplo la compraventa inmobiliaria⁵¹ o el contrato oneroso de renta vitalicia (art. 2071). En los actos de solemnidad absoluta la inobservancia de la forma requerida determina la nulidad *plena* del acto, en tanto que si la solemnidad es relativa, la inobservancia de la forma sólo priva al acto de sus efectos normales, nulidad *efectual*, pero otorga acción a las partes para demandar que el acto sea otorgado en la forma debida. A partir de esta distinción, los autores⁵² suelen afirmar que sólo son naturales las obligaciones nacidas de los actos de solemnidad absoluta, no así los de solemnidad relativa. Se sostiene por esta doctrina que es evidente que el inc. 3 del art. 515 "alude solamente a la ausencia de las solemnidades absolutas, que provoca la nulidad del acto conforme al art. 1044, puesto que la inobservancia de las solemnidades relativas no obsta a la validez del acto a los efectos de obtener su otorgamiento en forma"⁵³.

Esta interpretación es incorrecta. En efecto: 1°) es verdad que las obligaciones nacidas de actos solemnnes absolutos a los que les falta la forma requerida son naturales; por ejemplo, si a un contrato de donación inmobiliaria le falta la escritura pública, no habrá, en rigor, contrato de donación aunque las partes lo hayan llamado así, pero existirá la obligación de donar, como obligación natural (doctrina del art. 515, inc. 3); 2°) no es verdad, en cambio, que *todas* las obligaciones nacidas de actos solemnnes relativos a los que les falta la forma requerida sean, no obstante, obligaciones civiles. En todo caso, es necesario establecer una distinción, pues si bien es verdad que la obligación de otorgar el acto en la forma debida es, sí, una obligación civil, ello no debe conducir al equívoco de ignorar que también de contratos solemnnes relativos surgen las obligaciones propias del contrato que se quiso celebrar y que por ausencia de

⁵¹ Se menciona la compraventa inmobiliaria como un supuesto de solemnidad relativa, tal como lo sostiene la doctrina "formalista", con el único propósito de facilitar la exposición, pero dejo a salvo mi opinión, expresada con anterioridad (Wayar, *Compraventa y permuta*, § 387), considerando que el "boleto de compraventa" de inmuebles es una venta perfecta y definitiva y no sólo un preliminar de compraventa.

⁵² Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 286, p. 279; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 382, p. 345; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. II, art. 515, § 8, p. 679; Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, n° 913, p. 403.

⁵³ J. A. Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. II, art. 515, § 8, p. 679.

El boleto de compraventa inmobiliario es un preliminar válido y por otro lado, es una compraventa nula por defecto de forma. De aquí se siguen estas consecuencias: 1*) como preliminar válido, crea la obligación *civil* de otorgar la escritura; 2*) como compraventa nula, crea la obligación *natural* de entregar la cosa (para el vendedor) y de pagar el precio (para el comprador)⁵⁴. Y esto que ocurre con el boleto de compraventa inmobiliaria es generalizable a todos los contratos sujetos a una forma solemne relativa en la que se opera, en caso de inobservancia de la forma, la denominada conversión del negocio jurídico.

Si se examina, por ejemplo, lo que ocurre con el contrato oneroso de renta vitalicia⁵⁵, se llega a la misma conclusión: si por inobservancia de la forma escrituraria el contrato es nulo como tal (como oneroso de renta vitalicia), pero el constituyente de la renta entregó el capital, deberá admitirse que el deudor de la renta que recibió ese capital tiene, por lo menos, la obligación natural de pagar la renta al vitaliciante, además, por cierto, de la obligación civil de otorgar la escritura.

Por último, es importante dejar aclarado que en este caso la existencia de la obligación natural no está supeditada a una previa declaración judicial de que el acto del cual ha nacido la obligación es nulo por defecto de forma*.

d) Obligaciones no reconocidas en juicio

Continuando con su enumeración, el inc. 4 del art. 515 incluye, entre las obligaciones naturales, a "Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba, o cuando el pleito se ha perdido, por error o malicia del juez". En este caso luce con meridiana claridad la vigencia del derecho natural, pues cuando una persona es deudora de otra, existiendo una verdadera *razón de deber*, la circunstancia de que —llevada la cuestión a juicio— no le sea reconocido al acreedor su derecho, sea por falta de pruebas o por malicia del juez, no significa

⁵⁴ Es la doctrina que enseña López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte especial*, p.319.

⁵⁵ Salvat y Acuña Anzorena, *Fuentes de las obligaciones*, t. m, n° 2163, p. 339, y Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 913, p. 403, mencionan al contrato oneroso de renta vitalicia como un caso, junto a la donación de inmuebles, de actos *formales solemnes absolutos*; esta tesis pretende fundarse en la letra del art. 2071, que exige la escritura pública "bajo pena de nulidad". Pero la mayoría de la doctrina, posición a la que adherí con anterioridad (Wayar, *Contratos*, p. 134), no comparte esta interpretación, ya que el oneroso de renta vitalicia es un contrato solemne, pero de solemnidad relativa (cfr. por todos: R. L. Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, t III, p. 564).

⁵⁶ De acuerdo: Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 286-a, p. 280.

que el crédito no sea debido; por ello, si a pesar de contar a su favor con una sentencia que te permitiría dejar de pagar la obligación, el deudor voluntariamente paga la deuda, ese pago será válido e irrepetible por estar fundado en el derecho natural y en la equidad.

La hipótesis del inc. 4 del art. 515 merece, además de lo dicho, dos aco- taciones:

1) Una interpretación indebidamente restringida del inciso podría inducir al intérprete a creer que sólo se está ante obligaciones naturales en los dos casos allí mencionados, es decir, cuando el acreedor pierde el juicio por falta de pruebas o por malicia del juez. Sin embargo, éstas no son las únicas razones por las cuales una sentencia —injustamente— puede desconocer el derecho de un acreedor; así, por ejemplo, el acreedor puede perder el juicio por el error, por la negligencia o por la malicia de su apoderado o de su defensor, y en ese caso también la obligación desconocida judicialmente subsistirá como obligación natural. En definitiva, deben entenderse comprendidas en el inciso bajo análisis todas las hipótesis en las que, existiendo una razón de deber, el derecho del acreedor no sea reconocido enjuicio total o parcialmente⁵⁷.

2) Cuando el derecho del acreedor ha sido desconocido por error o malicia del juez, ¿debe probar esta circunstancia para retener lo que el deudor voluntariamente hubiese pagado? No, porque el carácter natural de la obligación y, en consecuencia, el derecho a retener lo pagado está justificado porque el pago voluntario efectuado por el deudor implica un doble y explícito reconocimiento: por un lado, que existía una *razón de deber* y en esa razón está el fundamento, de la obligación natural y no en el error o la malicia del juez; por otro, precisamente porque existe una razón de deber, el deudor está reconociendo que la sentencia no se ajusta a la verdad⁵⁸. Sin perjuicio, claro está, de las responsabilidades que pueden atribuirse al juez por su mal desempeño.

e) Las obligaciones nacidas de juegos tolerados pero desprovistos de acción

Por último, el inc. 5 del art. 515 enuncia como obligaciones naturales "Las que se derivan de una convención que reúne las condiciones generales requeridas en materia de contratos; pero a las cuales la ley, por razones de utilidad social, les ha denegado toda acción; tales son las deudas de juego". La primera aclaración que cabe formular es que no *todas* las deudas de juego están desprovistas de acción y, por ende, no todas revisten el carácter de naturales, pues para

⁵⁷ De acuerdo: Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, t 1, n°282-a, p. 277.

⁵⁸ De acuerdo, Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 283, p. 278; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 400; Borda, *Obligaciones*, I, n°383, p. 346.

el Cód. Civil también existen las deudas de juego dotadas de acción. Bien es verdad que, por regla general, está prohibido "demandar en juicio deudas de juego o de apuestas" (art. 2055, primera parte), pero sí se podrá exigir judicialmente el pago de tales deudas cuando provengan de juegos o apuestas que estén relacionados con el "ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, o de otros juegos o apuestas semejantes" y siempre que no contravengan reglamentos o edictos de policía (art. 2055, segunda parte)⁵⁹. Existen, pues, obligaciones nacidas de juegos dotados de acción y obligaciones generadas por juegos desprovistos de acción. Entre estas últimas, todavía, es necesario establecer una nueva distinción: *a*) juegos tolerados, por ejemplo, juegos de azar y de suerte, y *b*) juegos prohibidos, por ejemplo, naipes, ruletas clandestinas, etc. Unos y otros se asemejan porque en ambos casos, si uno de los jugadores paga voluntariamente la deuda, no podrá repetir lo pagado, pero se diferencian porque sólo los juegos tolerados generan obligaciones naturales, en tanto que las obligaciones nacidas de juegos prohibidos tienen una causa ilícita y, por ende, el fundamento de la irrepitibilidad se encuentra en el art. 795 del Cód. Civil. Es decir, mientras en los juegos tolerados no se puede repetir lo pagado porque se trata de obligaciones naturales (art 516), en los juegos prohibidos el que pagó la deuda no podrá repetirla, en razón de que no puede invocar en justicia su propia torpeza (art. 795).

§ 358. CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN. OTROS SUPUESTOS

Nadie duda entre nuestros civilistas que la enumeración contenida en el art 515 es una mera enunciación de casos que no agota la nómina de obligaciones naturales. Entre los supuestos no enumerados en el artículo citado se cuentan, entre otros: 1) la promesa aceptada de hacer un préstamo gratuito de consumo (mutuo) o de uso (comodato); se trata de obligaciones naturales, en tanto el Cód. Civil no considera civilmente obligatorias a tales promesas (ver arts. 2244 para el mutuo gratuito y 2256 para el comodato), pero aunque el derecho positivo no proporciona acción, la obligación de cumplir esa promesa existe como natural «0; 2) el pago de intereses no estipulados, cuando la ley no suple la voluntad de las partes y siempre que se trata de un negocio gratuito, cuando no son excesivos, constituye el cumplimiento de una obligación natural; 3) también el pago de retribuciones por servicios prestados por personas que carecen de acción para reclamar el pago de tales servicios, por ejemplo, el cuidado de una persona enferma por un vecino cuya actividad habitual no es ésa⁶¹; 4) el pago de una indemnización de daños y perjuicios originados en la ruptura de una promesa matrimonial.

⁵⁹ Sobre esto, ver Ibáñez, en Wayar, *Contratos*, §§ 57 y ss., ps. 103 y ss.

⁶⁰ De acuerdo: Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 289, p. 282; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 1.1, p. 424.

⁶¹ De acuerdo, Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 390, p. 349.

El casuismo en esta materia es abundante⁶².

Buscando una fórmula que, por generalización, comprenda a las diversas hipótesis, se puede diseñar la siguiente: en todos aquellos casos en que el acreedor, en todo o en parte, por estipulación o por disposición legal, no tiene acción para exigir judicialmente el cumplimiento, pero *su crédito se funda en una razón de deber conforme a la justicia y a la equidad*, se estará ante una obligación natural y se darán los efectos propios de estas obligaciones⁶³.

§ 359. EFECTOS

De la interpretación de los arts. 516, 517, 518 y normas concordantes, por ejemplo, arts. 757 y 791 del Cód. Civil, sumando a esas disposiciones los aportes de la doctrina, se pueden mencionar, como efectos de las obligaciones naturales, los siguientes: a) el pago espontáneo, total o parcial, no puede ser repetido si el deudor que lo realiza tiene capacidad legal para hacerlo, aunque por error haya creído que su deuda era de carácter civil (art. 516); b) las partes pueden convertir al crédito en exigible, de acuerdo con las reglas de la novación, si la ley no lo prohíbe (art. 517, primera parte); c) si el pago es parcial, el acreedor carece de derecho para reclamar lo restante (art. 517, segunda parte); d) las garantías reales o personales son ejecutables, salvo los casos en que la ley dispone lo contrario (art. 518); y e) el deudor tiene derecho a pagar (art. 757).

a) Irrepetibilidad del pago voluntario

Según la letra del art. 516, "El efecto de las obligaciones naturales es que no puede reclamarse lo pagado", cuando el pago de ellas se ha hecho volun-

⁶² Ver, por ejemplo, la enumeración de Busso, *Código Civil*, t III, comentario a los arts. 515 y 516.

⁶³ Ése es el sistema que, con todo acierto, está propuesto en el Proyecto de Código Civil de 1998, según se desprende de sus arts. 685 y 686. El art. 685, dice: "Alcances. El acreedor de un crédito que, en el todo o en parte, por estipulación o por disposición legal, no es susceptible de ser exigido, o no genera responsabilidad por su incumplimiento, carece de los derechos que otorga el art. 678 al titular de la obligación dotada de acción civil". Y el art. 686, a su turno, está proyectado en estos términos: "Efectos. Si el crédito comprendido en el artículo anterior se funda en una razón de deber conforme a la justicia y a la equidad: a) El deudor tiene derecho a pagar, b) El pago espontáneo, total o parcial, no puede ser repetido si el deudor que lo realiza tiene capacidad legal para hacerlo, aunque por error haya creído que su deuda era de carácter civil; c) Si el pago es parcial, el acreedor carece de derecho para reclamar lo restante; d) Las garantías reales o personales son ejecutables, salvo los casos en que la ley dispone lo contrario; e) Las partes pueden convertir al crédito en exigible, de acuerdo con las reglas de la novación, si la ley no lo prohíbe".

⁶⁴ En la nota con que ilustra el art. 516, el codificador señala que la expresión "lo pagado" en razón de una obligación natural incluida en el texto del artículo, debe entenderse en sentido amplio, no sólo como cumplimiento específico de la obligación (art. 725), sino que involucra

tartamente por el que tenía capacidad legal para hacerlo". Es coincidente la opinión de los autores en el sentido de que si bien en la obligación natural el acreedor carece de acción para exigir el cumplimiento, el pago total o parcial, en las condiciones que resultan del texto transcripto, no sólo se toma irrepetible sino que produce los efectos de todo pago válido, a saber satisface al acreedor, libera al deudor y extingue el vínculo.

Lo que se ha discutido, en cambio, es cómo debe interpretarse la expresión pago hecho "voluntariamente" al que alude el artículo y del cual depende que se produzcan los señalados efectos. Para una primera opinión, el texto se refiere al pago hecho con cabal conocimiento de que se está pagando una obligación natural⁶⁵; es decir, según esta tesis, el pago se tornará irrepetible cuando el deudor sabe que está pagando una obligación natural, esto es, sabe que está pagando sin estar obligado a hacerlo. Pero si esta tesis fuera correcta entonces resultaría que si el deudor paga por error, creyéndose obligado cuando en realidad no lo está, ese pago sería repetible porque —por hipótesis e interpretando la cuestión *a contrario*— el deudor no tiene en ese supuesto y, precisamente en razón del error, cabal conocimiento de que no está obligado a pagar; en todo caso tiene un conocimiento errado. Pero esta tesis enfrenta un insuperable escollo en el art. 791 del Cód. Civil, porque este texto dispone que *no habrá error esencial, ni se podrá repetir lo pagado*, cuando se trate del pago de una obligación natural; en consecuencia, es irrelevante que el deudor conozca o ignore si está o no obligado a pagar, ya que en cualquier caso no podrá repetir lo pagado, por disponerlo así el art. 791. El carácter "voluntario" del pago no está relacionado, en suma, con el hecho de que el deudor conozca o ignore si está realmente obligado a pagar.

Descartada la tesis anterior, cobra fuerza una segunda explicación, a la que adhiero, según la cual cuando el art. 516 exige que el pago sea hecho "voluntariamente" se está refiriendo a que sea hecho *espontáneamente*, sin coacción alguna⁶⁶. Eso es lo que importa: que el pago sea espontáneo y no coactivo, sin que tenga incidencia sobre su validez el hecho de que el deudor sepa, o no, que ha pagado una obligación natural. Vale destacar que la consecuencia de que el pago sea irrepetible se debe a que existe una razón de deber y no al conocimiento que puede tener el deudor sobre la inexigibilidad de la deuda, pues bien se ha dicho que es poco noble el espectáculo de aquel que paga una obligación natural porque se cree ligado por ella y que luego pretende desdecirse y renegar

"tanto la dación o entrega de cualesquiera cosas como la ejecución de un hecho, la fianza de una obligación, la suscripción de un documento, el abandono de un derecho, el perdón de una deuda".

⁶⁵ Es la tesis que prevalece entre los autores franceses clásicos, y que es seguida entre nosotros por una importante doctrina: Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 296, p. 288.

⁶⁶ Ésta es la tesis mayoritaria, por todos: Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 395, p. 351.

de su momento de lucidez moral⁶⁷. Está claro, por otra parte, que si el pago no es espontáneo, sino forzado, habrá lugar a la repetición, Como Cuando un contribuyente, en virtud de la regla *solve et repete*, paga bajo protesta una deuda impositiva que le es exigida por el Estado a pesar de encontrarse prescripta

Por último, el art. 516 exige que el pago sea hecho por persona capaz para que no pueda tener lugar la repetición. Se aplican al respecto los principios generales «8.

b) La conversión del crédito. Pago parcial

¿Se puede convertir una obligación natural en una civil? Por imperio de la autonomía de la voluntad (art. 1197), las partes son libres para convenir una novación que extinga la obligación natural y haga nacer en su lugar una civil; pero está claro que la voluntad de las partes en tal sentido debe manifestarse claramente, es decir, debe ser expresa (doctrina del art. 812). Si falta esa declaración expresa no habrá conversión y la obligación continuará siendo natural. Precisamente por esa razón, la ley ha dispuesto en la primera parte del art. 517 que "la ejecución parcial de una obligación natural no le da el carácter de obligación civil...". Se interpreta que si bien el pago parcial importa un reconocimiento de la deuda, ésta continúa siendo natural porque tal reconocimiento no es suficiente para transformar el saldo en una deuda exigible"; tal como lo ha dicho el codificador en la nota al art 517: el pago parcial de una obligación natural es una confirmación "que nada nuevo le agrega" es decir, la confirma como natural, pero no la transforma en civil.

c) Inexigibilidad del saldo en caso de pago parcial

El art. 517, luego de disponer que el pago parcial de una obligación natural no le da el carácter de obligación civil, agrega en su segunda parte que "tampoco el acreedor puede reclamar el pago de lo restante de la obligación". La disposición guarda así congruencia, pues si el pago parcial no la transforma en civil, es lógico que el saldo impago continúe siendo natural y, por ende, es también lógico que el acreedor no tenga acción para exigir el cumplimiento de ese saldo alegando el pago parcial anterior.

d) Las garantías reales o personales constituidas por terceros son ejecutables

Una importante cuestión está prevista en el 518 del Cód. Civil referida a las garantías constituidas por terceros; según el texto citado: "Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales, constituidas por terceros para seguridad

⁶⁷ Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 85, p. 78.

⁶⁸ *Supra*, § 102.

⁶⁹ Cfr. A. Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. O, art. 517, § 1, p. 683.

de las obligaciones naturales, son válidas, pudiendo pedirse el cumplimiento de estas obligaciones accesorias". Puesto que la ley se refiere a las garantías constituidas "por terceros", cabe interrogar qué ocurre con las garantías otorgadas por el propio deudor; según una opinión, si es el propio deudor quien otorga garantías, debe interpretarse que se ha producido una novación, convirtiéndose la obligación en civil⁷⁰. Sin embargo, aunque el deudor otorgue garantías, la obligación natural no se extingue ni es reemplazada por una nueva —como ocurriría si se produjera una novación—, como lo demuestra el hecho de que el acreedor sólo podrá ejecutar la garantía y hasta el importe que logre cobrar con ella⁷¹; si después de ejecutada la garantía queda un saldo impago, ese saldo continuará siendo natural.

e) El deudor tiene derecho a pagar

Por último, cabe mencionar que en las obligaciones naturales el deudor tiene el derecho de pagar (*ius solvendi*), porque si bien el acreedor no puede exigir el cumplimiento, ello no significa que el deudor quede privado del derecho de pagar y extinguir el vínculo. Ya se dijo que si el deudor encuentra obstáculos injustificados por parte del acreedor para efectuar el pago, podrá recurrir al mecanismo del pago por consignación, detectándose en esta posibilidad el carácter "jurídico" del vínculo establecido entre acreedor y deudor.

C) OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS

§ 360. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN. MÉTODO

La mayoría de los códigos civiles omite clasificar las obligaciones en principales y accesorias. Esta omisión podría hacer pensar que la clasificación es innecesaria, como lo afirmaron algunos de nuestros autores⁷². Sin embargo, cuando se presenta una hipótesis de pluralidad de obligaciones vinculadas entre sí por algunos de sus elementos (sujetos, objeto, causa-fuente o vínculo) se torna necesaria cierta disciplina que debe comenzar por determinar si esa vinculación merece el reconocimiento del derecho; es decir, si existe una razón que justifique la conveniencia de atribuir efectos jurídicos a dicha conexión⁷³. La hipótesis de pluralidad de obligaciones se acentuó en estos tiempos con la

⁷⁰ Cfr. Busso, *Código Civil*, t III, comentario al aa 518, n° 15.

⁷¹ Moisset de Espanés, *Obligaciones naturales y debares morales*, p. 265.

⁷² Colmo, *Obligaciones en general*, n° 295, p. 209; Salvat, *Obligaciones*, 11, n° 52, p. 69.

⁷³ Así lo afirma A. López Frías a propósito de los contratos conexos, afirmación que, *mutatis mutandi*, es válida para nuestro asunto: López Frías, *Los contratos conexos*, p. 329..

aparición en escena de la denominada conexidad contractual⁷⁴. En concreto, si se presenta un caso de pluralidad de obligaciones, conectadas entre sí por una causa jurídicamente relevante, se hará necesario reglar la existencia, validez, eficacia y extinción de cada una de las obligaciones vinculadas y se detecta que entre ellas existe algún grado de interdependencia, entonces se deberá admitir la conveniencia de discriminar cuál de tales obligaciones deberá ser reputada principal, a cuya suerte estará atada la segunda, a la que le cabrá el nombre de secundaria.

Por ello, la inclusión en nuestro Código Civil de los arts. 523 a 526, que se refieren a las obligaciones principales y accesorias, es útil porque nos brinda un régimen jurídico, aunque quizás necesitado de actualización⁷⁵, que sienta los principios generales de la interdependencia y contiene reglas que gradúan la relación y los efectos de lo principal y lo accesorio, principios y reglas de consecuencias fecundas para todas las hipótesis de conexidad obligacional interdependiente⁷⁶.

Lo dicho no implica desconocer, con respecto al método, que es verdad que una adecuada técnica legislativa aconseja incluir estas reglas entre las que corresponden a los actos jurídicos en general, porque allí deben ubicarse los principios generales sobre interdependencia, ya que los arts. 523 a 526 no son sino una aplicación concreta —para las obligaciones— de aquellos principios⁷⁷.

§ 361. EL CRITERIO PARA ESTABLECER LA CLASIFICACIÓN

Según el diccionario, la palabra *conexión* por su primera acepción significa "enlace, concatenación, relación entre ideas, personas o cosas"⁷⁸; si a la palabra *conexión* se le agrega el adjetivo *obligacional*, se obtendrá como resultado que con la expresión compuesta "*conexión obligacional*" se pueden designar, con estricto ajuste a la literalidad, todas aquellas hipótesis en que dos obligaciones distintas, o más de dos, aparecen vinculadas entre sí. Pero no toda vinculación importa interdependencia y, todavía más, no toda interdependencia interesa a los fines de la clasificación en principales y accesorias. Así, a) en primer lugar, existen casos en que dos o más obligaciones aparecen vinculadas entre sí, pero no existe entre ellas interdependencia, como ocurre, por ejemplo,

⁷⁴ La idea de "grupo de contratos" o conexidad fue usada para ampliar las fronteras de la responsabilidad civil; cfr. Larroumet, *Teoría general del contrato*, t. II, n° 753, p. 207.

⁷⁵

Para incorporar, p. ej., una regla relativa a los contratos conexos.

⁷⁶ De acuerdo, Galli, en sus anotaciones a la obra de Salvat, *Obligaciones*, 1.1, n° 52-b, p. 71; Pizzarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 11, p. 204.

⁷⁷ De acuerdo: Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, t. II, n° 875; Bibiloni, *Anteproyecto*, t. II, p. 69.

⁷⁸

Enciclopedia Salvat, 1999, voz "conexión".

con las obligaciones de pagar los resúmenes de cuentas que corresponde a cada uno de los usuarios de una tarjeta-de crédito, que están vinculadas entre ellas por la común pertenencia a un mismo sistema, pero sin interdependencia⁷⁹, en el sentido de que la existencia, validez, eficacia o extinción de la obligación de un usuario determinado no depende de otra obligación de la misma naturaleza que pesa sobre cualquier otro de los usuarios del mismo sistema"; b) en otros casos, sí existe interdependencia entre dos o más obligaciones, pero no se puede decir que una de ellas sea principal y la otra accesoria, como ocurre con las obligaciones nacidas de una compraventa: la del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio. Estas obligaciones son interdependientes, pues se corresponden mutuamente, al punto que si uno de ellos no cumple, el otro está autorizado también a no cumplir (p.ej., si el vendedor no entrega la cosa, el comprador puede negarse a pagar el precio, art. 1426). Pero esta interdependencia no es la que aquí interesa, porque entre ambas obligaciones no se puede establecer una relación de jerarquía; c) en conclusión, en caso de pluralidad de obligaciones que pertenezcan al mismo sistema o conjunto de obligaciones debe estimarse, en principio, que cada una de ellas es, respecto de las otras, principal, en el sentido de que una no depende de otra en grado de subordinación. Es así, porque la accesoriedad a la que se refiere el art. 523 tiene carácter excepcional y, en consecuencia, su existencia no se presume, debe estar expresada en la fuente y es de interpretación estricta.

La interdependencia que sí interesa es aquella en la que una obligación aparece como principal, respecto de la otra, que se presenta como accesoria, como ocurre con la obligación de pagar una cláusula penal o con la obligación del simple fiador, en las que se reconoce expresamente la existencia de una obligación principal.

- El criterio para saber cuándo se está ante un caso de obligaciones interdependientes, de las cuales una es principal y la otra accesoria, ha de buscarse en el interés del acreedor aquella obligación cuyo cumplimiento satisface directamente ese interés es principal, y aquella cuyo cumplimiento sólo indirectamente —incluso puede no ser necesario— sirve al interés del acreedor es secundaria.

§ 362. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y OBLIGACIÓN ACCESORIA

Nuestro art. 523 dice que de dos obligaciones una es principal y la otra accesoria "cuando la una es la razón de la existencia de la otra". De acuerdo con

⁷⁹ Sobre el sistema de la tarjeta de crédito según el régimen de la ley 25.065, Wayar, *El sistema de la tarjeta de crédito y la defensa del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

⁸⁰ En gruesa síntesis, el sistema de la tarjeta de crédito funciona así: los usuarios deben cumplir con la obligación esencial de pagar los resúmenes que mes a mes remita la entidad emisora; ésta debe cumplir con su obligación de aceptar que los usuarios utilicen la tarjeta. Estas obligaciones están integradas al sistema, pero no son dependientes jurídicamente unas de otras.

el crit^s a £ £ s j n ^ ^ la ley que la principal es la razón de la existencia de la accesoria, cuando esta ultima se impone al deudor para garantizar el cumplimiento de la principal o para de cualquier otra manera contribuir a la satisfacción del derecho del acreedor.

Una importante doctrina *⁂, recordando que correspondió a Toullier⁸² dividir las obligaciones en principales o primitivas y accesorias o secundarias, destaca la existencia de dos categorías de obligaciones accesorias: a) aquellas que en determinados casos la ley impone al deudor como consecuencia de una obligación principal (accesoriedad legal): por ejemplo, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una obligación contractual; b) aquellas que nacen de un acuerdo de voluntades y que son convenidas teniendo en cuenta un posible incumplimiento de la principal (accesoriedad convencional); por ejemplo, la obligación de pagar la pena pactada en una cláusula penal. Luego, estos mismos autores, analizando las fuentes de los arts. 523 a 526, sostienen que nuestro codificador sólo habría aceptado la accesoriedad convencional, lo que equivale a negar que existan obligaciones accesorias nacidas de una fuente legal o judicial.

No comparto esta tesis, por dos razones:

a) En primer lugar, estoy de acuerdo en que la obligación legal de indemnizar derivada de un incumplimiento total o definitivo no es accesoria, pero no porque nuestro Código no acepte la accesoriedad legal, sino porque considero que esa obligación es autónoma, nueva y distinta —y por ende principal— respecto de la obligación anterior incumplida*.

b) En segundo lugar, dejando de lado la obligación de indemnizar, no es correcto negar carácter accesorio a ciertas obligaciones nacidas de una decisión judicial o de una disposición legal. Así, por ejemplo, si se afirma que la obligación del fiador que ha celebrado un contrato de fianza es accesoria, ¿por qué se niega que la obligación de quien ha prestado una fianza judicial no lo sea? No hay razones que justifiquen esa exclusión, como lo prueba el hecho de que la fianza legal o judicial (art. 1987) está sujeta al mismo régimen que la fianza convencional.

⁸¹ Galli, en sus anotaciones a la obra de Salvat, *Obligaciones*, 1.1, n° 52-b, p. 70; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1097, p. 695.

⁸² Toullier, *Le droit civil francais*, t VI, 6° ed., n° 464, p. 500.

⁸³ En lo que atañe al carácter principal o accesorio de la obligación de indemnizar originada en un incumplimiento imputable, es necesario distinguir. 1°) si se trata de un incumplimiento definitivo, es decir, si ya no es posible el cumplimiento tardío, la obligación de indemnizar se presenta como autónoma o principal respecto de la anterior incumplida; ello, por cuanto la segunda tiene una causa y un objeto distintos de los de la primera; 2°) si se trata de un incumplimiento relativo, tardío, parcial, etc., es decir, si subsiste la posibilidad de ejecución *in natura*, aunque defectuosa, la obligación de indemnizar, tiene carácter accesorio, por las razones dadas en *Tratado de la mora*, § 93, C, 2, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

§ 363. PRINCIPIO GENERAL. EXCEPCIONES

Es ampliamente conocido el principio que gobierna esta materia: lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Si bien no existe un texto que contenga el principio en esos expresos términos, es posible extraerlo de la letra y el espíritu del art. 525: "Extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria"⁸⁴. Naturalmente, el principio de la accesoriedad no queda limitado a la extinción de la obligación, sino que extiende su vigencia a la constitución, validez y eficacia; todas estas fases de la obligación accesoria correrán la misma suerte que la principal, porque, en definitiva, la accesoria está sujeta al mismo régimen jurídico que la principal.

El principio, por ser tal, no es absoluto.

a) Obligaciones naturales y obligaciones nulas

En algunas hipótesis de excepción, tomando en cuenta la naturaleza de la obligación principal, la ley determina que la accesoria tenga mayor eficacia, apartándose así del principio de la accesoriedad. Es lo que ocurre, por ejemplo, en los siguientes casos: 1º) cuando la obligación principal es natural, las garantías reales o personales constituidas por terceros son exigibles, no obstante su carácter accesorio, tema éste ya abordado⁸⁵; 2º) cuando a una obligación natural accede una cláusula penal ésta es exigible, aunque la principal no lo sea (arts. 518 y 666); 3º) cuando la obligación principal es nula en razón de una incapacidad relativa del deudor, la fianza constituida para garantizar su cumplimiento es exigible, ya que el fiador es considerado como único deudor (art. 1994); 4º) en el mismo caso (incapacidad del deudor), la hipoteca constituida por un tercero es exigible, aunque no lo sea la del incapaz (art. 3122).

b) Casos en que la accesoria decide la suerte de la principal

En importante número de casos el principio de la accesoriedad aparece invertido, es decir, la accesoria —sin dejar de serlo— decide la suerte de la principal; se trata de hipótesis de excepción fundadas en razones especiales. Así, a) cuando se trata de cláusulas accesorias imposibles o que impusieren condiciones prohibidas, su nulidad provoca la nulidad de la principal (art. 526), como se verá enseguida; b) en particular, cuando una obligación está sujeta a un cargo

⁸⁴ El principio aparece repetido, por elipsis, en otros artículos del mismo Código; p. ej., art. 665: "Si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal"; art 649: "No tendrá influencia alguna sobre la prestación principal, ni la pérdida o deterioro de la cosa, ni la imposibilidad del hecho o de la omisión que constituye el objeto de la prestación accesoria".

⁸⁵ *Supra*, aquíL. § 350, d.

o modo y éste consiste en un hecho "imposible, ilícito o inmoral, no valdrá el acto en que el cargo fuese impuesto" (art. 564); si bien el cargo constituye una obligación accesoria, su ilicitud o inmoralidad provoca la nulidad del acto, en este caso, de la obligación principal, porque ésta también queda alcanzada por la inmoralidad del cargo; c) cuando la obligación está garantizada por una fianza y, luego, el acreedor y el fiador deciden novar la fianza, es decir, deciden extinguir la fianza reemplazándola por otra garantía, esa novación, al tiempo de extinguir la obligación accesoria del fiador, extingue también la obligación principal que la fianza extinguida garantizaba (art. 811).

c) Casos en que la accesoria tiene un régimen jurídico propio diferente al que rige la principal

Constituyen también una excepción al principio de la accesoriedad aquellos casos en que la obligación accesoria tiene un régimen jurídico diferente al de la principal; así, por ejemplo: a) cuando la obligación accesoria fuese de sujeto múltiple, será divisible o indivisible según lo sea el objeto de ella, con prescindencia del carácter divisible o no del objeto de la principal; por ejemplo, si una cláusula penal es debida por varios sujetos y consiste en una suma de dinero, será divisible aunque sea accesoria de la obligación de entregar un objeto indivisible, verbigracia, un caballo (arts. 661 y 662); b) el plazo de prescripción de la obligación accesoria de pagar intereses compensatorios es de cinco años, en tanto que el plazo de prescripción de la obligación principal de pagar el capital es de diez años (arts. 4027, inc. 3 y 4023).

§ 364. LAS OBLIGACIONES ACCESORIAS Y LOS DEBERES SECUNDARIOS
DE ACREEDOR Y DEUDOR

Desde el comienzo⁶⁶ ha quedado establecido que la obligación es una relación jurídica compleja, cuya espina dorsal está dada por el crédito y la deuda, pero que además se integra con deberes secundarios que se imponen tanto al acreedor como al deudor; estos deberes, ¿son obligaciones accesorias en el sentido al que se refiere el art. 523?, por ejemplo, el deber de cooperar del acreedor para posibilitar el cumplimiento o el deber del deudor de permanecer en su domicilio el día del pago cuando éste es el lugar fijado para pagar, ¿son obligaciones?, y en caso afirmativo, ¿son accesorias en los términos del art. 523?

Es necesario distinguir: a) los deberes secundarios del deudor que integran la relación crédito-deuda no son obligaciones en estricto sentido, son deberes que integran el cumplimiento y, por ende, su inobservancia importa incumplimiento de la obligación misma, no de una obligación secundaria &

⁶⁶ *Supra*, § 14 y § 15.

accesoria, sino de la misma obligación de la que forman parte los deberes secundarios del acreedor tampoco son obligaciones en sentido estricto; si bien su inobservancia le traerá consecuencias, como hacerlo incurrir en mora *creditoris* si no coopera para facilitar el cumplimiento, no se puede decir que ha incumplido una obligación; c) por último, existen otros casos que algunos autores denominan "deberes secundarios" pero que, en realidad, no son tales, sino verdaderas obligaciones y, por ende, deberá examinarse cada caso en particular para saber si se les aplicará, o no, el principio de la accesoriidad del art. 523; por ejemplo, en la compraventa la obligación principal del vendedor es la de entregar la cosa, pero a su vez se le impone una serie de obligaciones complementarias, de las cuales mencionaré dos: la de conservar la cosa hasta el momento de la entrega y la de entregar el título de propiedad de la cosa vendida⁸⁷; ¿son éstas obligaciones accesorias? Si según el principio de accesoriidad, como se vio, el cumplimiento de la principal extingue la accesoria, aquí se tiene que la obligación de entrega no se puede cumplir si antes no se ha cumplido con la de conservar la cosa, de donde se sigue que ésta no puede ser considerada accesoria—art. 523—de la primera; lo propio ocurre con la obligación de entregar el título, ya que si no se entrega el título no hay, en realidad, entrega de la propiedad de la cosa.

§ 365. ESPECIES

a) Clases de obligaciones accesorias según el art. 524

Según el art. 524, las obligaciones son accesorias:

I) Con relación a su objeto, que serían aquellas obligaciones "contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal; como son las cláusulas penales" (art. 524, primera hipótesis); por ejemplo, si una persona se obliga a pintar una casa y para garantizar su cumplimiento pacta una cláusula penal, se dice que ésta es una obligación accesoria que se contrae en consideración al objeto de la principal.

II) Con relación a las personas obligadas, que serían aquellas que esas personas "contrajeran como garantes o fiadores" (art. 524, segunda hipótesis);

⁸⁷ Está claro que si el deudor no está en su domicilio el día del pago, ni ha dejado una persona autorizada a pagar, no es que está incumpliendo un deber secundario, sino la obligación misma. De acuerdo con lo que se sostiene en el texto: Pizzarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, p.207.

⁸⁸ Algunos autores mencionan estas obligaciones como supuestos de accesoriidad legal (p.ej., Busso, *Código Civil*, t. III, comentario al art. 524, n° 40, p. 435). Sin embargo, como se sostiene en el texto, no siempre estas obligaciones quedan comprendidas en la regla de la accesoriidad, pues en algunos casos *integran* el débito principal y en otros son obligaciones independientes.

aquí no se toma? encuentra el objeto de la {jrin'cfpal, sino solamente el carácter personal de la garantía que se ofrece⁸⁹.

Con toda razón se ha objetado esta clasificación que nada aporta⁹⁰, ya que en ambos casos, en definitiva, se trata de obligaciones accesorias de garantía. En todo caso, mayor utilidad práctica tendría distinguir estas garantías accesorias según que concurren a otorgarla el mismo obligado principal o terceros, ya que, en el primer caso, aunque el deudor está doblemente obligado, el acreedor cuenta con un solo patrimonio, en tanto que en el segundo, el acreedor cuenta con dos personas distintas para obtener la satisfacción de su crédito, es decir, cuenta con dos patrimonios.

b) Derechos accesorios

El art. 524, segunda parte, menciona una tercera clase de accesoriedad, no referida a las obligaciones, sino a los derechos, incluyendo en esa enunciación únicamente los derechos reales de prenda e hipoteca. La cuestión merece dos observaciones de importancia: 1") la primera dirigida a poner en claro que los derechos de garantía aquí involucrados son derechos reales autónomos en cuanto tales, que cuentan con un régimen jurídico propio y particularizado y sólo en relación con la obligación cuyo cumplimiento garantizan están alcanzados por la accesoriedad⁹¹; es más, la realidad del tráfico jurídico demuestra que tales derechos son, en todos los casos, más importantes que la misma obligación garantizada; 2") la segunda, que si bien el art. 524 sólo menciona a la prenda y a la hipoteca, nadie duda de que también reviste el carácter de accesorio el otro derecho real de garantía: la anticresis⁹².

c) Otros casos de accesoriedad. Las cláusulas accesorias

En materia de contratos, allí donde todavía impera el principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden añadir en sus negociaciones diversas cláusulas accesorias tendientes a una tutela más eficaz de sus intereses; son accesorias, porque no son necesarias para que el contrato exista y tenga plena validez. A estas cláusulas se refiere el art. 526, al disponer que si fueren imposibles o prohibidas, aunque se pretenda disimular tales defectos, el juez deberá decretar la nulidad de la cláusula, nulidad que se extenderá a todo el contrato.

⁸⁹ Salvat y Galli parecen aceptar esta clasificación, en *Obligaciones*, 11, nos 54 y 55, p. 72.

⁹⁰ Lafaille, *Curso de obligaciones*, t. II, n° 39, p. 24.

⁹¹ Galli, en sus anotaciones a la obra de Salvat, *Obligaciones*, 1.1, n° 55, p. 73.

⁹² Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 1363; Cazeaux y Trigo Represas, *De-recho de las obligaciones*, t. II, n° 1100, p. 699.

§ 366. EFECTOS

Por aplicación del principio general, según el cual lo accesorio sigue lasuerte de lo principal, ya se dijo que "extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesorio" (art. 525). Cabe añadir ahora que a la inversa, salvo los supuestos de excepción ya señalados, "la extinción de la obligación accesorio no envuelve la de la obligación principal" (art. 525, segunda parte).

Son aplicaciones prácticas de este principio: a) la obligación de pagar intereses se entenderá extinguida si el acreedor extiende recibo por el capital sin formular reserva de cobrar intereses (art. 624); b) la novación de la obligación principal extingue las obligaciones accesorias, salvo reserva expresa en contrario (art. 803); c) la compensación de la obligación principal y su consiguiente extinción extingue también la obligación accesorio (art. 829); d) la transacción de la principal extingue la accesorio (art. 852); e) la confusión y la remisión de la deuda con efecto extintivo sobre la principal extinguen también la accesorio (arts. 865 y 880).

Ya se dijo que el principio de accesoriedad no atañe únicamente a la existencia de la accesorio, sino que también incide sobre su validez y eficacia. Al respecto, rige la siguiente regla general: la nulidad de la obligación principal provoca la nulidad de la accesorio. Este principio se extrae de los arts. 650 y 663, que sientan esa regla, respectivamente, para la obligación facultativa y para la cláusula penal *» El principio queda confirmado por las excepciones que ya han sido señaladas, cómo las referidas a las cláusulas accesorias mencionadas en el art. 526.

Por último, se señala como otro efecto de la accesoriedad la competencia de los tribunales por conexidad; es decir, el juez competente para entender en toda cuestión litigiosa a que de lugar la obligación principal, será también competente para intervenir en cuestiones litigiosas relacionadas con la accesorio; esa competencia se le atribuye por conexidad.

CAPÍTULO x m

CLASES DE OBLIGACIONES. OBLIGACIONES CON MODALIDADES. CONDICIONES

A) INTRODUCCIÓN

§367. MÉTODO

Dos cuestiones previas sobre el método:

a) La primera particularidad que presenta nuestro Código Civil en esta materia es que legisla sobre la condición, el plazo y el cargo como modalidades de las obligaciones, cuando en realidad se trata de modalidades que pueden afectar a toda clase de actos jurídicos, salvo aquellos en los que se encuentre interesado el orden público¹. La doctrina nacional ha considerado desde siempre que es éste un error de método² que deberá corregirse en una futura reforma. El método correcto sería el siguiente: se deben incorporar las reglas generales sobre modalidades como un capítulo de los actos jurídicos y, luego, en cada lugar en que sea necesario—como ocurre con las obligaciones o los testamentos—agregar las reglas específicas propias de cada materia. Pero mientras se mantenga vigente el Código de Vélez Sarsfield, como consecuencia del método que ha empleado, la cuestión aparece invertida: a partir de las reglas específicas sobre modalidades de las obligaciones, se debe, por generalización, construir una teoría general aplicable a las restantes materias; de aquí se colige la importancia del asunto.

En el art 527 del Código se lee que una obligación es pura cuando su cumplimiento no depende "*de condición alguna*". He aquí un segundo error

¹ Existirían actos jurídicos en los que no se admite la intervención son los actos jurídicos en los que está interesado el orden público (p.ej., el matrimonio). Cfr. Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código Civil*, t. n, art. 527, § 3, p. 743; J. Peirano Fació, *Obligaciones*, t. W, p. 175.

² Cfr. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 189, p. 149; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 611, p. 521. Se juzga que el error de Vélez es inexcusable porque se apartó sin razón atendible de su fuente, el *Eshoco* de Freitas, que ubicó las modalidades en el lugar correcto: los actos jurídicos en general.

que desacomoda el método del Código, porque la condición no es sino *una* de las modalidades por *é*W, para salvar la incorrección, se debe interpretar que una obligación es pura cuando su cumplimiento no depende de modalidad alguna, es decir, cuando no está sujeta ni a una condición, ni a un plazo, ni a un cargo³.

§ 368. MODALIDADES. CONCEPTO

Se puede afirmar que se designa con el nombre de "modalidades" a ciertos elementos accidentales de los actos jurídicos que, sin alterar la estructura típica del acto, modifican esencialmente sus efectos normales, sea subordinándolos a un acontecimiento futuro, como ocurre con la condición o el plazo, sea supeditando la obtención de un beneficio al cumplimiento de una contraprestación menor por parte del beneficiario, como ocurre con el cargo.

A lo dicho cabe añadir: a) se menciona que son modalidades sólo "ciertos" elementos accidentales porque existen otros que, siendo también accidentales respecto de los actos jurídicos, no son modalidades, como sucede con las arras o con la cláusula penal⁴; b) se dice que son "accidentales" porque el acto jurídico en el cual están insertas no las necesita para existir como tal; c) también se dice en la descripción que no alteran la estructura típica del acto en el cual están incluidas, porque sólo modifican sus efectos, por ejemplo, una compraventa seguirá siendo tal aunque las obligaciones nacidas de ella estén supeditadas a una condición, a un plazo o a un cargo⁵; con o sin modalidades, siempre habrá una compraventa; d) por último, es importante destacar que si bien las modalidades son elementos accesorios, modifican la esencia de los efectos normales del negocio concreto del que forman parte⁶.

Considerando que las modalidades son elementos accesorios de las obligaciones, la doctrina clasifica estas últimas en dos categorías: obligaciones puras y obligaciones modales.

³ Como lo han señalado en forma unánime nuestros autores: Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. I, n° 613, p. 522; Busso, *Código Civil*, t. III, comentario al art 527, n° 22; Cazeaux - Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. I, p. 150; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. II, art. 527, § 1, p. 743; S. Cifuentes, *Negocio jurídico*, § 120, p. 241, cita n° 362; Compagnucci de Caso, *El negocio jurídico*, § 141, p. 438.

⁴ Comp. Compagnucci de Caso, *El negocio jurídico*, § 140, p. 437, nota n° 1.

⁵ En contra, sostiene que las modalidades sí modifican la estructura del acto o negocio jurídico al que acceden: Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. II, art. 527, § 5, p. 744. Esta afirmación parece inspirarse en Betti (*Teoría general del negocio jurídico*, § 62, p. 384), no obstante que la opinión del profesor romano es clara en cuanto dice que las modalidades son *extrañas* a la estructura típica del acto considerado en abstracto.

⁶ Tal la afirmación de E. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, § 62, p. 384, seguido por nuestros comentaristas: Compagnucci de Caso, *El negocio jurídico*, § 141, p. 438.

a) Obligación pura

Como ya fue dicho, es común la afirmación según la cual una obligación es pura cuando su cumplimiento no depende de modalidad alguna⁷. El aserto es incuestionable respecto de los actos jurídicos, pero con referencia particular a las obligaciones, resulta más acertado relacionar el concepto de obligación pura con el de *exigibilidad*; en esa dirección, se puede afirmar que son obligaciones puras aquellas que son exigibles desde el instante mismo de quedar constituida la relación jurídica⁸.

Sin embargo, es menester no perder de vista la dimensión temporal de toda obligación, pues por más puras que sean estas obligaciones, siempre ha de transcurrir un lapso entre el instante de su formación y la posterior exigencia de cumplimiento. No es posible, como bien se ha dicho, exigir del respectivo obligado una disponibilidad al instante de la conducta prometida, "sino una disponibilidad para cualquier instante posterior al instante en que prometió esa conducta"⁹ o posterior al instante en que la conducta es exigible.

b) Obligación modal

Interpretando *a contrario* el art. 527, con la salvedad antes apuntada, se puede decir que una obligación es modal cuando su cumplimiento o exigibilidad sí depende de una condición, de un plazo o de un cargo¹⁰. En el presente capítulo se desarrollará lo atinente a cada una de las modalidades, en el orden en que han sido anunciadas.

B) OBLIGACIONES CONDICIONALES

I) CONCEPTOS GENERALES

§ 369. CONDICIÓN. CONCEPTO Y CARACTERES

En general se puede decir que la condición es una cláusula accidental del acto jurídico en cuya virtud se hace depender la eficacia o la resolución de un

⁷ Ver autores citados en la nota 3 precedente.

⁸ Cfr. I. Puig Brutau, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. II, vol. I, "Obligaciones", p. 118; L. Moisset de Espanés - Merino, *Reflexiones sobre la clasificación de los plazos*, "E.D.", 41-1007; A. Kemelmajer de Carlucci, *La mora en las obligaciones puras y simples*, "L.L.", 1976-A-412.

⁹ R. B. Rotman, *Obligaciones puras: exigibilidad directa o necesidad de previa interpe-lación luego de reformado el art. 509 del Código Civil*, "L.L.", 1976-C-255.

¹⁰ Cfr. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, p. 504.

derecho del acaecimiento de un hecho futuro¹¹. Con particular referencia a la relación de obligación, la condición es la cláusula voluntaria por la cual las partes incorporan al acto creador del vínculo un elemento accidental, en cuya virtud se hace depender la adquisición (condición suspensiva) o la resolución (condición resolutoria) de un derecho de crédito, de que suceda o no suceda un determinado acontecimiento futuro e incierto.

La condición presenta los siguientes caracteres:

a) Es *voluntaria*, en tanto se trata de una cláusula que —por imperio de la autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civil)— debe estar incorporada al acto creador de la obligación, sea un contrato, un testamento, etc.; en ese sentido, es una "disposición de la parte"¹² que implica una autolimitación de la voluntad del otorgante del acto¹³.

b) Es *accidental*, porque como ya fue dicho pero vale reiterarlo, la condición, como las otras modalidades, es sólo un elemento accidental del acto creador del vínculo obligatorio, pues no hace ni a la esencia ni a la naturaleza del acto al que pertenece. No se encuentra entre sus elementos típicos. Sin embargo, su incidencia sobre los efectos del acto es de tal importancia que se ha llegado a sostener que adquieren carácter esencial con respecto al negocio concreto del que forman parte¹⁴.

c) Es *excepcional*, porque —precisamente por tratarse de un elemento accidental— debe ser incorporado al negocio por la voluntad de las partes; es más, normalmente la condición no se encuentra incluida en la fuente de la obligación, sino que las partes recurren a ella cuando tienen motivos para modificar los efectos normales del acto, supeditando su exigibilidad al acaecimiento de un hecho futuro¹⁵.

d) Es *accesoria*, en tanto se trata de una cláusula que no tiene vida independiente, separada del acto donde está contenida, sino que depende de la suerte de ese acto¹⁶; esta conclusión no es sino una aplicación de la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Su aplicación a esta hipótesis resulta del art. 525, según el cual si se extingue la obligación principal, "*queda extinguida la obligación accesoria*", aunque —claro está— "*la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal*". Sin embargo, se debe computar una importante excepción a esta regla, excepción que está dis-

¹¹ También se ha dicho que la condición es una cláusula de autolimitación de la voluntad, que subordina la producción o el cese de los efectos de un acto a un acontecimiento incierto: Compagnucci de Caso, *El negocio jurídico*, § 142, p. 439.

¹² E. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 384.

¹³ Sobre la distinción entre la modalidad condición y *luconditio iuris*, ver *infra* § 372, a.

¹⁴ E. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 384.

¹⁵ Cfr. Alterini, Ameal y López Cabana, *Derecho de obligaciones*, n° 929, p. 408.

¹⁶ Alterini - Ameal - López Cabana, *Derecho de obligaciones*, n° 929, p. 408. -.

puesta en el art. 526 en los siguientes términos: si la cláusula fuere imposible o prohibida, *"su nulidad hace de ningún valor la obligación principal"* (art 526). Esta excepción aparece reiterada —en particular para la "condición"— en el art. 530, que no admite dudar acerca de que si la condición consistiese en *"una cosa imposible, contraria alasbuenascostumbres, o prohibidaporlasleyes"*, la obligación no tendría efecto alguno.

e) No es *coercible*, porque no es obligatoria, en el sentido de que ninguna de las partes puede exigir el cumplimiento del hecho en que consiste la condición; es por ello que cuando una obligación está sujeta a condición, tanto el acreedor como el deudor deben limitarse a aguardar que el hecho del que depende la adquisición o la resolución del crédito suceda o no suceda; aun cuando tal hecho dependa de uno de ellos, el otro no tiene acción para exigir el cumplimiento de ese hecho «'.

§ 370. FORMA Y PRUEBA DE LA CLÁUSULA QUE CONTIENE LA CONDICIÓN

a) *Forma*

"Ya se dijo que la condición debe estar contenida en una cláusula y ésta es, siempre, una expresión de la voluntad de las partes. ¿En qué forma debe exteriorizarse esa voluntad? Por aplicación de los principios generales, se pueden dar como respuesta las siguientes pautas: a) ante todo, se debe observar la misma forma exigida para el acto en el cual está inserta la condición; b) en consecuencia, si se trata de un contrato solemne absoluto (v.gr. una donación inmobiliaria), la cláusula deberá constar en escritura pública bajo pena de nulidad *plena*; si es de solemnidad relativa (v.gr. una cesión de crédito), deberá constar por escrito bajo pena de nulidad *efectual*; y si se trata de un contrato de formas libres (v.gr. una compraventa mobiliaria), podrá expresarse en cualquier forma, por escrito, verbalmente, por teléfono, etc.; c) en cuanto al contenido de la cláusula, en sí misma considerada, cabe señalar que no se requiere el empleo de términos sacramentales, es suficiente que se entienda con claridad que las partes han supeditado la exigibilidad o la resolución del crédito a un acontecimiento futuro, para que la condición se considere pactada válidamente.

Sin perjuicio del deber de observar la forma requerida —en los casos en que es necesaria una formalidad determinada—, cabe también poner en relieve que la inserción de la-cláusula puede hacerse expresa o tácitamente¹⁸. Se entenderá que ha sido pactada tácitamente cuando existen elementos suficientes para

¹⁷ Cfr. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 948, p. 510.

¹⁸ Es la opinión común de los autores: Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 949, p. 510; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. n, art. 528, § 7, p. 748.

inducir que la intención de las partes fue la de subordinar la exigibilidad o resolucióndetít^ futuro, como ocurre, por ejemplo, con una donación hecha por un futuro esposo, quien ha tenido en consideración la circunstancia de que la donataria iba a ser su esposa en un futuro inmediato, y si el matrimonio no tiene lugar, debe interpretarse que no se ha cumplido la condición tenida en mira por el donante; o la promesa de pago de acciones de una sociedad anónima a constituirse, promesa que se entiende sometida a la condición de que la sociedad efectivamente se constituya, aunque tal condición no conste por escrito

b) Prueba

Respecto de la prueba de la cláusula que contiene la condición, también rigen los principios generales; en consecuencia, por tratarse de una expresión de la voluntad, se tendrá en cuenta: a) la existencia de la condición no se presume, debe ser probada por quien la invoca 2º; b) si el acto al que accede la condición tiene una forma determinada por las leyes, no se juzgará probada "*si no estuviere en la forma prescripta*" (art. 1191); c) pero se podrá prescindir de la forma prescripta y acudir a otros medios de prueba cuando hubiese imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley, o hubiese un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumentos privados, o hubiese habido principio de ejecución (art. 1191); d) habrá principio de prueba por escrito cuando existiere cualquier documento público o privado que emane de la otra parte o de alguien interesado, que haga verosímil el hecho litigioso (art. 1192); e) si el contrato en el cual está inserta la condición tiene por objeto "*una cantidad de más de diez mil pesos*", no podrá —en principio— ser probada por testigos (art. 1193).

Hasta aquí se ha tratado lo referente a la prueba de la cláusula en la que está contenida la condición; en los párrafos siguientes se verá la prueba del hecho condicionante, cuestión distinta y, por ende, sometida a otras reglas.

§ 371. EL HECHO EN EL QUE CONSISTE LA CONDICIÓN

Bien se ha dicho²¹ que con el propósito de evitar equívocos, se debe distinguir con claridad entre la "condición" como cláusula inserta en el acto jurídico condicionado y el "hecho futuro e incierto" del cual depende, según aque-

¹⁹ Cfr. Busso, *Código Civil*, t. III, comentario al art. 527, n° 47, p. 457.

²⁰ Ésta es la opinión común: Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 200, p. 153; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 517; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t.II, n°950, p. 513.

²¹ Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. II, art. 528, § 4, p. 746.

lia cláusula, la adquisición o la resolución del crédito, hecho al que también se sueTéllamar —por licencias de lenguaje— "condición".

a) Requisitos del hecho condicionante

Pero está claro que el acontecimiento al que se alude como "condición" no es sino un hecho, en los términos en que ha sido definido por el art. 896 del Cód. Civil, con la particularidad de que tal hecho debe reunir—además de los requisitos propios de todo hecho jurídico²²— los siguientes requisitos específicos: *á) debe ser futuro; b) debe ser incierto; c) no debe ser potestativo; d) de ese hecho debe depender la adquisición o la resolución del crédito.*

I) Hecho futuro. Para que haya condición, debe ser intención de las partes que la exigibilidad o la resolución del crédito quede supeditada a la circunstancia de que con posterioridad al acto creador del vínculo o, con mayor rigor, con posterioridad al nacimiento de la obligación, un hecho determinado suceda o no suceda. Esta cuestión, no obstante su aparente simpleza, presenta ribetes dignos de mención. Así, puesto que está claro que el hecho condicionante debe ser futuro, la doctrina niega que un hecho que ya sucedió o pudo suceder en el pasado pueda constituir una condición; se sostiene que esa hipótesis es imposible: si el hecho ya sucedió, la obligación habrá nacido pura y simple, y si el hecho no sucedió, ninguna obligación se habrá asumido como *condicional*²³, aunque la obligación pueda subsistir bajo otra figura; por ejemplo, si las partes ignoran si el hecho sucedió o no sucedió y acuerdan que una de ellas pagará a la otra una suma si el hecho ha sucedido, o que será la otra la que tendrá que pagar en caso contrario, la situación se asemeja a una apuesta, pues se ajusta a la descripción contenida en el art. 2053²⁴. Por ende, si se asemeja a una apuesta, el contrato y las obligaciones por él creadas, será aleatorio pero no condicional.

II) Hecho incierto. El hecho condicionante debe ser, además de futuro, incierto. No han faltado quienes ven en esta afirmación un pleonismo²⁵, ya que, según dicen, es suficiente afirmar que el hecho debe ser incierto, pues si es tal, queda sobrentendido que debe ser, también, futuro. Todo hecho incierto, se in-

²² Como todo hecho jurídico, en los términos del art. 896, el "hecho condicionante" debe ser lícito y posible, material y jurídicamente.

²³ Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 202, p. 154.

²⁴ Según el art. 2053 del Cód. Civil, en efecto, la apuesta sucederá "*cuando dos personas que son de una opinión contraria sobre cualquier materia, conviniesen que aquella cuya opinión resulte fundada, recibirá de la otra una suma de dinero, o cualquier otro objeto determinado*".

²⁵ En última síntesis, sostiene Colmo que "cualquier hecho incierto es necesariamente futuro", *De las obligaciones en general*, n° 204, p. 155. En el mismo sentido: Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 624, ps. 527/528; recientemente, en el mismo sentido: Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. II, art. 528, § 5, p. 747.

siste, es, por fuerza, futuro, juzgando en consecuencia que la palabra "futuro" está de más²⁶. Sin embargo, la mención no es ociosa en tanto despeja toda duda acerca de que el hecho futuro debe ser —también— *contingente* en el sentido de que puede o no acontecer. La incertidumbre que se requiere debe ser objetiva, es decir, debe ser ajena a las partes; es el carácter objetivo de la incertidumbre el que sirve para negar que un hecho pasado pueda constituir una condición atendiendo a la circunstancia de que —para las partes— puede haber incertidumbre sobre si el hecho sucedió o no en el pasado, pues no es la incertidumbre *subjetiva* la que interesa sino la *objetiva*.

IU) *No debe ser potestativo*. Por aplicación de los principios generales, el hecho condicionante debe ser *posible y lícito*. Además, no debe ser potestativo respecto de una de las partes, es decir, no debe depender exclusivamente de su voluntad o capricho; en tal caso, esa condición será inválida y la obligación será considerada como pura y simple (doctrina del art. 542)²⁷.

IV) *De él debe depender la adquisición o la resolución del crédito*. La obligación es condicional —dice el art. 528 del Cód. Civil— cuando ella se subordinare a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar "*la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido*". Si el hecho futuro fuese tenido en mira por las partes con otro fin, por ejemplo, si su cumplimiento es querido como una prestación accesoria para mejorar la utilidad de una de las partes, no se estará ante una condición sino ante un cargo²⁸.

b) Prueba del hecho condicionante

Por las mismas razones por las que no se presume la existencia de la cláusula en la que se pactó la condición, tampoco se presume la existencia del hecho condicionante; quien invoque su acaecimiento, debe probarlo. Pero la prueba del hecho condicionante no está limitada a los medios de prueba de la cláusula que contiene la condición, pues mientras que probar la existencia de la cláusula equivale a probar el contrato —y por ende no se puede emplear, p.ej., la prueba de testigos (art. 1193, Cód. Civil)—, la existencia del hecho condicionante, en cambio, puede ser probada por cualquier medio de prueba incluida la declaración de testigos.

²⁶ Jugando con las palabras, por la particular naturaleza de la *condición*, también se podría decir que un hecho "futuro" —erigido en condición por la voluntad de las partes— es siempre "incierto" en el sentido de que puede o no suceder. Si se tratara, en cambio, de un hecho que fatalmente sucederá, es decir, si no existiera incertidumbre al respecto, entonces ya no se trataría de una condición sino de un plazo. Siguiendo esta línea, se podría decir que sería suficiente la mención de que un hecho, para convertirse en condición, debe ser futuro, dándose por sobreentendido que es también incierto.

²⁷ *Vainfra*. §408.

²⁸ Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 955, p. 521.

§ 372. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE LA "CONDICIÓN"
CON OTRAS FIGURAS

Para su correcta ubicación corresponde comparar la modalidad condición con la denominada *conditio iuris*, con el plazo y con el cargo, trazando las semejanzas y diferencias que existen entre estas diferentes figuras jurídicas.

No presenta mayor dificultad la distinción entre la obligación condicional y la obligación alternativa, pues si bien en ambos casos existe cierto grado de incertidumbre, las diferencias son tan notorias que disipan toda confusión. En ambos casos, en efecto, existe incertidumbre, pero mientras en la obligación condicional lo incierto es el derecho mismo, en la obligación alternativa sólo es incierto, para el acreedor, el conocer en qué consistirá el objeto de la prestación debida por el deudor —la elección del objeto corresponde a éste (art 637, Cód. Civil)—, pues es alternativa aquella obligación que tiene por objeto una de entre varias prestaciones independientes y distintas las unas de las otras "*de modo que la elección que deba hacerse entre ellas, quede desde el principio indeterminada*" (art 635, Cód. Civ.). En la obligación alternativa nunca está en juego la eficacia del derecho de crédito, como sí lo está en el caso de la obligación condicional; además, en la alternativa la incertidumbre desaparece con la elección del deudor que puede ser competido a elegir; mientras que en la condicional, aunque el hecho condicionante dependa de la voluntad del deudor, éste no puede ser obligado a ejecutarlo.

a) Diferencias con la "*conditio iuris*"

Cuando la fuente de la obligación no es la voluntad de las partes, sino por ejemplo, la ley o una sentencia y en ella se supedita la exigibilidad de aquella obligación a un acontecimiento futuro e incierto, ¿se está ante una condición? Para un sector importante de la doctrina la respuesta sería afirmativa, pues las condiciones pueden ser establecidas por las partes en un contrato, por el testador al testar o por la misma ley²⁹. Pero la mayoría de los autores³⁰ sostiene, por el contrario, posición a la que adhiero, que cuando la condición no proviene de la voluntad de las partes, sino de una fuente ajena a esa voluntad (la sentencia o la ley), no se está ante una *condición* de la que trata el Código Civil en los arts. 527 a 557, sino de una *conditio iuris* cuyo régimen presenta ciertas diferencias de importancia con la anterior.

²⁹ Machado, *Exposición y comentario*, t. II, p. 204; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 617, p. 524; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, N° 949, p. 512.

³⁰ En particular esta tesis ha sido defendida por la doctrina italiana: Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 389; Santero Pasarelli, *Doctrinas generales del derecho civil*, n° 43, p. 234; L. Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, p. 550. Entre nosotros: Busso, *Código Civil*, t. Iii°, comentario al art. 528, n° 21; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. II art. 528, § 3, p. 745.

Si bien se asemejan porque en ambos supuestos la exigibilidad o, en su caso, la resolución de, un derecho dependen de un acontecimiento futuro e incierto, la modalidad condición y la *conditio iuris* se diferencian por lo siguiente: 1°) por la fuente de la cual nacen; 2°) por su naturaleza, pues mientras la modalidad "condición" es una cláusula *arbitraria y contingente*, el elemento *conditio iuris*, cuya fuente es la ley o la sentencia, es *necesario y constante*".

b) Diferencias con el plazo

Una obligación condicional y una obligación a plazo se asemejan porque en ambas la exigibilidad —o en su caso la resolución— de un derecho depende de un acontecimiento futuro, pero se diferencian, en primer lugar, porque mientras en el caso de la condición el hecho condicionante pone en juego la existencia misma del vínculo, en el caso del plazo sólo se difiere la exigibilidad. Por otra parte, el hecho condicionante es incierto objetivamente, en el sentido de que puede o no llegar a suceder, en el caso del plazo, en cambio, no existe tal incertidumbre, pues el acontecimiento futuro fatalmente sucederá. La fatalidad del plazo existe aun cuando se trate del plazo *incierto*, porque es denominado así en atención a que lo incierto es el momento en el cual sucederá el fin del plazo, pero aun cuando no se sepa cuándo sucederá, finalmente sucederá. La esencia de la condición radica, en cambio, en que el hecho puede o no suceder y de esto depende la existencia misma de la obligación. Por ello el art. 529 del Cód. Civil fue redactado en estos términos: "La condición que se refiere a un acontecimiento que sucederá ciertamente, no importa una verdadera condición, ni suspende la obligación, y sólo difiere la exigibilidad de ella".

c) Diferencias con el cargo

Sin perjuicio de las ulteriores precisiones, se puede afirmar que el cargo es una modalidad en cuya virtud, como se verá en su momento, se supedita la adquisición de un derecho al cumplimiento de una obligación accesoria; así, por ejemplo, una donación será con cargo si el donante estipula que la donación se hace con un cargo consistente en que el donatario se obliga a facilitársela al donante una vez por mes. Que el donatario facilite al donante la cosa donada una vez por mes podría ser interpretado como un "hecho condicionante", con lo cual la donación ya no sería con cargo sino condicional. Para establecer el distingo se ha de partir de la siguiente premisa: en el caso de una obligación con cargo, el acreedor del cargo es, por hipótesis, el deudor de la obligación principal; pues bien, como el cargo es—por naturaleza— una obligación accesoria, su cumplimiento puede ser exigido mediante el empleo de medios coercitivos, mientras que si se tra-

tara de una condición, no se podría exigir su cumplimiento coactivo. De los términos (cláusulas contractuales) deberá interpretarse si la donación ha sido querida con cargo o bajo condición.

II) CLASIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES

§ 373. CLASES DE CONDICIONES. ENUNCIACIÓN

Las condiciones pueden ser clasificadas atendiendo a distintos criterios; así, pueden ser: a) suspensivas y resolutorias; b) permitidas o prohibidas; estas últimas se subclasifican en imposibles e ilícitas, y las ilícitas, a su vez, se dividen en ilícitas porque la ley las prohíbe e ilícitas por ilicitud del hecho condicionante; c) causales, potestativas y mixtas; d) positivas y negativas; e) simples y múltiples; estas últimas se subdividen en conjuntivas y disyuntivas³².

§ 374. SUSPENSIVAS Y RESOLUTORIAS. REMISIÓN

Es ésta la clasificación más importante. Por razones de método, serán tratadas al final, cuando se examinen los efectos de las condiciones, porque ese tema requiere, precisamente, distinguir una y otra categoría³³.

§ 375. PERMITIDAS Y PROHIBIDAS

No cualquier condición es posible y es lícita. Es por ello que la ley discrimina, por un lado, las que están permitidas y, por otro, las que están prohibidas; las primeras son aquellas que tanto la naturaleza, la ciencia, la técnica y las leyes *toleran* que sean condiciones válidas; toleran, en el sentido de que permiten la posibilidad material y jurídica, que las partes las erijan en condiciones válidas. Las segundas, por el contrario, son aquellas que, ya sea por imposición de la naturaleza, ya por carencias científicas o técnicas, o por disposición de la ley, no pueden ser pactadas como condiciones permitidas. Para su mejor exposición, las condiciones no permitidas se subdividirán en imposibles e ilícitas. Sin embargo, cabe dejar establecido que la sanción prevista para ambas subespecies es la misma: la nulidad del acto jurídico en el que están insertas.

a) Condiciones permitidas

Por vía negativa, se puede afirmar que todos los hechos que no están prohibidos por la ley o que no son de imposible cumplimiento pueden constituir condiciones válidas, ya que están permitidos (art. 19, Const. Nac).

b) Condiciones prohibidas porque se refieren a hechos material o científicamente imposibles

Los ejemplos de condiciones no permitidas por imposibilidad física o material abundan. Así, por ejemplo, no está permitido que un contratante ponga como condición que el otro cruce nadando el Océano Pacífico o que construya un buque de calado hondo en 48 horas, porque tales hechos resultan imposibles de cumplir por imposición de la naturaleza misma de las cosas. Al respecto resulta pertinente formular dos acotaciones: *a)* cuando un hecho es de imposible realización, no se está ante una hipótesis de incertidumbre acerca de si el hecho habrá o no de suceder, incertidumbre que es esencial para que haya "condición", pues, por el contrario, existe la certeza de que no ocurrirá; *b)* impera también aquí la teoría de la relatividad, en el sentido de que no es posible afirmar con carácter absoluto que un determinado hecho es imposible, pues bien puede acontecer que el avance científico y técnico —vertiginoso en nuestro tiempo— tome posible aquello que antes era imposible, como los viajes al espacio exterior o una visita a la Luna.

A lo ya dicho cabe añadir las siguientes pautas interpretativas:

1) Para que pueda juzgarse que una obligación es nula por estar sujeta a una condición que consiste en un hecho materialmente imposible, éste debe ser un hecho *positivo*; por ejemplo, la obligación del vendedor de entregar la cosa sujeta a la condición de que el comprador recorra a pie 100 kilómetros en dos horas es una obligación nula; en cambio, si se tratara de un hecho *negativo*, por ejemplo, que el comprador *no* recorra a pie 100 kilómetros en dos horas, la compraventa sería válida, pues se entiende que este hecho negativo no ejerce ninguna influencia sobre el vínculo contractual de suerte tal que éste debe ser considerado como puro y simple. Ésa es la solución consagrada en el art. 532 del Cód. Civil: "La condición de no hacer una cosa imposible no perjudica la validez de la obligación".

2) La imposibilidad que aquí se considera debe ser *objetiva*; es decir, no hay tal imposibilidad cuando el hecho es imposible sólo para el sujeto a quien incumbe la condición. Debe ser imposible para cualquier persona; la imposibilidad subjetiva no es relevante.

3) Tampoco es relevante para determinar la nulidad de la obligación que el sujeto afectado por la condición sea alguna de las partes o un tercero; por ejemplo, si Juan se obliga a entregar una cosa a Pedro con la condición de que

Diego haga una cosa imposible es igualmente nula, como si el obligado a hacer lo imposible fuese el propio Pedro.

4) La imposibilidad debe existir al tiempo de nacer la obligación afectada por la condición; si la imposibilidad es posterior, no habrá nulidad, sino que se estará ante una hipótesis de incumplimiento de la condición, y si bien se producirán las consecuencias propias de esta situación, la obligación debe ser reputada válida.

c) Condiciones prohibidas por ilicitud

Al lado de las condiciones no permitidas porque se refieren a hechos materialmente imposibles, se sitúan las condiciones no permitidas por una prohibición legal; a éstas se las puede denominar, genéricamente, condiciones ilícitas y en su seno caben dos subespecies: *a)* las que son ilícitas porque jurídicamente no es posible cumplir los hechos condicionantes; *b)* las que son ilícitas porque se trata de cláusulas expresamente prohibidas, por ser tales cláusulas violatorias de la ley, de la moral o de las buenas costumbres. Existe entre ambas subespecies una perceptible diferencia, como se verá al analizarlas por separado:

1) Las condiciones ilícitas de la primera especie son aquellas que se refieren a hechos que están prohibidos por una norma legal expresa; por ello se habla en este caso de hechos jurídicamente imposibles, como por ejemplo, poner como condición que el inmueble vendido sea dado en prenda como garantía de un crédito; éste hecho (prender un inmueble) es imposible, pues los bienes inmuebles no pueden constituir el objeto de una prenda. Si bien un sector importante de la doctrina asimila estas condiciones a las condiciones imposibles³⁴, se considera preferible incluirlas entre las condiciones ilícitas³⁵, pues la imposibilidad proviene exclusivamente de la discrecionalidad del legislador o se funda en razones de política jurídica y, por ese motivo, bien puede ocurrir que en otros sistemas o mediante un cambio de legislación se conviertan en condiciones permitidas. En rigor, más que condiciones imposibles, se trata de condiciones que se refieren a hechos prohibidos por la ley y es por tal razón que se prevé la sanción de nulidad de la obligación sujeta a tales condiciones.

2) Las condiciones ilícitas de la segunda especie son aquellas que se refieren a hechos que en sí mismos pueden ser lícitos, pero que la ley ha juzgado inconveniente admitirlos como condiciones, como por ejemplo, la condición de que uno de los contratantes permanezca soltero de por vida o que no mude su domicilio durante largo tiempo. Estos hechos, considerados en sí mismos, son de posible cumplimiento e inclusive pueden ser —como en este caso— actos

³⁴ P.ej., Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 964, p. 533.

³⁵ Como lo hace, entre otros, Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 208, p. 157.

lícitos, pero la ley, también por razones de política jurídica, prohíbe que las partes los estipulen como condiciones (art. 531, Cód. Civil). Enestrású, Como en el anterior, también se está ante una prohibición legal, pero la prohibición aquí no se refiere a los hechos condicionantes, sino a las cláusulas que se remiten a ellos. Lo ilícito no es el hecho, sino "la cláusula" por la cual se pretende que tal hecho sea una condición. Por cierto que cabrá la sanción de nulidad si el hecho previsto como condicionante es, además, ilícito como, por ejemplo, "la obligación se cumplirá si el comprador mata a un tercero"; se ha dicho que si el hecho ilícito debe ser ejecutado, no por una de las partes sino por un tercero, ese hecho podría funcionar como condición válida y se pone el siguiente ejemplo: "Pedro se obliga a pagar una cantidad determinada a Pablo, en caso de que éste sea víctima de un robo"; como explicación, se dice que en este caso las partes han previsto el riesgo de ser víctimas de un acto ilícito causado por extraños; se trataría, se concluye, de la contratación de una especie de seguro. La explicación no es convincente, sobre todo cuando se pretende asimilar esta hipótesis al contrato de seguro, porque la esencia de este contrato es la de ser *aleatorio* y no condicional; si ese hipotético contrato es querido por las partes como condicional, puede ser válido, pero no será un contrato de seguro.

¿Cuándo, en qué casos, se debe considerar que una condición es ilícita? Se han sustentado diversos criterios: a) para unos, la cuestión ha de decidirse con arreglo a un criterio subjetivo, en cuyo mérito la condición será lícita o ilícita según lo sea la intención de las partes; b) para otros, debe prevalecer un criterio objetivo consistente en verificar la naturaleza lícita o ilícita del hecho condicional, con prescindencia de la intención de las partes; c) una tercera corriente afirma que debe imperar aquí el criterio mixto, es decir, interesa tanto la intención de las partes como la naturaleza misma del hecho condicional. Esta última es la más aceptable, pues permitirá invalidar una condición referida a un hecho ilícito, por ejemplo, "permanecer soltero de por vida", pero que no puede ser admitida porque en la intención de la parte que impone esa condición se detecta un interés inmoral o contrario a las buenas costumbres. Con mayor razón, vale reiterarlo, la condición anulará la obligación si se refiere a un hecho en sí mismo ilícito. Con particular referencia a la moral y a las buenas costumbres, será nula la obligación sujeta a la condición de que el acreedor se abstenga de realizar o llevar a cabo un hecho ilícito o un acto inmoral, por ejemplo, dono un automóvil con la condición de que el donatario "se abstenga de cometer un robo" o "se abstenga de cortejar a una mujer casada", etc.; la razón en la que se funda este aserto radica en que la moral y las buenas costumbres deben ser acatadas

³⁶ Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 970, p. 542; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 11. n° 649, p. 549.

espontáneamente y no en función o por el interés que despierta la promesa de una retribución patrimonial*>r " • •

§ 376. CONDICIONES REFERIDAS A HECHOS EN SÍ MISMOS LÍCITOS
PERO EXPRESAMENTE PROHIBIDAS POR LA LEY

El art. 531 del Cód. Civil contiene en cuatro incisos una enumeración —que no es taxativa— de casos en los que se sanciona con nulidad la obligación sujeta a determinadas condiciones. De la mera lectura del artículo se advierte que se trata de cláusulas que se refieren a hechos que, considerados en sí mismos, son posibles y, sobre todo, son lícitos. ¿En qué se funda entonces la sanción de nulidad? La mayoría de la doctrina opina que con estas nulidades el legislador ha querido preservar la libertad individual, evitando la posible pérdida de esa libertad —respecto de determinadas acciones— por restricciones que pudieran imponerse bajo la forma de condiciones³⁷.

Los casos de cláusulas prohibidas —según el art. 531— son los siguientes:

a) *Las referidas al domicilio*

Según el art. 531, inc. 1, es prohibida la condición de "*habitar siempre un lugar determinado, o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero*". Está claro que lo que la ley quiere evitar es que una persona se sujete a una condición que la prive de la libertad de fijar su domicilio en el lugar que sea de su preferencia o que esa decisión dependa de la voluntad de un tercero. El de elegir el lugar de residencia y el de transitar libremente son, por otra parte, derechos garantizados por la Constitución Nacional (art. 14). Se ha sostenido que si la condición consistiera en prohibir a la persona que habite *temporariamente* en un determinado lugar, esa condición sería válida, puesto que la sanción de nulidad está prevista para la cláusula que impone la condición de *habitar siempre un determinado lugar*³⁸. La mayoría de la doctrina ³⁹, por el contrario, sostiene que no corresponde admitir la distinción, porque sea definitiva o temporaria la prohibición de habitar o residir en determinado lugar, en ambos casos la libertad individual está restringida y eso es, precisamente, lo que la ley quiere impedir. Juzgo sin embargo que es menos rigurosa una tercera posición que

³⁷ De acuerdo: Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 11, jI° 654, p. 550; Llambías, *Obligaciones*, t. II, n° 1522, p. 366.

³⁸ Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. I, n° 644, p. 544; Llambías, *Obligaciones*, t. II, n° 1524, p. 368; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 971 p. 544.

³⁹ Es la opinión de Machado, *Exposición y comentario*, t. II, p. 213. ? - \s.J^jP
⁴⁰ Lafaille, *Curso de obligaciones*, t. n, n° 39, p. 39HBusso, *Código Civil*, t. III, comentario al art. 531, n° 8, p. 469; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 644, p. 544; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, r. II, n° 972, p. 545.

deja librada a la prudente apreciación del juez decretar —o no— la nulidad de aquellas cláusulas que impongan como condición que, durante cierto tiempo, una persona no pueda habitar en determinado lugar, lo que decidirá de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto⁴¹; por ejemplo, si se trata de un contrato de compraventa de un inmueble rural en el que se impone al comprador la condición de que habite en ese inmueble, porque la venta responde a un plan de colonización de tierras cuyos adquirentes deben personalmente trabajar las parcelas, la condición no puede considerarse nula bajo la invocación del art. 531.

b) Las referidas a las creencias religiosas

El art. 531, inc. 2, agrega que está prohibida toda cláusula que imponga la condición de "*mudar o no mudar ds; ^lglción*". Nuestra Constitucional Nacional (art. 14) reconoce y garantiza a las personas el derecho de profesar —con libertad y siempre que se respeten los valores esenciales de la humanidad— las creencias religiosas que la conciencia de cada uno estime aptas según sus convicciones. En el marco de esa tutela, las cláusulas por las cuales se imponga a una persona la condición de cambiar o, en su caso, de no cambiar de religión causan la nulidad de la obligación. Ninguna objeción cabe formular a la disposición legal, pues lo contrario significaría priorizar los intereses patrimoniales o los eventuales beneficios de un negocio jurídico antes que los valores espirituales tan necesarios en estos tiempos.

Sobre este inciso caben dos acotaciones: 1) ¿está prohibida la condición de que una persona que no profesa ninguna religión adopte una determinada? Algunos autores⁴² se han pronunciado por admitir la validez de esta condición, con el argumento de que es bueno que alguien seducido por el ateísmo lo abandone y adopte creencias religiosas. Para otra posición⁴³ tampoco en este caso corresponde admitir la validez de la condición, pues siempre se estaría permitiendo violentar la conciencia del sujeto que si ha optado por el ateísmo ¡allá él! Por otra parte, adoptar una religión importa siempre un acto de fe y esto, por imposición de la naturaleza humana, es incoercible; no existe, por otra parte, medio alguno para probar que quien afirma creer, cree realmente; 2) por analogía (art. 16 del Cód. Civil), ya que concurren idénticas razones, cabrá también la sanción de nulidad cuando se pretenda sujetar a una de las partes de un negocio jurídico a la condición de que cambie sus ideas políticas o filosóficas, o que no las cambie, pues también aquí se está ante cuestiones que pertenecen exclusi-

⁴¹ De acuerdo: Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 211, p. 158.

⁴² En especial, Machado, *Exposición y comentario*, t II, p. 214, y Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 212, p. 159. Para el profesor de Córdoba Pedro León (*Lecciones*, t.1, p. 69) también sería válida la condición siempre que se dejara a la persona a quien afecta la libre elección de la religión que adoptará.

⁴³ Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 644-d, p. 544.

vamente al fuero interno de cada uno, que no pueden constituir "moneda de cambio" por intereses patrimoniales **.

c) Las referidas a la libertad matrimonial

El art. 531, en sus incs. 3 y 4, sanciona con nulidad las obligaciones sujetas a cláusulas por las que se pretenda imponer alguna condición que lesione o de cualquier modo restrinja la libertad matrimonial, libertad que —como las anteriores— está garantizada por la Constitución Nacional (arts. 14, 20 y cons.).

De la lectura de estos incisos se desprende que las condiciones que están prohibidas son:

- 1) casarse con determinada persona,
- 2) casarse con aprobación de un tercero,
- 3) casarse en cierto lugar,
- 4) casarse en cierto tiempo,
- 5) no casarse,
- 6) vivir célibe perpetua o temporalmente,
- 7) no casarse con persona determinada,
- 8) separarse personalmente,
- 9) divorciarse vincularmente.

Dos cuestiones, en particular, presentan ciertas dudas:

1) ¿Está prohibida la condición de casarse, sin ninguna otra exigencia? Cuando la condición no contiene restricción alguna a la libertad y se limita simplemente a supeditar a la persona a "casarse", la doctrina⁴⁴ entiende que esa condición es lícita y hasta se ha dicho —opinión que comparto— que satisface un legítimo interés social

2) ¿Es plausible la ley al prohibir la condición de casarse con determinada persona? Una corriente de pensamiento ha sostenido que la prohibición legal es censurable y que resulta conveniente dejar la cuestión a la prudente apreciación del juez, pues existen casos —se afirma— en los que la condición está justificada, como ocurriría por ejemplo cuando lo que se procura es evitar el matrimonio con una persona enferma o de malas costumbres o hábitos⁴⁷. Sin embargo, es más convincente la opinión —a la que adhiero— según la cual no es ético influir con perspectivas económicas sobre decisiones que tienen que depender exclusivamente de la conciencia de cada uno⁴⁸, y por ello se propicia la tesis de la prohibición de la condición bajo análisis.

⁴⁴ De acuerdo Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, o° 973, p. 547.

⁴⁵ León, *Lecciones*, 11, p. 170; Busso, *Código Civil*, t III, comentario al art. 531, n° 20.

⁴⁶ Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, 11, n° 644-e, p. 545.

⁴⁷ Es la opinión de Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 123, p. 159. También Salvat y Galli, *Obligaciones engr-* '-al, 1.1, n° 644-i, p. 546.

⁴⁸ Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 974, p. 549.

§ 377. CONDICIONES CAUSALES, POTESTATIVAS Y MIXTAS

¿De quién o de qué depende que suceda o no suceda el acontecimiento en el que consiste la condición? La respuesta conduce a esta clasificación.

a) Causales

Son causales aquellas condiciones en las que el acontecimiento en el que consisten es ajeno a la voluntad de las partes del negocio jurídico; es decir, depende de la naturaleza o de la voluntad de terceras personas, por ejemplo, la donación de un inmueble ribereño sujeta a la condición de que el río cambie su curso en los próximos dos años, o si se la sujeta a la condición de que la municipalidad construya defensas para evitar desbordes.

b) Potestativas

Son condiciones potestativas aquellas que se refieren a un acontecimiento cuyo acaecimiento depende de la voluntad del deudor. Se subdividen, a su vez, en dos categorías:

I') Las llamadas *puramente potestativas*, que son aquellas en las que el acontecimiento depende sólo y únicamente de la voluntad del deudor; éste es enteramente libre de ejecutar o no el hecho condicionante; por ello, se puede decir que la condición depende exclusivamente de su capricho o de su pura arbitrariedad, por ejemplo, te dono mi biblioteca, pero te la entregaré "si quiero" o "si decido usar sombrero". Lo característico de esta condición es que el deudor no obtendrá ningún beneficio del cumplimiento de la condición y, por ende, carece de interés en ejecutarla. Para esta especie de condiciones la ley determina la sanción de nulidad del acto y, por ende, de la obligación así condicionada. El art. 542, en efecto, dispone en su primera parte que *"la obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto"*. Para determinar cuándo una condición es de esta clase, tratándose de una cuestión de hecho, se ha de atender a las circunstancias de cada caso y dependerá de la prudente apreciación del juez. En el supuesto de que hubiese duda, se ha de estar por la validez y no por la nulidad, ya que no es común que una obligación se asuma en términos tales que más se asemeje a una broma que a un acto serio ^{*}. Lo que no está en duda es que para hablar de condición puramente potestativa, la voluntad dominante debe ser la del deudor; es decir, la obligación debe depender exclusivamente de la voluntad del deudor. Si, en cambio, el hecho condicionante depende sólo de la volun-

^{*} De acuerdo con la tesis de la validez: Busso, *Código Civil*, t. III, comentario al art 542, n° 22, p. 497; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 976, p. 556.

tad del acreedor, por ejemplo, te entregaré mi biblioteca "si quieres", la obligación es válida, pues la decisión del acreedor en nada incide sobre la voluntad del obligado a la entrega.

2º) Las llamadas potestativas *impropias*, que son aquellas en las que si bien el hecho condicionante depende de la voluntad del deudor, a diferencia del caso anterior, éste no es enteramente libre de ejecutar o no el hecho condicionante, porque si no lo ejecuta deberá afrontar alguna consecuencia negativa o una pérdida. Lo característico de esta especie de condición es que el deudor podrá obtener algún beneficio si ejecuta la condición y, por ende, se presume que tiene interés en ella, por ejemplo, te entregaré mi biblioteca "si viajo a Europa". Esta clase de condición no está sancionada con nulidad; en su segunda parte, el art. 542 dispone al respecto: "...pero si la condición hiciese depender la obligación de un hecho que puede o no puede ejecutar la persona obligada, la obligación es válida". Pese a su poca claridad, se interpreta que con la frase "...que puede o no ejecutar..." la ley está considerando, precisamente, que el deudor tiene algún interés en ejecutar la condición, y si bien puede no hacerlo, también se puede esperar —por ese interés— que sí lo haga. En consecuencia, si bien la obligación depende, por una parte, de la voluntad del deudor, por otra, existen razones para presumir que tendrá interés en ejecutarla y la ley ha estimado que esto es suficiente para considerar que la obligación es válida⁵⁰.

c) *Mixtas*

Las condiciones denominadas mixtas son aquellas en las que el acaecimiento del hecho condicionante depende tanto de la voluntad de uno de los sujetos de la obligación como de causas extrañas a él, por ejemplo, te dono mi biblioteca, pero la entregaré "si convences a Pedro de que deje la bebida"⁵¹. Esta especie de condiciones queda sujeta, en lo pertinente, al régimen de la causales y de las potestativas.

d) *Importancia práctica de esta clasificación*

Pese a que se ha negado toda utilidad práctica a esta distinción y se propuso, en consecuencia, su supresión⁵² la división que resulta del art 542 (potestativas propias e impropias) no es ociosa; puede ser de suma utilidad en ca-

⁵⁰ Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 656, p. 553.

⁵¹ El ejemplo corresponde a Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n°976, p.553.

⁵² El propio Vélez Sarsfield, en el último párrafo de la nota al art. 557, dice: "Al concluir este capítulo juzgamos con Marcadé que la división de las condiciones en causales, potestativas y mixtas, no presenta ninguna utilidad, y que no debe adoptarse en los Códigos".

sos en los que sea necesario interpretar la voluntad de las partes para desentrañar si la condición es o no seria y, por ende, si es o no jurídicamente vinculante, como se ve en diversos fallos de los tribunales⁵³.

§ 378. POSITIVAS Y NEGATIVAS

Se dice que una condición es positiva cuando consiste en un *hacer* (*lato sensu*), por ejemplo, "te daré mi biblioteca "si te recibes de abogado"; a la inversa, es negativa cuando consiste en un *no hacer* o en una abstención, por ejemplo, te daré mi biblioteca "si no abandonas los estudios de derecho". Esta clasificación tiene importancia para determinar la nulidad o validez de las condiciones materialmente imposibles, pues, como se vio en su momento s⁴, sólo es nula la condición imposible cuando consiste en un hecho positivo y, en cambio, es válida cuando consiste en un hecho negativo.

§ 379. CONDICIÓN SIMPLE Y MÚLTIPLE

Cuando la obligación está sujeta a un único evento condicionante, se dice que la condición es simple; en cambio, cuando depende de varios hechos, se dice que la condición es múltiple. Interesa esta última que se divide, a su vez, en condición conjunta y disyunta.

a) Condición conjunta

Una condición es conjunta cuando los distintos hechos conforman una unidad, de suerte tal que para que se considere cumplida la condición, deben suceder todos los hechos previstos; los distintos hechos que forman la condición conjunta se enlazan con la conjunción copulativa "y", por ejemplo, te entregaré mi biblioteca "si te recibes de abogado y ejerces la profesión". Se interpreta que los distintos hechos constituyen una unidad. Por ello, si uno solo de los hechos no se cumple, debe entenderse que la condición no se ha cumplido. Por idéntica razón, si uno de los hechos es imposible o ilícito, debe interpretarse que la obligación es nula. Ésta es la solución consagrada en el art 536 del Cód. Civil, cuya segunda parte dice: "...pero si las condiciones han sido puestas conjuntamente, si una sola deja de cumplirse, la obligación queda sin efecto".

b) Condición disyunta

Una obligación está sujeta a una condición disyunta cuando depende de un acontecimiento de entre dos o más que han sido previstos alternativamente

⁵³ CN.Civ., Sala F, 10/6777, "JA.", 1978-1-405; CN.Civ., Sala A, 13/10/64, "UL", 117-277.

⁵⁴ *Supra*, § 375, b, 1.

como hechos condicionantes; o se cumple uno o se cumple otro, pero si se cumple cualquiera de los hechos previstos, la obligación tendrá plena eficacia; en este caso, los distintos hechos que forman la condición se enlazan con la conjunción disyuntiva "o"; por ejemplo, te daré mi biblioteca "si te recibes de abogado o si instalas una librería". Se interpreta que los distintos hechos constituyen una diversidad. Por ello, es suficiente que uno de ellos se cumpla para que se considere cumplida la condición; a la inversa, para que se diga que la condición ha fracasado es necesario que ninguno de los hechos previstos se cumpla. Ésta es, en definitiva, la solución que prevé el art. 536 del Cód. Civil cuando en su primer párrafo establece: "*Cuando en la obligación se han puesto varias condiciones disyuntivamente, basta que una de ellas se cumpla para que la obligación quede perfecta*". ¿Qué ocurre si la condición prevé dos hechos y uno de ellos es imposible o ilícito? Para una opinión⁵⁵ en este caso la obligación es nula, porque desaparece su razón de ser, que consiste en posibilitar la elección entre uno u otro hecho, elección que no podrá hacerse si uno es imposible o ilícito. Juzgo por mi parte que la cuestión debe resolverse según está dispuesto en el art. 638 del Cód. Civil: "*si una de las prestaciones no podía ser objeto de la obligación, la otra es debida al acreedor*" «; es decir, basta que uno de los hechos previstos como condicionantes sea posible y lícito para que la condición sea válida.

DI) CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

§ 380. CUMPLIMIENTO DEL HECHO CONDICIONANTE

El punto culminante en esta materia es el cumplimiento o el fracaso del hecho condicionante. Por su importancia, cabe analizar la cuestión con arreglo al siguiente plan de exposición: a) cómo debe cumplirse; b) a quién le corresponde cumplirlo; c) en qué casos se considera que está cumplido; d) en qué casos se considera que no está cumplido. Párrafo aparte para un tema de importancia: el tiempo en que la condición debe cumplirse o estimarse fracasada.

a) *Cómo deben cumplirse*

Si bien es obvio afirmar que el cumplimiento del hecho condicionante no constituye *pago*, entre otras razones porque si se cumple no se está cumpliendo una obligación preexistente⁵⁷, ello no impide considerar si, por analogía, de-

⁵⁵ Busso, *Código CMI*, t UJ, comentario al art. 638, n° 5, p. 479.

⁵⁶ De acuerdo: Lafaille, *Curso de obligaciones*, t. U, n° 899, p. 38. Volveré sobre ese tema al tratar las obligaciones alternativas.

⁵⁷ Como se ha dicho en su oportunidad, *supra*, § 100, a.

ben concurrir los principios de identidad, integridad e indivisibilidad. Es decir, el hecho cumplido, ¿debe ser idéntico, íntegro e indivisible respecto del que se ha tenido en mira como condicionante? Cabe aquí formular las siguientes observaciones:

1) En principio, el hecho cumplido debe ser íntegro e idéntico respecto del hecho previsto por las partes como condición⁵⁸. Para considerar cumplida la condición con las características señaladas no es admisible —ni necesaria— una interpretación literal de las cláusulas que imponen la condición, pues lo que cuenta es la intención común y real que, a veces, no se refleja en la literalidad de los términos empleados. La interpretación, por cierto, debe hacerse según el principio de buena fe. Por ello el art. 533 dispone: *"Las condiciones deben cumplirse de la manera en que las partes verosíblemente quisieron y entendieron que habían de cumplirse"*. Opino que en nuestro sistema, de acuerdo con el texto citado, no cabe el cumplimiento *por equivalente*; ello sin perjuicio de que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, puedan modificar el hecho inicialmente previsto y admitir, de común acuerdo, modificaciones. Es la solución más lógica; por ejemplo, si me he obligado a entregar mi biblioteca "si te recibes de abogado", ese hecho debe cumplirse y no otro. Los autores trabajan con un ejemplo en el que la condición consiste en dar dinero; así, entregaré la cosa "si Pedro dona cinco mil dólares al hospital", y se preguntan si la condición estará cumplida si Pedro dona el equivalente en pesos. Para algunos autores debe entenderse que la condición está cumplida⁵⁹, porque, se dice, ésa fue la intención de los contratantes; por mi parte entiendo que en tal caso la condición no está cumplida, salvo que las partes admitan el cambio de moneda. Por último, para desentrañar la "real" intención de las partes, se debe atender a las circunstancias de cada caso concreto.

2) Por razones similares a las anteriores, el cumplimiento del hecho condicionante está sometido al principio de la indivisibilidad, en un doble sentido: a) para nuestra ley, el hecho en el que consiste la condición es siempre considerado indivisible, es decir, no se admite un cumplimiento fraccionado (art. 534 del Cód. Civil); b) el cumplimiento debe ser íntegro, aunque el hecho en sí mismo sea divisible; por ejemplo, si la condición consiste en regalar una cantidad de cosas (20 cajas de leche en polvo), la condición sólo estará cumplida si se entregan las 20 cajas; si sólo se entregan 18, no está cumplida, ni se puede exigir el cumplimiento de la obligación condicionada en la misma proporción. El art. 535 es claro al respecto: *"El cumplimiento de las condiciones es indivisible, aunque el objeto de la condición sea una cosa divisible. Cumplida en parte la condición, no hace nacer en parte la obligación"*.

⁵⁸ Bien se ha dicho que "...es necesaria una exacta correspondencia entre el hecho y la previsión contenida en el negocio, para que la condición pueda considerarse verificada" (Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 66, p. 405).

⁵⁹ Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. D, n° 908, p. 561. .

También en este caso, en uso de su autonomía privada, las partes pueden modificar la condición y admitir el cumplimiento en fracciones. Pero esto, entiéndase bien, constituye un nuevo acuerdo y no una excepción al principio de la indivisibilidad *>.

b) A quién corresponde cumplir

En el título de la obligación debe estar establecido a quién corresponde cumplir el hecho condicionante. Esa imposición puede recaer en cabeza del acreedor o del deudor; por ejemplo, "te entregaré la biblioteca si te recibes de abogado" (condición impuesta al acreedor); o "si me prestan un capital para instalar un negocio" (condición que corresponde al deudor); salvo en las condiciones potestativas, en las que sólo pueden corresponder al deudor.

Cuando está determinada en el título de la obligación la persona a la que corresponde la condición, la doctrina se interroga si el hecho debe ser cumplido por esa misma persona o si vale el cumplimiento por tercero. Por aplicación analógica de las reglas que rigen las obligaciones de hacer cabe responder: d) si se trata de un hecho para cuyo cumplimiento se han tenido en cuenta las cualidades de la persona o si el hecho resulta irreemplazable (*Jntuitupersonae*), sólo servirá la ejecución por la misma persona; es claro, si daré mi biblioteca con la condición de que el donatario "dicte clases a un grupo de alumnos" o si la condición consiste en que "se reciba de abogado", no existe ninguna posibilidad de subrogancia. En cambio, si se trata de hechos para cuya ejecución no es esencial la participación de la persona involucrada, la ejecución puede ser cumplida por un tercero, por ejemplo, si consiste en "cortar el césped" o "pasar el perro". Por cierto, tratándose de cuestiones de hecho, todo dependerá de las circunstancias de cada caso y de la prudente apreciación judicial.

c) En qué casos se considera que está cumplida la condición.

Cumplimiento ficto

Cuando sucede o tiene lugar en la realidad del mundo exterior el hecho previsto, siendo idéntico, íntegro e indivisible, se entiende que está cumplida la condición. Existen otros supuestos en los que, sin haber sucedido el hecho previsto en la realidad, la ley (arts. 537 y 538) ha considerado —en atención a distintas razones— que debe tenerse por cumplida la condición.

⁸⁰ Como parecen creerlo Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 908, p. 563.

⁶¹ De acuerdo con la aplicación analógica de 1 a las obligaciones de hacer: Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 230, p. 167; Lafaille, *Curso de obligaciones*, t. II, n° 910, p. 49.

Tales supuestos, reunidos bajo el rótulo "cumplimiento ficto", son los siguientes:

I) *Renuncia del interesado*. En toda obligación supeditada a una condición suspensiva, alguno de los sujetos, sea el deudor, sea el acreedor, tiene interés directo en el cumplimiento de la condición; así, por ejemplo, Juan le promete a Diego que le venderá su casa con la condición de que Diego convenza a Pedro para que le venda la suya a Juan; en este caso, el interesado en que la condición se cumpla es, sin duda, Juan; pues bien, si Juan renuncia a la condición, la ley la tiene por cumplida y, en consecuencia, la promesa de venta será considerada como pura y simple. No deja de ser equívoco hablar en este caso de *cumplimiento ficto*, ya que el hecho condicionante no se ha cumplido en realidad; pero se entiende que cuando la ley dice "se juzga cumplida", lo hace en el sentido de suprimirla de la obligación.

Lo equívoco llega a su punto culminante si se trata de una condición resolutoria; en este caso, la renuncia del interesado jamás puede ser entendida como cumplimiento, ni aun ficticio, del hecho condicionante; por su propia naturaleza, se debe interpretar que la renuncia implica tener por frustrada la condición. Por ejemplo, si Juan vende su casa a Diego con la cláusula de que quedará resuelta si Diego *no convence* a Pedro que, a su vez, venda la suya a Juan; si el interesado, Juan, renuncia a la condición, debe considerarse que la condición ha fracasado, es decir que Diego *JÍ convenció* a Pedro, pues, si se entendiera cumplida la condición, la venta quedaría resuelta y no es eso lo que quiere el renunciante; por ello, debe estimarse que Diego convenció a Pedro (lo que equivale al fracaso de la condición), ya que sólo así la venta entre Juan y Diego quedará firme y los derechos emergentes de ella definitivamente adquiridos; de lo contrario, si se interpretara que la condición se cumplió ficticiamente, es decir que Diego *no convenció* a Pedro, la venta quedaría resuelta y no es ésa la solución querida por la ley.

JJ) *Negativa del tercero*. El art. 537 también considera cumplida la condición "...cuando, dependiendo del acto voluntario de un tercero, éste se niegue al acto, o rehuse su consentimiento...". Supóngase el siguiente ejemplo: Juan dona su biblioteca a Diego, con la condición de que el hijo mayor de éste, Pedro, comience los estudios de derecho; si Pedro se niega o no quiere estudiar derecho, ¿la obligación de donar la biblioteca será considerada como pura y simple? Una interpretación literal del art. 537 conduce a la respuesta afirmativa, y encontraría fundamento en el respeto a la libertad del tercero, en este caso Pedro, que, de otro modo, podría verse violentado a hacer algo que no quiere o a hacerlo contra su voluntad sólo para no frustrar un negocio que le es ajeno⁶². Pero

esta respuesta contempla únicamente la situación del tercero, que por cierto es atendible, pero se desentiende por completo del interés y de la voluntad del donante, que se verá obligado a cumplir sin que su condición se haya cumplido. Por esta razón y por el fundamento que se dará enseguida, se propicia descartar la interpretación literal del art. 537 —para evitar que sea aplicable a todas las hipótesis— y, armonizando ese texto con otras reglas y principios del Cód. Civil, una respuesta que contenga una serie de distinciones:

a) Si el hecho condicionante depende pura y exclusivamente de la voluntad del tercero, y el tercero se niega o rehusa cumplirlo, caben dos posibilidades: 1º) si el interesado en el cumplimiento de la condición es el deudor, por ejemplo, si me obligo a entregar una colección de cuadros a Diego, con la condición de que Pedro me regale un cuadro de Renoir que es de su propiedad, y éste se niega, debe interpretarse que la condición ha fracasado y, por ende, que la obligación de mi parte nunca existió, porque de lo contrario, además de la carga propia que significa cumplir con la obligación, el deudor sufrirá una pérdida por el no cumplimiento de la condición; 2º) si, en cambio, el interesado en el cumplimiento de la condición es el acreedor, por ejemplo, si me obligo a entregar una colección de cuadros a Diego, con la condición de que Pedro le regale también a Diego el Renoir que es de su propiedad, y Pedro se niega, debe tenerse por cumplida la condición (art. 537), pues en este caso el incumplimiento de la condición no significa una pérdida mayor para el deudor.

b) Si la condición es de las llamadas mixtas, en las que el hecho depende en parte de la voluntad del tercero y en parte de otras causas, caben las siguientes posibilidades: 1º) si el hecho condicionante no se cumple, porque no se dan las causas extrañas al tercero, la condición debe tenerse por cumplida, siendo irrelevante si el tercero quería o no cumplir su parte, pues de todos modos la condición no iba a cumplirse al faltar las otras causas; por ejemplo, si me obligo a donar a Diego diez lanchas a motor, siempre que el Estado decida la construcción de un dique en terrenos que, como condición, deberá donar Pedro al Estado. Si el Estado no decide construir el dique o si decide no hacerlo, es irrelevante que Pedro quiera o no cumplir con su parte (ceder los terrenos), porque de todos modos la condición prevista no se cumplirá. En este caso debe tenerse por cumplido el hecho en los términos del art. 537, porque la voluntad del tercero no es relevante; 2º) si el hecho condicionante no se cumple, pero, a diferencia del caso anterior, concurren todas las causas extrañas a la voluntad del tercero y es éste el que no quiere o se rehusa a cumplir su parte, dependiendo ello exclusivamente de su voluntad, la situación queda reducida a la de una condición puramente potestativa y se aplican las soluciones ya reseñadas: si la condición interesa al deudor, se la tiene por fracasada, y se la tiene por cumplida si sólo interesa al acreedor⁶³.

En contra Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Las obligaciones en general*, 11, n° 670-a,

c) Si la condición es *casual*, en el sentido de que el hecho del tercero es tomado como condición sin hacerlo depender de su voluntad, incluso puede desconocer que un hecho suyo ha sido tomado como condición; por ejemplo, te pagaré el pasaje a Buenos Aires si Pedro llega de viaje antes de la medianoche, y Pedro no sabe que ese hecho suyo ha sido tomado como condición. En este caso, si Pedro no llega antes de la medianoche, la condición no se ha cumplido y en esto nada tiene que ver su voluntad, o la circunstancia de que haya querido —o no— llegar a la hora indicada. No se aplica, pues, el art. 537⁶⁴

IU) *Dolo del interesado en el incumplimiento. Impedimento voluntario.* Según el art. 537 se tendrá por cumplido el hecho condicionante cuando la parte interesada, "*a quien el cumplimiento no aprovecha*", lo impidiera con dolo. De la frase en bastardilla, textual del art. 537, podría inferirse que la parte a quien el cumplimiento de la condición no aprovecha, podría ser tanto el deudor como el acreedor. Sin embargo, tratándose de condiciones suspensivas, en la hipótesis tenida en mira por el art. 537, la única parte a quien el cumplimiento de la condición no aprovecha es el deudor, porque si la condición se cumple tendrá que pagar, en tanto que si no se cumple, la obligación desaparecerá. Por ello, el art. 538 es más preciso: "*Se tendrá por cumplida la condición bajo la cual se haya obligado una persona, si ella impidiere voluntariamente su cumplimiento*". Es más preciso, porque se refiere a la persona obligada y tal persona no pueda ser otra que el deudor.

Un ejemplo de la hipótesis considerada sería el siguiente: me obligo a vender una fracción de un inmueble rural con la condición de que el comprador construya en tres meses canales de riego para todo el sector; en tal caso, si me dedicara a entorpecer o impedir los trabajos para que el comprador no pueda construir los canales en el tiempo estipulado, por aplicación de los arts. 537 y 538, la condición se tendrá por cumplida. Ninguna objeción merece la solución legal, pues de lo contrario se estaría premiando un obrar antijurídico. La ley sanciona el dolo del obligado, es decir, cuando actúa con deliberada intención de evitar el cumplimiento del hecho. La doctrina se pregunta si estará incluida la culpa, es decir, el obrar no deliberado, pero sí negligente o imprudente. La mayoría de los autores se pronuncia en sentido afirmativo⁶⁵, con el argumento

p. 564, y concuerdan con él, Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 984, p. 566. Ninguno de estos autores explica por qué la condición mixta en la que sólo falta que se cumpla la parte del tercero, que es la hipótesis que se analiza en el texto, debe tenerse por cumplida si el tercero no quiere o se rehusa a cumplir. Más lógica parece, a mi juicio, la solución que se propicia en el texto.

⁶⁴ De acuerdo en este punto: Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Las obligaciones en general*, 1.1, n° 670-a, p. 564.

⁶⁵ Lafaille, *Curso de obligaciones*, t. II, n° 911, p. 51; Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. III, n° 892, p. 261; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 673 p. 565; Rez-zónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 541; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n°946.

de que no existen razones para distinguir el dolo y la culpa, ya que tanto en uno como en otro caso el obligado impide la existencia de la obligación y debe ser sancionado «*. Otros autores formulan una distinción según que la condición sea casual, mixta o potestativa, y concluyen que sólo en este último caso la conducta culpable del que tiene a su cargo la ejecución del hecho condicionante puede ser decisiva y, siendo así, debe ser sancionada; pero si la culpa del obligado no es decisiva en el incumplimiento del hecho, no habrá sanción «*».

La cuestión, así planteada, merece estos comentarios:

1) Limitar la sanción —mediando culpa del obligado— a las condiciones puramente potestativas es innecesario y no se justifica, por cuanto en estas condiciones, por naturaleza, el hecho depende exclusivamente de la voluntad del deudor, de su capricho o libre arbitrio; en consecuencia, si me obligo a entregar los libros "si quiero" y luego no los entrego porque no quiero hacerlo, ¿se puede hablar de culpa? No, y por eso estas obligaciones son nulas (art 542).

2) En las condiciones casuales, mixtas y potestativas impropias sí puede acontecer que el deudor, por su culpa, impida u obstruya el cumplimiento del hecho condicionante, en todo aquello, por cierto, que no dependa de su exclusiva voluntad. En estos casos se abre, según pienso, una opción a favor del acreedor. 1º) puede exigir que se tenga por cumplida la condición, invocando los arts. 537 y 538; 2º) puede demandar al deudor por indemnización de los daños y perjuicios que hubiese sufrido en razón de su obrar culpable, por aplicación de las reglas generales (arts. 508, 512, etc.) «, siempre que concurren los restantes elementos de la responsabilidad civil, daño y relación de causalidad.

3) Por aplicación de las reglas generales que gobiernan el *onus probandi*, incumbe al acreedor la carga de probar la culpa o el dolo del deudor que impidió el cumplimiento del hecho. A la inversa, si el deudor afirma que el hecho se frustró por la ocurrencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, la prueba de tal afirmación le incumbe a él.

d) En qué casos se considera que no está cumplido el hecho condicionante

El hecho condicionante se tendrá por no cumplido y, por ende, se considerará fracasada la condición en los siguientes casos:

1) Cuando el hecho no haya ocurrido en el mundo exterior.

⁶⁶ Es el argumento dado por Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, ítem 673 p. 565.

⁶⁷ Es la tesis de Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II n° 985, p. 569.

⁶⁸ Cazeaux y Trigo Represas (*Derecho de las obligaciones*, t II, n° 985, p. 569, cita n° 173) le atribuyen, esa tesis, entre otros autores, a Colmo, quien la habría sostenido en *Obligaciones en general*, n° 228, p. 167. Sin embargo, no es ésta la opinión de Colmo, según se puede comprobar.

2) Cuando haya mediado un caso fortuito o de fuerza mayor que impidió su realización o modificó los acontecimientos.

3) Por último, cuando quien obra con dolo o culpa no es el deudor sino el acreedor, pero orientando su proceder al cumplimiento del hecho condicionante para así lograr que su derecho quede firme. Aunque el hecho se haya cumplido, se debe considerar frustrada la condición; ya que a igual conducta, igual sanción. Es claro, así como se sanciona al deudor que impide el cumplimiento del hecho, así se debe sancionar al acreedor que, con dolo o culpa, favorece el cumplimiento de ese hecho⁶⁹.

§ 381. TIEMPO EN QUE DEBE CUMPLIRSE

Cabe distinguir dos situaciones:

a) Cuando se ha fijado un plazo

Cuando se ha estipulado que el hecho condicionante deberá cumplirse dentro de un plazo; por ejemplo, te entregaré mi biblioteca si "te recibes de abogado dentro de los seis próximos años", es obvio que la obligación "*...caduca, si pasa el término sin realizarse, o desde que sea indudable que la condición no puede cumplirse*" (art. 539). A la inversa, cuando se estipula que la condición consiste en que un hecho no se verifique dentro de cierto plazo, por ejemplo, te regalaré mi biblioteca "si hasta dentro de seis años no dejas de ejercer la profesión de abogado", también es obvio que la condición "*...queda cumplida si pasa el tiempo sin verificarse*" (art. 540). Por contener una respuesta obvia, estas disposiciones, las de los arts. 539 y 540, bien pueden ser suprimidas en una futura reforma."

b) Cuando no se ha fijado un plazo

Cuando en el título o fuente de la obligación no se ha estipulado el plazo durante cuyo transcurso debe verificarse o, en su caso, no debe verificarse el hecho condicionante, se abre el siguiente interrogante: ¿basta cuándo, durante qué lapso, la obligación quedará sujeta a la incertidumbre propia de la condición? En primer lugar, la ley tiene establecido que, ante la inexistencia de plazo estipulado, lo previsto en la condición "*...deberá cumplirse en el tiempo que es verosímil que las partes entendieron que debía cumplirse...*" (art. 541, primera parte).

Esta cuestión merece las siguientes consideraciones:

1) La disposición se aplica tanto a los casos en que la condición consiste en un hecho positivo, como cuando se trata de un hecho negativo; es obvio,

⁶⁹ Busso, *Código CML*, t DI comentario al art. 537, n° 28; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zanoni (coord.), *Código CML*, t II, comentario al art. 537, § 5, p. 767.

pues sea que deba suceder o no un hecho, siempre hay que atenerse a un cierto lapso, que puede ser breve o prolongado, pero siempre limitado.

2) Para fijar la extensión de ese lapso, la ley nos dice —dándonos una valiosa pauta interpretativa— que debe estarse a lo que "es verosímil" según la intención de las partes. Son útiles, aquí, las referencias hechas a propósito de las obligaciones con plazo tácito⁷⁰: cuando la finalización del plazo no ha sido establecida, pero el momento en que debe fenecer resulta de la naturaleza y circunstancias, es verosímil suponer que las partes han tenido en mira ese momento; por ejemplo, si le dono mi biblioteca a un sobrino que acaba de terminar el secundario, pero supedito la entrega de los libros a la condición de "que se reciba de abogado" sin especificar el plazo dentro del cual deberá cumplirse, resulta verosímil suponer que hemos previsto que el hecho condicional debe suceder después de transcurridos cinco años, como mínimo, y ocho como máximo, pues según las circunstancias y la naturaleza del hecho, ése es el tiempo en que es común que los estudiantes culminen la carrera de abogacía. No obstante, en caso de que las partes no se pongan de acuerdo sobre si transcurrió o no el plazo "verosímil", la cuestión deberá ser resuelta por el juez. ...

3) En caso de que no exista ningún elemento de juicio que haga presumir cuál es el tiempo en que es verosímil que el hecho se cumpla, no cabe Sino demandar ante juez competente la fijación judicial del plazo. Se ha dicho —con fundamento en que toda obligación crea siempre un vínculo temporal— que esta posibilidad sólo procede en caso de condiciones potestativas⁷¹, porque si el hecho debe ser cumplido por una de las partes, no parece lógico, ni es justo, que, además, se tome todo el tiempo que quiera sin limitaciones. En rigor de verdad, no encuentro razón alguna para descartar la fijación judicial del plazo en las condiciones casuales y en las mixtas. Por el contrario, tampoco en estas obligaciones el vínculo puede extenderse para siempre, *sine die*, y es tan necesario, como en las potestivas, ponerle un límite temporal al hecho condicional; por ejemplo, si me obligo a ceder un inmueble ribereño, sujetando la obligación a la condición de que "el río cambie de curso" (condición casual) sin estipular un plazo para que ello suceda y si no se cuenta con algún elemento de juicio que haga presumir cuándo es verosímil que el hecho ocurra, nada más lógico y atinado que pedir la fijación judicial de ese plazo.

4) Si no se ha fijado un plazo y estando pendiente la condición ocurre un acontecimiento que hace indudable que el hecho previsto como condicionante no sucederá, el art. 541, 2ª parte, dispone que "...se tendrá por cumplida la condición". La doctrina, casi sin discrepancias⁷², sostiene que esta disposición se

⁷⁰ Verj «pra, § 165, i».

⁷¹ Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 685, p. 570; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 990, p. 575.

⁷² Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 686, p. 572; Alterini, Ameal y López Ca-

refiere exclusivamente al supuesto en el que la condición consiste en un hecho negativo; por ejemplo, Pedro se compromete a pagar a Pablo una suma de dinero si éste "no pinta el retrato de Juan"⁷³; ahora bien, si estando pendiente la condición Pablo queda totalmente paralítico, resulta evidente que no podrá retratar a Juan; ante esa evidencia, se tiene por cumplida la condición y la obligación de pagar la suma de dinero se vuelve pura y simple.

IV) EFECTOS DE LAS CONDICIONES

§ 382. EL MÉTODO. DOS CUESTIONES PREVIAS

Uno de los capítulos más importantes que presenta el estudio de las condiciones es el relativo a los efectos. Para ajustar la exposición de este tema a un método que evite equívocos, es necesario abordar con carácter previo dos cuestiones: *a)* la vigencia del principio de retroactividad de los efectos, imperante en nuestro derecho; y *b)* la clasificación de las condiciones en suspensivas y resolutorias, asunto postergado en su momento⁷⁴ y que es imprescindible para abordar el tema de los efectos.

§ 383. EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

a) Planteo de la cuestión. Importancia

La primera cuestión a encarar puede plantearse mediante el siguiente interrogante: ¿desde cuándo, en qué momento, el cumplimiento o el fracaso del hecho previsto como condición produce efectos sobre la obligación? La importancia del asunto se advierte cuando se pasa revista a las consecuencias que derivan de la respuesta que se dé; por ejemplo, el 31 de enero me obligo a pagar la suma de diez mil pesos a Pedro con la condición de que éste escriba una monografía; si Pedro termina de escribirla el 30 de septiembre, dándose por cumplida la condición, debo, en consecuencia, cumplir la obligación, ¿cuándo debe interpretarse que nació la obligación?, ¿el 31 de enero, día en que prometí el pago o el 30 de septiembre, día en que se cumplió la condición?

Se han dado, en la doctrina y en la legislación, dos respuestas:

baña, *Obligaciones*, n° 943; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, L H, comentario al art. 541, § 5, p. 775.

⁷³ El ejemplo corresponde a Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. n, n° 991, p. 576.

⁷⁴ *Supra*, § 374.

b) *Retroactividad*

Para un sector de la doctrina y algunas legislaciones⁷⁵, entre ellas la nuestra como se verá, los efectos del cumplimiento o del fracaso del hecho condicional se retrotraen al momento en que se celebró el acto jurídico del cual deriva la obligación. Esta tesis se funda en los siguientes argumentos: 1) la obligación y el correlativo derecho de crédito existen a partir del momento en que queda constituido el título o causa fuente de la obligación; el hecho condicionante que —por naturaleza— debe ser *futuro* no es nada más que un elemento *accesorio* de esa fuente; 2) en consecuencia, el cumplimiento del hecho previsto no hace nacer la obligación ni el crédito, solamente lo que hace es confirmar que ha nacido; es así, se dice⁷⁶, porque el derecho condicional preexistía al cumplimiento de la condición; por ello, nada más normal y conforme con la naturaleza de las condiciones que los efectos de su cumplimiento se remonten en el pasado hasta el día en que el trato de las partes lo haya hecho nacer⁷⁷; 3) por último, no se debe desconocer la voluntad presunta de las partes, y esta voluntad indica que las partes quieren obligarse cuando manifiestan su voluntad aunque el cumplimiento, transitoriamente, quede sujeto a cierta incertidumbre.

c) *Irretroactividad*

Para otra importante doctrina⁷⁸, los efectos del cumplimiento o del fracaso de la condición se producen a partir del momento en que el hecho previsto se ha cumplido o, en su defecto, después de que ha fracasado y no se retrotraen al tiempo en que la obligación ha sido pactada, es decir, no se producen efectos retroactivos. Para fundar esta tesis se afirma que si bien la obligación nace con el acuerdo de voluntades, el vínculo que se crea entre deudor y acreedor es precario, interino, y que recién se perfecciona —o desaparece— cuando el hecho condicional se cumple o se frustra; por consiguiente, si la voluntad de las partes no basta para crear una obligación perfecta, es más lógico concluir que la obligación adquiere plena eficacia recién con el cumplimiento de la condición y no antes. Por otra parte, afirmar que se debe presumir que la voluntad del deudor ha sido la de obligarse desde el momento mismo en que expresó su voluntad en

⁷⁵ Cfr. Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 949; Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. III, n° 893, p. 264; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código Civil* t. II, comentario al art. 543, § 1, p. 780.

⁷⁶ Ver Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, t. II, n° 797, p. 23.

⁷⁷ Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, t. II, n° 797, p. 23.

⁷⁸ Ennecerus y Nipperdey, *Tratado*, t. I "Parte general", vol. II, § 185, n° 1, p. 352; Andreas von Tuhr, *Tratado de derecho civil*, t. III, n° 319, p. 358.

tal sentido, con prescindencia del hecho condicional, es, por lo menos, arbitrario; porque bien se podría afirmar lo contrario y argumentar que —precisamente en razón de la condición— la voluntad del deudor ha sido la de obligarse recién después de que suceda, si sucede, el hecho puesto como condición y no antes.

d) El sistema en nuestro Código Civil

Conociendo el codificador los términos de la disputa, controversia que se remonta al derecho romano, se pronunció al respecto adoptando el principio de la retroactividad, al disponer en el art. 543 que "*Cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo*". Pero, como se verá en los párrafos que siguen⁷⁹, se trata sólo de una regla general que reconoce una serie de importantes excepciones orientadas siempre a tutelar los derechos de los terceros.

§ 384. CONDICIONES SUSPENSIVAS Y RESOLUTORIAS

Nuestro Código Civil reglamenta los efectos según que se trate de condiciones suspensivas o resolutorias. Por esa razón he juzgado conveniente, desde el punto de vista del método, tratar aquí lo concerniente a esta clasificación de las condiciones para vincularlas directamente con los efectos que, según nuestro ordenamiento, se dan en uno y otro caso.

a) Doctrinas que niegan la distinción

Por empezar, no se crea que la división es incuestionable. Por el contrario, ha sido negada desde una doble perspectiva: 1º) una importante doctrina niega que la clasificación entre suspensivas y resolutorias sea exacta, afirmando que, en rigor, todas las condiciones son suspensivas⁸⁰, ya que la llamada "suspensiva" suspende la eficacia de la obligación, y la llamada "resolutoria" suspende la resolución del derecho. Lo que ocurre, dicen estos autores, es que en la condición resolutoria el acto aparece como puro y simple y en este carácter produce todos sus efectos normales: lo único que queda en suspenso es la posibilidad de su resolución en el caso de cumplirse la condición⁸¹; por ejemplo, Juan le compra una casa a Diego, estipulándose que la compra quedará resuelta si Juan encuentra otro inmueble a un precio menor; en este caso, que se presenta como

⁷⁹ Ver *infra*, §§ 385 y ss.

⁸⁰ Es la tesis que, entre sus más importantes sostenedores, exponen Mayz, *Curso de derecho romano*, t. H n° 205, p. 178, y Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 632, p. 532.

⁸¹ Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 632, p. 532.

una compra sujeta a una condición resolutoria, para Juan no sería nada más que una condición que suspende su derecho a resolver la compra en el supuesto de que el hecho condicionante, encontrar una casa más barata, se cumpla; 2º) otra doctrina, no menos importante **, también niega la división, afirmando que en los contratos bilaterales —aquellos en los que ambas partes quedan recíprocamente obligadas— toda condición es, al mismo tiempo, suspensiva para una de ellas y resolutoria para la otra; así, Juan vende una casa que tiene en Tucumán a Diego con la condición, resolutoria, de que si lo nombran juez en esa ciudad la venta quedará resuelta; si se analiza la situación de Juan, que es la parte "vendedora", se tiene: a) en tanto *deudor* de la obligación de transferir el dominio de la cosa vendida, su obligación se sujeta a una condición resolutoria; b) en tanto acreedor del derecho a resolver la venta, tiene un crédito sujeto a condición suspensiva.

b) Una y otra categoría según el Código Civil

No obstante la disputa que queda reseñada, nuestro Código no sólo aceptó la división de las condiciones en suspensivas y resolutorias, sino que reguló los efectos a partir de esa clasificación, aunque en diversas disposiciones debió admitir que ambas debían quedar sometidas al mismo régimen jurídico. En definitiva, la división está establecida en estos términos: 1) la obligación bajo condición suspensiva *"es la que debe existir o no existir, según que un acontecimiento futuro e incierto suceda o no suceda"* (art. 545); 2) la obligación es formada bajo condición resolutoria *"cuando las partes subordinaren a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido"* (art. 553).

c) Calificación de la condición en caso de duda

En la mayoría de los casos, cuando la voluntad de las partes se ha expresado con suficiente claridad, calificar a la condición como suspensiva o resolutoria no presentará problema. Pero, ¿qué decidir en caso de duda?

El Código Civil —al referirse al contrato de compraventa— contiene una serie de disposiciones que *deciden* qué clase de condición debe considerarse pactada en caso de duda, o en subsidio de la voluntad de las partes. A título de ejemplo se pueden mencionar las siguientes: a) si en el contrato de compraventa el comprador ha entregado la cosa y se ha puesto alguna condición sin especificar la clase, se reputará que es resolutoria (art. 1372); b) la venta con cláusula de poderse arrepentir el comprador y vendedor se reputa hecha bajo condición resolutoria, aunque el vendedor no hubiese hecho tradición de la cosa al comprador (art. 1373, primera parte); c) toda venta hecha con pacto comisorio se reputará hecha bajo condición resolutoria (art. 1374, primera parte);

d) toda venta que lleve la cláusula "a satisfacción del comprador" se reputa hecha bajo condición suspensiva (art. 1377).

Si, en un caso concreto, la ley no decide la cuestión, ¿cabe alguna presunción sobre si es suspensiva o resolutoria? Se han sostenido diversos criterios. Así, a) si se trata de contratos consensuales y creditorios, sean unilaterales o bilaterales⁸³ : 1) si una de las partes ha cumplido su obligación, por ejemplo, el donante ha entregado la cosa, se debe presumir que la condición ha sido querida como resolutoria; 2) si ninguna de las partes ha cumplido su obligación, en la duda, debe presumirse que la condición es suspensiva, pues si la condición hubiese sido querida como resolutoria, debió cumplirse, ya que esta condición no priva al negocio de su eficacia, es decir, aunque sea provisoriamente, la obligación debió cumplirse; b) si se trata de contratos reales⁸⁴, que por fuerza son siempre unilaterales⁸⁵: 1) si la parte obligada cumplió su obligación, por ejemplo, el depositante restituyó la cosa depositada, el contrato se habrá extinguido, sin perjuicio de las vicisitudes que pueden afectar ese pago⁸⁶; 2) si la parte obligada no cumplió, y su obligación es condicional, debe presumirse el carácter suspensivo; 3) si se trata de la parte que *constituyó* el contrato, por ejemplo el comodante, el depositante, el mutuante, etc., como, por hipótesis, ya entregó la cosa al constituir el contrato, la condición para él se presume resolutoria.

Pero en definitiva, en caso de duda, la cláusula que impone la condición debe ser interpretada según el principio de buena fe (art 1198) y procurando desentrañar la intención real y común de los otorgantes del acto; las pautas que quedan reseñadas siempre deben ser usadas dentro de tales límites.

1) EFECTOS DÉLAS CONDICIONES SUSPENSIVAS

§ 385. CARACTERIZACIÓN DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

A partir de una interpretación literal del art 545, se puede afirmar que la característica esencial de la condición suspensiva es que —a diferencia del pla-

⁸³ Los contratos consensuales y creditorios son aquellos que se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes e inciden en el campo de los derechos de crédito, creando obligaciones a cargo de una (unilaterales) o de ambas partes (bilaterales); ej. de contratos consensuales, creditorios y unilaterales, la donación; ej. de contratos consensuales, creditorios y bilaterales, la compraventa

⁸⁴ Los contratos reales son aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa, y pueden tener efecto creditorio, como p.ej. el depósito o el comodato, efecto real, como p.ej., el mutuo, o efecto mixto, como p.ej., el contrato oneroso de renta vitalicia

⁸⁵ Siempre son unilaterales desde el punto de vista creditorio, aunque pueden ser bilaterales desde el punto de vista atributivo. Sobre este tema: Wayar, *Contratos*, § 81, p. 161.

⁸⁶ Téngase presente que la restitución del depósito constituye *pago* y, en cuanto tal, puede verse afectado por determinadas vicisitudes (ver, *supra*, § 85 y ss.).

zo—no difiere la exigibilidad de la obligación, sino que posterga la existencia misma del negocio jurídico al que accede; tal la conclusión que se extrae del art 545, que vale reiterar, "*...es la que debe existir o no existir*", según que un acontecimiento futuro e incierto suceda o no suceda. Enseñaba Pothier⁸⁷: pendiente de cumplirse la condición, nada es debido; a la inversa, acreditado el cumplimiento de la condición, la obligación se perfecciona y es exigible. Si bien se dice que antes del cumplimiento de la condición la obligación no existe, corresponde dejar establecido —porque es fundamental— que no existe como obligación pura, pero *sí existe* como condicional.

Por ejemplo, si se estipula que Juan dará a Diego una suma de dinero cuando este último haga una donación a favor de Pedro, se habrá contraído una obligación bajo condición suspensiva. La adquisición del dinero por parte de Diego estará subordinada a la previa donación a Pedro; pendiente la condición, Juan nada debe, pero una vez efectuada la donación, la obligación condicional se convierte en pura y simple, y su cumplimiento puede ser exigido de inmediato.

En definitiva, la condición, cuando es suspensiva, difiere el perfeccionamiento de la relación jurídica obligatoria, en tanto relación pura; pendiente la condición, nada se debe; mas, una vez cumplido el hecho previsto, la obligación queda perfecta sin modalidad alguna, salvo, naturalmente, que además de la condición se haya estipulado un plazo o un cargo.

§ 386. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN MIENTRAS ESTÁ PENDIENTE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

¿Cuál es la situación jurídica del deudor y del acreedor en una obligación sujeta a condición suspensiva, mientras está pendiente de suceder, o no suceder, el hecho condicicante? Con afán simplificador, examínese la cuestión desde la perspectiva del acreedor ¿cuál es su situación jurídica *pendente conditione*? Pese a que se han dado las más diversas opiniones, es posible agruparlas en dos corrientes:

a) Tesis que niega la existencia del crédito

Una primera corriente sostiene que mientras no suceda el hecho previsto como condición el crédito no existe, y el acreedor sólo tiene una *esperanza* de que el evento previsto suceda, o bien, tiene una *expectativa* orientada en el mismo sentido; recién cuando se cumpla el hecho, nacerá el crédito; antes es inexistente⁸⁸. En nuestro derecho esta tesis tendría respaldo, por un lado, en el ya

⁸⁷ Como lo enseñaba Pothier, *Tratado de las obligaciones*, **LI**, n° 218, p. 177.

⁸⁸ Cfr. Carbonnier, *Derecho civil*, t. I, vol. 2, p. 488, traducción de Zorrilla Ruiz; Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. II, § 84, p. 222.

citado art. 545, en tanto dice que la obligación debe existir sólo si sucede la condición; y, por otro, en el texto del art 547, en tanto autoriza al deudor a "*repetir lo que durante la condición hubiere pagado al acreedor*", lo que se explica porque antes de la condición el crédito no existe $\nrightarrow$. Esta tesis acierta al negar la existencia del crédito, en tanto la afirmación se entiende referida a un crédito puro y simple, porque tal conclusión es indudable: no existe un crédito puro antes de la condición; pero, a mi juicio, resulta insuficiente, porque lo que se debe explicar, y esta tesis no lo hace, es en qué consiste la situación jurídica de este acreedor *sui generis*, que no llega a tener un crédito, pero tiene facultades y derechos que constituyen más que una simple esperanza o expectativa.

b) Tesis que admite la existencia de un derecho de crédito eventual

Una segunda corriente afirma que el acreedor tiene durante este lapso (*pendente conditioni*) un derecho de crédito *eventual* o un crédito *en suspenso* ⁸⁹, el crédito está *in fieri* o *in potentia* ⁹⁰ en el sentido de que ese derecho depende de un evento que puede o no suceder; pero mientras espera que suceda, el derecho de crédito está en suspenso, es un derecho eventual o condicional. A partir de negar la existencia de un derecho actual, también se ha dicho que se trata de un derecho futuro ⁹¹. Para fundar la tesis de la existencia de un derecho eventual, se ha sostenido que concurren en este caso todos los elementos constitutivos de la obligación: sujetos, objeto, fuente y vínculo jurídico, pero lo que ocurre es que el vínculo está sometido de momento a una incertidumbre que limita su plenitud. "La esperanza o expectativa de que se habla —se afirma como réplica a la tesis anterior— no se pueden referir, pues, al acto jurídico, a la obligación, sino a lo sumo a la plenitud de esa obligación, de ese derecho" ⁹². En nuestra doctrina, los autores que sustentan la afirmación de que existe un dere-

⁸⁹ La situación que se presente se asemeja a la de un pago indebido, tanto que la ley (art. 790, inc. 1) presume que el pago fue hecho mediando error esencial por parte del *solverá*. Para el derecho español, cuyo art 1121 es similar al 547 argentino, sus comentaristas sostienen la misma opinión: Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 1.1, p. 536; Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, LI, vol. II, p. 97.

⁹⁰ Tal la afirmación de Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t L n° 693-4, p. 578. En el mismo sentido, Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 954, p. 416.

⁹¹ Cfr. Puig Peña, *Tratado de derecho civil español*, t. IV, "Obligaciones", p. 108.

⁹² Dice al respecto Betti: "El titular de una expectativa suspensivamente condicionada no lo es de ningún derecho actual; sólo es el eventual titular de un derecho futuro". En tanto derecho futuro, agrega más adelante, puede ser objeto de actos de disposición, de expropiaciones, de transmisiones *mortis causa*, etc. (Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 65, p. 403).

⁹³ El argumento, textual, pertenece a Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 996, ps. 582 y 583. La idea es desarrollada ampliamente por Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 65, ps. 402 y 403.

cho de crédito eventual, creen encontrar respaldo en dos textos del Código Civil, los arts. 546 y 548.

c) *Tesis que afirma que un crédito condicional es un derecho "sui generis"*

Si bien es obvio afirmar que el acreedor condicional no tiene un derecho de crédito *puroy simple* (como lo hace la primera tesis), también es obvio limitarse a sostener que tiene un derecho de crédito *condicional*⁹⁴ (como lo hace la segunda corriente). En todo caso, es preferible la opinión de quienes sostienen que el sujeto tiene un derecho al derecho⁹⁵, aunque, en rigor, todavía resta explicar en qué consiste ese "derecho" al que "se tiene derecho"; si es tal el crédito futuro y eventual, creo que no se ha avanzado nada, porque sigue careciendo de eficacia *actual*. Por ello, prefiero individualizarlo por su contenido: es un derecho a pedir y obtener medidas conservatorias (*lato sensu*) y a la percepción de los frutos, derecho actual, no en potencia, pues para su ejercicio no es necesario esperar que suceda el hecho previsto como condición.

Limitando el análisis de la cuestión a nuestro derecho positivo, esta conclusión puede llegar a ser contundente, pues:

1) El art 546 concede al acreedor, mientras está pendiente la condición, el derecho de gestionar ante el juez *"todos los actos conservatorios, necesarios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y de sus derechos"* (art 546). De este texto se deduce que el acreedor condicional tiene un derecho, porque si así no fuera, no se le reconocería esta posibilidad de pedir medidas conservatorias, ya que tales medidas no pueden ser solicitadas por quien sólo tiene una esperanza o una expectativa. Pero, entiéndase bien, no se trata del ejercicio de un derecho de crédito, sino de un derecho distinto, *propio y típico*, de que es titular toda persona que quiere tutelar un derecho futuro.

Bien se lo podría llamar, desde esta perspectiva, derecho a la *conservación* del objeto, porque allí se agota esa prerrogativa y hasta puede no ser útil para quien pidió la conservación, lo que ocurriría si la condición suspensiva no se cumple, y el crédito futuro que se quería tutelar no llega a existir, pero aun en ése supuesto, el derecho a la conservación habrá sido legítimamente ejercido.

2) Es posible que, pendiente la condición, el deudor entregue la cosa al acreedor, poniéndolo en posesión de ella, pero advirtiéndole que la entrega no

⁹⁴ Como lo afirma, p.ej., Colmo, *Obligaciones en general*, n° 232, p. 169. Es inevitable advertir que, en definitiva, la opinión de Colmo nada aporta, porque tratándose de una obligación sujeta a condición suspensiva, también es sumamente obvio decir que el acreedor tiene "un derecho condicional**", lo que se trata de saber es —precisamente— *qué es, en qué consiste*, ese llamado derecho condicional.

⁹⁵ Cfr. L. Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, p. 558.

constituye cumplimiento de la obligación condicional. En este caso, puesto que no existía todavía el crédito, el deudor podrá repetir lo pagado porque la ley presume que ha obrado con error **, porque así lo disponen los arts. 547 y 790, inc. 1; si el deudor exige la restitución, el acreedor deberá restituirla "*con los aumentos que hubiere tenido por sí, pero no los frutos que haya percibido*" (art. 548, *in fine*); es decir, podrá quedarse con los frutos percibidos. Ésta es también una prerrogativa que le corresponde en razón de ese especial derecho que tiene durante el período de pendencia de la condición, derecho que es, vale reiterarlo, típico y propio, derecho actual y no futuro.

§ 387. EFECTOS MIENTRAS ESTÁ PENDIENTE LA CONDICIÓN

Para precisar en qué situación se encuentran los sujetos, más allá de haber individualizado el derecho del acreedor, mientras está pendiente la condición, corresponde abordar los siguientes temas: a) ejecución; b); garantías c) transmisión; d) novación; y e) medidas de preservación.

a) Ejecución. Repetición de lo pagado

y

Como ya fue dicho, mientras está pendiente la condición, el derecho de crédito no existe como puro y simple; por ende, no se producen los efectos previstos en el art. 505 del Cód. Civil: el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación ni puede, mucho menos, iniciar acción judicial de ejecución.

También ya fue anticipado que si el deudor cumple la obligación puede —según el art. 547— repetir lo pagado. A lo que ya se ha dicho, cabe añadir:

1) En nuestro, derecho, la doctrina sostiene que la repetición únicamente es viable cuando el deudor ha obrado con error al efectuar el pago⁹⁷, no sólo porque así interpreta el art. 547, sino también porque así está dispuesto expresamente en el art. 790, inc. 1. Por el contrario, en derecho comparado, por ejemplo, para el derecho español, se ha sostenido que la facultad de repetición se funda en el carácter *objetivamente* indebido del pago que se hace estando pendiente la condición, con prescindencia de que el deudor haya actuado con o sin error⁹⁸.

⁹⁶ Es mayoritaria, en nuestro derecho, la opinión de que podrá repetir el pago si ha obrado con error, por aplicación del art 790, inc. 1. Cfr. Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código CML*, t O, comentario al art 544, § 4, d, p. 788.

⁹⁷ Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*. 11, p. 546; Busso, *Código CML*, t IB, comentario al art. 547, n° 9, p. 515; Mayo, quien afirma que el error es un requisito esencial para que proceda la repetición, pues el error demuestra que el deudor no quiso renunciar a la condición, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código CML*, t IL comentario al art. 547, § 1, p. 796.

⁹⁸ Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. L p. 536; Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, 1.1, vol. III, p. 97.

2) Puede ocurrir, siempre estando pendiente la condición, que el deudor que por error ha pagado demande judicialmente la repetición; en esa hipótesis deben considerarse estas posibilidades: *a)* la sentencia que condene a restituir el pago debe dictarse siempre y cuando el hecho condicional no se hubiese cumplido durante el transcurso del pleito, pues, de lo contrario, la sentencia deberá rechazar la demanda porque —por hipótesis— la obligación se habrá vuelto exigible y el acreedor habrá adquirido un derecho propiedad sobre lo recibido en pago; *b)* si antes de la sentencia el hecho condicional ha fracasado, o es indudable que fracasará, entonces la restitución será ordenada porque se habrá convertido en un pago sin causa, por aplicación del art 793

b) Transmisión

La situación jurídica en la que se encuentran ambas partes, siempre *pendente conditioni*, puede ser objeto de *transmisión*. Nuestro Código lo prevé expresamente para la transmisión *mortis causa*: "*Los derechos y obligaciones del acreedor y deudor que fallecieren antes del cumplimiento de la condición, pasan a sus herederos*" (art 544). Aunque la ley, en los artículos referidos a las condiciones, nada dice respecto de la transmisión por actos *inter vivos*, si lo admite expresamente cuando trata el contrato de cesión de crédito: "*Los créditos condicionales, o eventuales, como los créditos exigibles, los aleatorios, a plazo, o litigiosos, pueden ser el objeto de una cesión*" (art 1446).

c) Medidas de conservación

Ya fue dicho que las partes pueden solicitar al juez las medidas que estimen necesarias, siempre que estén permitidas por los códigos de procedimientos, con el objeto de preservar sus derechos mientras esperan que la condición se cumpla o fracase (art 546). Lo más lógico es que quien pida medidas conservatorias sea el acreedor, pero nada impide que lo haga el deudor, por ejemplo, si ha entregado la cosa con carácter precario⁹⁹. El art. 546, en efecto, se refiere a las medidas "necesarias y permitidas", y ellas no son otras que las medidas cautelares a las que nos hemos referido en su oportunidad¹⁰¹.

⁹⁹ De acuerdo: Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t E n° 1001, p. 588.

¹⁰⁰ De acuerdo: Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 1000, p. 585; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código CMI*, t VL comentario al art. 546, § 2, p. 792.

¹⁰¹ *Supra*, § 259. Allí se dijo que, en general, las *medidas cautelares* son aquellas que se solicitan al juez y consisten en actos procesales que éste ordena en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho, con el fin de garantizar la eficacia de la sentencia a dictarse.

En particular, cabe considerar las siguientes hipótesis:

1) Las partes pueden interrumpir el curso de una prescripción adquisitiva, para impedir que un tercero adquiera un derecho sobre la cosa objeto de la obligación. También es posible la interrupción de una prescripción liberatoria que podría favorecer a un tercero respecto de un crédito establecido en *favor de la cosa*, como podría ocurrir, por ejemplo, con la obligación *propter rem* o *ambulatoria* de pagar la pared medianera.

2) Una calificada doctrina a la que adherí en su oportunidad¹⁰³, afirma que el acreedor sujeto a condición puede valerse de la acción subrogatoria, pues para el ejercicio de esta acción no es necesario que el crédito sea líquido ni exigible; la subrogatoria es una acción que tiene carácter meramente conservatorio y a nadie perjudica, pues si el crédito finalmente se frustra por el fracaso de la condición, de todas maneras la gestión del acreedor no habrá causado daño alguno, sino que —por el contrario—, desde que contribuyó a la conservación del patrimonio, habrá beneficiado al deudor.

3) ¿Puede el acreedor condicional impugnar los actos del deudor mediante el ejercicio de la acción revocatoria? Como lo he señalado en su oportunidad¹⁰⁴, estimo que la acción revocatoria tiene carácter *conservatorio*, sin que desmienta tal afirmación el hecho de que no tenga por objeto la nulidad del acto, sino sólo que sea declarado inoponible¹⁰⁵. Tiene naturaleza conservatoria porque, con relación al crédito del demandante, tiende a mantener el patrimonio del deudor en el mismo estado en que se encontraba antes de la realización del acto revocable. Siendo así, no encuentro obstáculo para conceder al acreedor condicional la posibilidad de ejercer esta acción, como una medida tendiente a conservar o tutelar la eficacia de su derecho.

4) Se ha sostenido que si la condición fracasa, el que ha pedido medidas conservatorias, por ejemplo, un embargo o una inhibición que luego resultan inútiles precisamente en razón del fracaso, debe asumir su responsabilidad frente al deudor que ha quedado liberado. Se discute si esa responsabilidad es objetiva o debe imputarse a título de dolo o culpa, prevaleciendo esta última postura¹⁰⁶.

¹⁰² Sustentada, entre otros por Sánchez de Bustamante, *Acción oblicua*, n° 808; R. de Ruggiero, *Instituciones de derecho civil*, t. II, § 76, p. 166.

¹⁰³ *Supra*, § 262.

¹⁰⁴ *S«pra*, § 262.

¹⁰⁵ Como parece creerlo Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t II, comentario al art. 546, § 4, p. 795.

¹⁰⁶ Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. II, comentario al art 548, § 5, p. 799.

d) *Otros efectos*

Por último, mientras la condición está pendiente:

I) *Garantías*. — Tienen plena vigencia las garantías, reales o personales, que hubiesen sido otorgadas para seguridad del crédito. Así está previsto para la fianza en el art. 1993 y para la hipoteca en el art. 3153. La razón es inobjetable, pues si el acreedor debe esperar que suceda un evento, es lógico que pueda pedir una garantía de que si el evento sucede, el deudor cumplirá la obligación.

U) *Compensación*. — No cabe la compensación de un crédito condicional, porque falta uno de los requisitos que son necesarios para que se pueda compensar, pues según el art 819, para que haya compensación es preciso que "...ambas deudas sean subsistentes civilmente; que sean líquidas; ambas exigibles; de plazo vencido, y *que si fuesen condicionales, se halle cumplida la condición*". Por ende, si la condición no se ha cumplido, no puede haber compensación.

II) *Prescripción*. — Según el art. 3957, la prescripción de la acción que corresponde a un crédito condicional "*no principia sino desde el día del cumplimiento de la condición*". Por ende, pendiente la condición, la prescripción *nó* corre. Esto se explica por cuanto mientras está pendiente la condición, la obligación no es exigible y, como se sabe, la prescripción corre a partir de la exigibilidad de la obligación.

TV) *Novación*. — En caso de que por novación, una obligación pura se convierta en otra condicional, y llegara a faltar la condición puesta en la segunda, no habrá novación y quedará subsistente la primera (art. 807). De la misma manera, "*tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera*" (art 808).

§ 388. EFECTOS EN CASO DE QUE FRACASE LA CONDICIÓN

Es también importante examinar los efectos que se producen cuando el hecho previsto como condición no se cumple o no existen dudas de que fracasará. Tal examen ha de partir del art 548, cuyo primer párrafo contiene la regla general que rige en esta materia: "*Si la condición no se cumple, la obligación es considerada como si nunca se hubiera formado...*".

Una correcta interpretación requiere distinguir si la cosa objeto de la obligación ha sido entregada, o no, al acreedor.

a) *Efectos cuando la cosa no ha sido entregada al acreedor*

Lo normal y corriente es que, estando pendiente la condición, la cosa no sea entregada al acreedor. Si conservando la cosa en su poder el deudor, luego la condición no se cumple, la ley considera que nunca estuvo obligado a entre-

garla; correlativamente, el acreedor no tuvo derecho de exigir la entrega. En consecuencia: 1) si la cosa se pierde o deteriora o, por el contrario, si aumenta su valor, todo ello perjudica o favorece al deudor, por aplicación del principio *res perit domino*-, 2) los frutos y productos quedan en poder del deudor, quien, por hipótesis, es su propietario; 3) los actos de administración y disposición realizados por el deudor quedan definitivamente consolidados, lo mismo que los derechos que terceros hubieran adquirido sobre la cosa.

b) Efectos cuando la cosa ha sido entregada al acreedor

No obstante encontrarse pendiente la condición, bien puede ocurrir que él deudor entregue la cosa al acreedor, sin que esa entrega implique cumplimiento, porque, por hipótesis, la obligación no era *exigible* ni *cumplible* durante esa etapa¹⁰⁷; la entrega sólo pudo constituir un anticipo, una entrega precaria o interina. Si luego la condición no se cumple, parece obvio que el acreedor deberá restituir lo que ha recibido, pues la ley considera que esa entrega nunca tuvo una causa que la justifique. Refiriéndose a esta hipótesis, la segunda parte del art. 548 dispone que quien recibió la cosa "debe restituirla con los aumentos que hubiere tenido por sí, pero no los frutos que haya percibido".

Corresponde analizar dos cuestiones:

I) *Mejoras y accesorios*.—En primer lugar, la cosa debe ser restituida no sólo en el mismo estado en que se recibió, incluyendo los accesorios que tenía, sino también con los aumentos naturales y las mejoras que hubiese experimentado y que acrecentaron su valor. Se aplican al respecto las reglas generales relativas a las obligaciones de dar cosas ciertas para restituirlas a su dueño¹⁰⁸.

JJ) *Frutos*. —Respecto de los frutos, como se ha visto, el art. 548 dispone que el acreedor debe restituir los pendientes, pero lo autoriza a retener los que hubiese percibido. Esta disposición ha dado motivo a opiniones disidentes:

1) Para un sector de la doctrina¹⁰⁹, la decisión no se justifica, ya que ninguna razón la sostiene: a) en primer lugar, no se podría decir que el acreedor obró de buena fe, porque sabía que su tenencia era precaria ante la incertidumbre sobre si sucedería o no el hecho previsto como condición (doctrina de los arts. 2355 y 2356); b) el codificador fundó su decisión en una información errónea, pues en la nota al art. 548 invoca a Zachariae, cuando, en rigor, la fuente dice exactamente lo contrario, esto es, dice que si el acreedor ha sido puesto en

¹⁰⁷ Para una diferencia entre *exigibilidad* y *cumplibilidad*, ver *supra*, § 160, b.

¹⁰⁸ Opinión común: Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t II, comentario al art. 548, i 2, b, p. 797.

¹⁰⁹ Machado, *Expositión y comentario*, t. II, p. 241; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, UI, n° 729, p. 593; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, ri* 1005, p. 590.

posesión de la cosa deberá restituirla "con sus acrecentamientos y los frutos que hubiera percibido" ¹¹⁰; c) lo dispuesto en el art. 548, por último, contradice lo establecido en el art 1370, el cual, para el caso de la venta bajo condición suspensiva, considera al comprador a quien se hubiese entregado la cosa como administrador de cosa ajena (art 1370, inc. I) y si bien se lo autoriza a quedarse con los frutos que hubiese percibido, esa retención es considerada una *compensación* con los intereses del precio que —por hipótesis— el comprador condicional ha pagado; si no lo ha pagado, no puede quedarse con los frutos (art 1370, inc. 2).

2) Para otra doctrina ¹¹¹ está justificado que el acreedor se quede con los frutos que hubiese percibido, tomando en cuenta estos argumentos: a) el art. 548 se refiere al acreedor que ha sido puesto "en posesión de la cosa" y, en tanto poseedor, tiene derecho a esos frutos; b) si el deudor aceptó entregar la cosa a pesar de no estar obligado, debe interpretarse que —tácitamente— también aceptó que el acreedor se apropie de los frutos; c) en el supuesto previsto en el art. 548, el acreedor se encuentra en situación similar a la del usufructuario que debe restituir la cosa y a quien el art. 2927 autoriza a hacer suyos los frutos que perciba hasta que se concrete la restitución.

3) Por mi parte, considero que es necesario establecer un distingo, según que la *atribución patrimonial* que supone la entrega de la cosa haya sido gratuita u onerosa: a) si la entrega fue gratuita, en el sentido de que el acreedor que la recibió no dio nada a cambio, estimo que no corresponde autorizarlo a quedarse con los frutos percibidos si debe restituirla por no haberse cumplido la condición, con fundamento en que no cabe convalidar un enriquecimiento sin causa; b) en cambio, si la entrega fue onerosa, podrá quedarse con los frutos percibidos como compensación por los beneficios que, por hipótesis, obtuvo el deudor de lo que hubiese recibido del acreedor; c) de esta forma se armoniza lo dispuesto en el art. 548 con lo previsto en el art. 1370, inc. 2, y ambos textos nos brindan una solución equitativa y justa.

Se distingue según que la atribución sea gratuita u onerosa y no según lo sea el contrato creador de la atribución. Ello por cuanto incluso en un contrato oneroso puede haber gratuidad en la atribución; por ejemplo, adviértanse las distintas alternativas que se pueden presentar en una compraventa condicional que es, como se sabe, un contrato oneroso por antonomasia: a) el vendedor entrega la cosa y el comprador paga el precio, siempre *pendente conditione*; la entrega de la cosa constituye, en este caso, una atribución onerosa dentro de un contrato también oneroso, por ende, podrá funcionar la compensación a la que se refiere el art. 1370, inc. 2; b) el vendedor entrega la cosa, pero el comprador no paga el precio; aquí la entrega constituye una atribución gratuita dentro de

¹¹⁰ Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, tln° 729, p. 594.

¹¹¹ P.ej., Colmo, *Obligaciones en general*, n° 237, p. 172; Busso, *Código Civil*, t. III, comentario al art 548, n° 27, p. 520; Ghersi, *Obligaciones civiles y comerciales*, p. 193.

un contrato oneroso, y en razón de la gratuidad en el disfrute de la cosa que recibió, el comprador no podrá hacer suyos los frutos percibidos por cuanto no es posible una compensación; no se aplica, pues, el art. 548.

TU) *Retribución por servicios prestados* "pendente Conditione". — Supóngase que se trata de un contrato de mandato remunerado su el que, no obstante estar sujeto a una condición suspensiva, el mandatario, con el consentimiento del mandante, se anticipa y realiza gestiones que importan gastos y erogaciones. Luego, la condición no se cumple y el mandato desaparece, ¿tendrá derecho el frustrado mandatario a demandar el reembolso de lo que hubiese gastado y una retribución por su gestión? Se impone la respuesta afirmativa, pues de otra manera puede convalidarse un enriquecimiento sin causa. La doctrina también responde afirmativamente, aunque trata la cuestión bajo el nombre "obligación de hacer"¹¹². También en este caso el "hacer" del deudor debe constituir una atribución onerosa, es decir, debe corresponder a una contraprestación de la otra parte; de lo contrario, no cabría ninguna compensación.

TV) *Actos de administración y de disposición realizados por el acreedor que recibió la cosa* "pendente conditione". — Si el acreedor que ha recibido la cosa, pendiente la condición, realiza actos de administración o de disposición y luego debe restituirla porque el hecho previsto no se cumplió, ¿qué suerte corren tales actos y cuál es la situación de los terceros que hubiesen contratado con el acreedor interino?

1) Respecto de los actos de administración, existe acuerdo entre los autores¹¹³ respecto de que deben ser respetados incluyendo, como es lógico, los derechos de los terceros; por ejemplo, los de la persona que hubiese alquilado la cosa que debe ser restituida. Salvo que el tercero hubiese obrado de mala fe, consistente en conocer la incertidumbre a que estaba sometida la cosa y, mucho más, si sabía que la condición no iba a cumplirse. En cualquier caso, el deudor a quien se le debe restituir la cosa tendrá acción de daños y perjuicios en contra del acreedor obligado a restituir.

2) Respecto de los actos de disposición, por aplicación de las reglas generales, se producen los siguientes efectos: a) si se trata de cosas muebles y el tercero es de buena fe, el acto debe ser respetado, salvo que el tercero hubiese recibido la cosa gratuitamente; si el tercero es de mala fe, deberá soportar la acción reivindicatoria que se ejerza contra él; b) si se trata de cosas inmuebles, se aplican las reglas propias de las obligaciones de dar cosas ciertas para restituirlas a su dueño, tema que será objeto de análisis en su lugar, a donde cabe remitir para evitar reiteraciones¹¹⁴.

¹¹² P.ej. Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código Civil*, t. II, comentario al art 548, § 2, b, p. 798; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 1006, p. 592.

¹¹³ Por todos: Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1008, p. 594.

¹¹⁴ El tema será tratado en el capítulo que sigue.

§ 389. EFECTOS EN CASO DE QUE LA CONDICIÓN SE CUMPLA

Otro momento culminante en la vida de una obligación sujeta a condición suspensiva tiene lugar cuando se cumple el hecho previsto como condición. Cuando esto ocurre, la obligación cobra existencia como pura y simple y, por ende, se torna de exigibilidad y cumplibilidad inmediata.

En nuestro derecho rige en esta materia, como ya fue expuesto¹¹⁵, el sistema de la retroactividad de los efectos: "Cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo" (art 543). Pero este principio dista mucho de ser absoluto, como se verá al examinar la situación en que se encuentran los terceros que hubiesen contratado con el deudor *pendente conditione*. En efecto, puede ocurrir que mientras se esperaba el desenlace de la condición y teniendo la cosa en su poder, el deudor hubiese contratado con terceros, y que en razón de tales contratos los terceros hubieran adquirido derechos sobre la cosa objeto de la obligación. ¿Cuál es la situación de esos terceros, después de que la condición se cumple? Es necesario distinguir según que se trate de muebles o de inmuebles.

a) *Muebles*

Tratándose de cosas muebles, todavía es necesario distinguir según que sean fungibles o no fungibles.

I) *Muebles fungibles*. — Supóngase la siguiente situación: Juan se obliga a entregar a Diego cien bolsas de harina, si se instala en la ciudad un molino harinero. Pendiente la condición, Juan vende las bolsas de harina, haciendo *tradición* de ellas a Pedro; luego, cumplida la condición, se presenta Diego a exigir la entrega, ¿cómo resolver el conflicto? Si se busca la respuesta en la letra de la ley, siendo las bolsas de harina cosas "fungibles" en los términos del art. 2324 del Cód. Civil, se encontrará que el art. 549 dispone para esta clase de cosas que: "*el cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, y sólo lo tendrá en los casos de fraude*". Si no se produce un efecto retroactivo, quiere decir que el tercero (Pedro) no podrá ser obligado a restituir las bolsas de harina para que el deudor (Juan) pueda entregarlas al acreedor (Diego) »«. En otras palabras, lá venta hecha al tercero es válida; no debe verse en ello otra cosa que una consecuencia del carácter fungible de las cosas, ya que por aquello de que el género y la cantidad nunca perecen, siempre existirán cosas de la misma especie y calidad (de lo contrario no serían fungibles) para que el deudor pueda cumplir. Ahora bien, esa protección a los dere-

¹¹⁵ Supra, § 383, b.

¹¹⁶ Asilo interpreta la doctrina: por todos: Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t II, comentario al art. 549, § 1, b, p. 799.

chos del tercero se pierde en dos supuestos: 1°) si la transferencia al tercero se ha hecho a título gratuito, pues en razón de la gratuidad, el acreedor tendrá acción reivindicatoria contra el tercero, según letra y doctrina de los arts. 967 y 2130, con prescindencia de que el tercero haya obrado con buena o mala fe¹¹⁷ 2°) si el tercero ha obrado con fraude; según la letra de la ley, en efecto, para que la enajenación al tercero pueda ser declarada nula no basta que éste (el tercero) sea de mala fe, es decir, que tuviere conocimiento de la existencia de la condición, sino que es necesario una conducta aún más reprochable: que haya obrado con el propósito de defraudar. La doctrina afirma que, en este caso, la acción para atacar la enajenación al tercero sería la revocatoria o pauliana¹¹⁸. No comparto esa opinión, porque con la revocatoria sólo se logrará, si es exitosa, la *inoponibilidad* del acto atacado respecto del acreedor¹¹⁹, en tanto que la hipótesis prevista en el art. 549 requiere como solución la restitución de las cosas por parte del tercero para que puedan ser entregadas al acreedor, y esto sólo se puede lograr mediante la acción de *nulidad*.

El conflicto hasta aquí considerado supone que el deudor ha hecho tradición de las cosas a favor del tercero; en cambio, si no hubo tradición, se trataría sólo de un conflicto "entre acreedores", debiendo en consecuencia resolverse la cuestión —por aplicación de las reglas generales— a favor de aquel cuyo título sea de fecha anterior.

U) *Muebles no fungibles*.—Si las cosas objeto de la obligación son no fungibles, el art. 550 dispone que "*...el cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, sino cuando sean poseedores de mala fe*". La ley, en definitiva, protege al tercero que recibió la tracción de la cosa en virtud de un acto oneroso y de buena fe, prefiriéndolo respecto del acreedor condicional. La tutela al tercero no funciona en los siguientes casos: 1°) cuando adquirió la cosa a título gratuito; 2°) cuando no se le ha hecho tradición de la cosa, en cuyo caso se prefiere a quien ostente el título de fecha anterior, 3°) cuando ha obrado de mala fe, es decir, cuando recibió la cosa conociendo la existencia de la obligación condicional.

b) *Inmuebles*

Si la cosa objeto de la obligación es un inmueble y la condición se cumple, ¿desde cuándo y qué efectos se producen? Ya se dijo que, por regla general, si

¹¹⁷ Meza, en Bueres (dir.) y Highton (coord), *Código Civil*, t TL comentario al art. 549, § 2, a, p.300.

¹¹⁸ Así lo interpreta la doctrina: por todos: Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t n, comentario al art. 549, § 2, p. 800; Meza, en Bueres (dir.) y Highton (coord.). *Código Civil*, L n, comentario al art. 549, § 2, b, p. 300; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1015, p. 599.

¹¹⁹ Como ha sido expuesto, *supra*, § 275.

una condición se cumple, los efectos se retrotraen al "día en que se contrajo" (art. 543); sin embargo, este principio deja aquí su lugar al art. 551 que ha sido concebido por Vélez Sarsfield en los siguientes términos: "*Si se tratare de bienes inmuebles, el cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, sino desde el día en que se hubiese hecho tradición de los bienes inmuebles*". La letra del art 551 ha dado motivo a diversas cuestiones, todas importantes y controvertidas:

I) *¿A favor de quién entiende hecha la tradición ?*.—Algunos autores han interpretado que la tradición de que habla el art. 551 es la que se pudo hacer a favor del tercero¹²⁰, con el argumento de que el deudor no podría hacer tradición a favor del acreedor condicional, porque —precisamente— estando la obligación sujeta a condición, aunque el deudor hubiese entregado la cosa al acreedor, continuaría siendo el dueño de ella. Esta tesis, según pienso, desinterpreta el art. 551. Por empezar, que el deudor condicional no pueda hacer tradición, justamente porque su obligación es condicional, no es verdad; en todo caso, la tradición que haga será, como la misma obligación que la precede, condicional, sólo que se tratará de una condición resolutoria que puede terminar, en su caso, en la restitución de la cosa¹²¹. Pero que la tradición puede hacerse, puede hacerse.

La tradición es, en sí misma, un contrato real con efecto traslativo. En cuanto tal, esto es, en cuanto contrato, nada impide que se lo pueda someter a una condición que, en este caso y en razón de que medió entrega de la cosa, debe reputarse *resolutoria*. La condición consistiría, en esta especial hipótesis, en que la obligación que dio lugar a la tradición no desaparezca, lo que ocurriría si la condición suspensiva que la afecta no se cumple.

La tradición de la que habla el art. 551 es, en definitiva, la que se hace a favor del acreedor; a partir de esta premisa, es lógico que si la condición que afectaba a la obligación de entregar se cumple, sea a partir del momento en que el acreedor tomó posesión de la cosa, que el crédito que tenía respecto de ella se haya vuelto puro y simple.

II) *Tesis según la cual la inscripción registral ha reemplazado a la tradición*. — Cuando en el año 1968 entró en vigencia la reforma al Código Civil, producto de la ley 17.711, la doctrina interpretó que el art. 551, cuya redacción permaneció inalterada, entraba en colisión con la nueva redacción del art. 2505¹²². Se dijo, incluso, que el art. 551 quedaba tácitamente derogado¹²³. En última

¹²⁰ Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 238, p. 175; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t II, comentario al art. 551, § 1, p. 801.

¹²¹ Sobre el carácter de contrato real que tiene la tradición: Wayar, *Compraventa y permuta*, § 394 y § 395, ps. 548 y ss.

¹²² Los principales exponentes de esta corriente son Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 1017, p. 600-606.

¹²³ Meza, en Bueres (dir.) y Highton (coord), *Código Civil*, t II comentario al art. 551, § 1, c, p. 303.

síntesis, esta doctrina sostiene que habiendo establecido el art. 2505 qué la transmisión de derechos reales sobre inmuebles sólo quedará perfeccionada mediante la inscripción de los títulos en los registros inmobiliarios y que será oponible a terceros únicamente si está registrada, la tradición a la que se refiere el art. 551 habría perdido toda razón de ser; en consecuencia, si la tradición ha sido reemplazada por la inscripción en los registros, los efectos de la condición cumplida se retrotraerán no a la fecha de la tradición, ya que ésta de nada serviría, sino a la fecha de la inscripción del título.

Juzgo que esta crítica es exagerada. Suponer que la tradición y, con ella, la publicidad posesoria que conlleva carecen de todo valor es un grave error. Para comprobarlo bastará considerar que en más de una situación posible será la tradición y no la inscripción la que debe ser llamada a resolver el problema, como se verá a continuación.

III) *Necesidad de distinguir distintas situaciones.* — La hipótesis bajo análisis no es otra que la de un conflicto entre distintos sujetos que invocan derechos sobre una misma cosa; aquí, y con el único propósito de proponer una interpretación que salve el art 551, se mencionarán estas posibilidades:

1) Tanto el tercero como el acreedor condicional carecen de título perfecto; el deudor sólo les ha otorgado un boleto de compraventa. En este caso, si al acreedor condicional se le ha hecho tradición de la cosa, parece indudable que debe ser preferido al tercero, incluso, aunque el instrumento privado del tercero sea de fecha anterior a la del boleto del acreedor.

2) Si tanto el tercero como el acreedor carecen de título perfecto y a ninguno de ellos se ha dado la tradición de la cosa, debe ser preferido el tercero, en razón de que su derecho —por hipótesis— no es condicional; mucho más si se ha hecho tradición de la cosa a su favor. En este caso, el posterior cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo, precisamente, porque el acreedor se vio beneficiado con la tradición.

3) Al tercero se le ha otorgado un título perfecto, pero no la tradición de la cosa; el acreedor condicional no tiene título perfecto pero sí la tradición y la posesión de la cosa. En este caso, si la condición se cumple, debe ser preferido el acreedor, porque el cumplimiento de la condición se retrotrae a la fecha de la tradición. De lo contrario, se estaría dándole preferencia a un simple crédito, frente a una relación jurídica *real* como la que supone la posesión. Se aplica, en suma, el art. 551 —por ser específico— y no el art 2505.

TV) *Incidencia de la buena fe de los terceros.*—Para dar sustento a la tesis de la derogación del art. 551, se ha dicho que nunca la tradición podría invocarse frente a un tercero que tenga a su favor inscripto el título, porque esa tradición no sería de buena fe¹²⁴, ya que si hubiese consultado los registros habría

¹²⁴ Es la afurnación de Cazeaux y Trigo Represas, •*Derechode ios obligaciones*, t. D, n° 1017, p. 600.

advertido que otra persona tenía a su favor un título sobre la misma cosa. El argumento no es decisivo, pues con idéntico criterio se puede negar que sea de buena fe el titular inscripto, porque si hubiese consultado la situación de la cosa habría advertido que otra persona, el acreedor condicional que la está poseyendo, ejerce sobre ella una relación real.

c) *Derechos del acreedor perjudicado*

En los párrafos precedentes ha quedado expuesto que, en toda hipótesis en que deban respetarse los derechos de los terceros de buena fe, el acreedor condicional puede sufrir daños y perjuicios. Al respecto, el art. 552 prevé que, en tales supuestos, "*...queda salvo al acreedor el derecho de demandar a la parte obligada, por el pago de lo equivalente y de la indemnización de las pérdidas e intereses*". La solución legal es inobjetable y tendrá vigencia siempre, claro está, que concurren los requisitos propios de la responsabilidad civil.

§ 390. OTROS EFECTOS DERIVADOS DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

a) *Actos de administración*

Respecto de los actos de administración celebrados por el deudor con terceros, ¿en qué situación quedan después del cumplimiento de la condición? Hay acuerdo en la doctrina en el sentido de considerarlos válidos respecto de los terceros de buena fe, siempre y cuando se trate de verdaderos actos de administración y no sean, en rigor, actos de disposición ocultos bajo la apariencia de aquéllos, como ocurriría, por ejemplo, con una locación por el plazo máximo legal. Siempre debe tratarse de terceros de buena fe, pues de lo contrario no pueden invocar la protección que la ley les concede frente al acreedor condicional. Por último, si éste se considera perjudicado en razón del acto de administración celebrado por el deudor, podrá reclamar la indemnización de los daños, según lo autoriza el art. 552¹²s.

b) *Riesgos, pérdida y deterioro. Aumentos y mejoras*

Si, estando la cosa objeto de la obligación en poder del deudor, se pierde o deteriora antes del cumplimiento de la condición y luego, verificada la condición, debe entregarla, ¿quién debe afrontar las pérdidas? Por aplicación de las reglas generales: 1) si no hay culpa del deudor, y la pérdida o el deterioro es total, la obligación se habrá extinguido; si es parcial, el acreedor tendrá opción

¹²^,¿??,... De acuerdo: Cazeawe-y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. U, n° 1019, p.608.

entre dejar sin efecto la obligación o aceptada en el estado en que se encontrara con disminución proporcional del precio si lo hubiere; 2) si hay culpa del deudor, éste tendrá responsabilidad por daños y perjuicios, frente al acreedor. En caso de aumentos o mejoras, si son naturales, corresponden al deudor, quien podrá pedir un aumento del precio si lo hubiere; si el acreedor no aceptara el incremento, la obligación quedará disuelta.

§ 391. LOS EFECTOS, EN CASO DE CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN, SE PRODUCEN DE PLENO DERECHO

Es importante dejar establecido que los efectos del cumplimiento o, en su caso, del incumplimiento del hecho previsto como condición se producen de pleno derecho, es decir, sin que sea necesaria una declaración de parte ni una sentencia judicial. Así: *a)* fracasada la condición, la obligación se considera disuelta, como si nunca hubiese existido; *b)* si la condición se cumple, la obligación se torna —como ya fue dicho— de exigibilidad y cumplimiento inmediata. Por cierto, si las partes no se ponen de acuerdo, o existe controversia acerca de si sucedió o no el hecho condicionante, la cuestión deberá dirimirse en juicio, pero esto no desmiente la afirmación de que los efectos se producen *ipso iure*, pues el juicio en cuestión sólo servirá para dirimir si se produjo o no el hecho, pero no para modificar los efectos.

2) EFECTOS DE LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS

§ 392. PLANTEO DEL PROBLEMA

Ya se dijo que, según el art 553, la obligación formada bajo condición resolutoria ha sido caracterizada como aquella en la que "las partes subordinaren a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido". De que acaezca o no el hecho futuro depende, no ya la adquisición de un derecho como ocurre con la condición suspensiva, sino su resolución o extinción. También aquí corresponde el análisis de las diferentes cuestiones según que esté pendiente, que fracase o, en su defecto, que se cumpla el hecho previsto como condición.

§ 393. EFECTOS MIENTRAS ESTÁ PENDIENTE LA CONDICIÓN

Se ha de partir de la premisa de que el acto creador de la obligación sujeto a condición resolutoria *se cumple* aun estando pendiente el hecho condicionante; por ejemplo fluan dona una casa a Diego, con la condición resolutoria de que si no se recibe de abogado, deberá restituirla. Mientras se espera que se cumpla o no la condición, la donación produce los efectos que le son propios; es decir, Juan entrega la casa a Diego y éste pasa a ser su nuevo propietario; esto implica

que si la cosa no hubiese sido entregada, el donatario tiene acción para-exigir ~ la entrega. Los derechos y obligaciones de las partes son, naturalmente, transmisibles tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. Ahora bien, en la situación normal, en la que el deudor ha entregado la cosa, se le debe reconocer el derecho de solicitar medidas conservatorias, ante la eventualidad de que deba serle restituida, porque *pendente conditione*, la situación jurídica del acreedor es *interina*, o provisoria.

Lo que antecede está previsto para la compraventa sujeta a condición resolutoria. Según el art 1371, esta condición incluida en una compraventa produce los siguientes efectos: a) el vendedor y comprador quedarán obligados como si la venta no fuese condicional (primera parte del inc. 1); b) si se hubiere entregado la cosa vendida, el vendedor, pendiente la condición, sólo tendrá derecho a pedir las medidas conservatorias de la cosa (segunda parte del inc. 1).

§ 394. EFECTOS EN CASO DE QUE LA CONDICIÓN FRACASE

a) Principio general

Si la condición resolutoria fracasa, esto es, si no se cumple el hecho condicionante, las obligaciones y derechos de las partes quedan definitivamente asumidos y adquiridos. En el ejemplo dado, si la condición resolutoria consistía en que Diego "no se reciba de abogado", se entenderá fracasada o incumplida en el caso de que Diego sí se reciba de abogado. Fracasada la condición, "*el derecho subordinado a ella queda irrevocablemente adquirido como si nunca hubiese habido condición*" (art. 554); en el ejemplo, la propiedad del inmueble donado a Diego quedará definitivamente adquirido por éste. Cabe agregar que se entenderá fracasada la condición cuando no haya dudas de que el hecho previsto no se cumplirá.

b) Efectos que se producen cuando la cosa ha permanecido en poder del deudor

Si el deudor, a pesar de que estaba obligado, no entregó la cosa al acreedor y ha realizado actos de disposición a favor de terceros, fracasada la condición, se producen importantes efectos, según se trate de muebles o de inmuebles:

I) *Muebles*. — Si se trata de muebles todavía no entregados al acreedor, pero el derecho de éste queda consolidado por el fracaso de la condición y el deudor ha celebrado actos de disposición a favor de terceros, el acreedor podrá reclamar la restitución de los terceros que hubiesen obrado de mala fe; si los terceros son de buena fe, no tendrá el acreedor acción contra ellos y deberá limitarse a reclamar daños y perjuicios del deudor.

IT) Inmuebles.—En el mismo supuesto planteado en el párrafo precedente, tratándose de inmuebles, mientras no se haya hecho tradición a favor del tercero, el acreedor podrá reclamar la entrega del inmueble; con mayor razón podrá hacerlo si tiene título perfecto inscripto en el registro respectivo. De lo contrario, si se ha hecho tradición del inmueble al tercero, él acreedor no podrá pretender la restitución, quedando a salvo el derecho de demandar la reparación de los daños y perjuicios al deudor.

III) Pérdida o deterioro de la cosa. Mejoras y frutos. —Por aplicación de las reglas generales, si no obstante el fracaso de la condición la cosa permanece en poder del deudor, se producen los siguientes efectos: 1) en caso de pérdida total sin culpa del deudor "la obligación queda disuelta para ambas partes" (art. 578); si el acreedor ha pagado el precio, tendrá derecho a pedir la restitución total de lo pagado. Si la pérdida sin culpa del deudor es parcial, tendrá el acreedor la opción de resolver el contrato o aceptar la cosa deteriorada con disminución proporcional del precio (art. 580); 2) si la pérdida es total o parcial, pero por culpa del deudor, el acreedor tendrá, además de los derechos enunciados para el caso anterior, acción para reclamar daños y perjuicios (arts. 579 y 581); 3) si se trata de mejoras naturales que hubiesen aumentado el valor de la cosa, tendrá el deudor derecho a pedir un incremento proporcional del precio, y si el acreedor no lo acepta, podrá resolver el contrato; 4) los frutos percibidos hasta el momento de la entrega pertenecen al deudor, no los pendientes.

§ 395. EFECTOS EN CASO DE QUE LA CONDICIÓN SE CUMPLA

Si el hecho previsto como condición se cumple, "*deberá restituirse lo que se hubiese recibido a virtud de la obligación*" (art. 555). En nuestro ejemplo, si Diego no se recibe de abogado, se entenderá que la condición se ha cumplido; sucedida esa eventualidad, la ley determina que debe restituirse lo recibido en virtud de la obligación. Tal, la regla general.

No obstante, a pesar de su aparente simpleza, la cuestión es más compleja y requiere distinguir dos situaciones posibles, según que la cosa haya sido o no entregada al acreedor, pues en una y otra hipótesis se producen diversas consecuencias.

a) Efectos cuando la cosa no ha sido entregada al acreedor

Si bien la condición resolutoria no priva de exigibilidad a la obligación, gozando el acreedor de acción para exigir judicialmente la entrega, puede suceder que la cosa no haya sido entregada al acreedor y, en este estado, se cumpla la condición resolutoria. Si bien el efecto principal —la restitución de la cosa— es innecesario porque, por hipótesis, la cosa no ha sido entregada, cabe indagar qué otras consecuencias jurídicas se producen respecto de terceros.

Estando la cosa en poder del deudor, los actos de administración y de disposición y, por ende, los derechos personales o reales que terceros hubieran adquirido sobre la cosa quedan firmes y definitivamente consolidados. Es lógico que así sea, pues el cumplimiento de la condición resolutoria priva de todo derecho al acreedor condicional y, como derivación, ya nada podrá disputar con los terceros a quienes el deudor hubiese acordado derechos-, es decir, el acreedor carecería de título para impugnar los derechos del tercero¹²⁶.

b) Efectos cuando la cosa ha sido entregada al acreedor

La hipótesis a considerar es la siguiente: el deudor de una obligación sujeta a condición resolutoria la cumple y entrega la cosa al acreedor, luego, la condición se cumple y el acreedor queda obligado a restituir la cosa al deudor; ¿qué consecuencias jurídicas se producen?

Es necesario distinguir

I) *Actos de administración y de disposición.*—Respecto de los terceros se producen estas consecuencias: a) los actos de administración son válidos y deberán ser respetados por el deudor; b) para los actos de disposición, es menester distinguir: 1) si se trata de bienes inmuebles, los terceros que hubiesen contratado con el acreedor sólo pudieron adquirir sobre ellos un dominio revocable; en consecuencia, quedarán sin efecto, pues el acreedor—que no pudo transmitir al tercero un derecho mejor o más extenso del que el mismo tenía— se verá obligado, a su vez, a restituir el inmueble al deudor libre de todo derecho real, por disponerlo así el art. 2670¹²⁷; 2) si se trata de bienes muebles, los derechos que los terceros de buena fe y a título oneroso hubiesen adquirido sobre ellos deberán ser respetados tanto por el acreedor como por el deudor de la obligación condicional; el deudor sólo tendrá contra el acreedor acción de daños y perjuicios. El tercero no podrá invocar esta protección cuando hubiese obrado de mala fe, es decir, a sabiendas de que quien enajenó a su favor sólo tenía un derecho condicional; tampoco tendrá esta tutela si adquirió la cosa por título gratuito.

II) *Riesgos: pérdida o deterioro.* — Siempre considerando la hipótesis de que la condición se ha cumplido y se debe restituir la cosa al deudor, el régimen

¹²⁶ Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II n° 1037, p. 617.

¹²⁷ Que el tercero sólo adquiere el dominio revocable es opinión predominante: Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 735, p. 597; Busso, *Código Civil*, LITI, comentario al art. 555, n° 6, p. 529; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, t. I p. 553; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 961, p. 418; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código Civil* t II, comentario al art. 555, -§ 1, p. S06; Meza, en Bueres<dir.) y Highton (coord.). *Código Civil*, t. II, comentario al art. 555, § 2, p. 307.

de los riesgos es el siguiente: *a)* en caso de pérdida total, si se hubiese producido sin culpa del acreedor, se aplicará el art. 556, cuyo texto prescribe: "*Si la cosa objeto de la obligación ha perecido, las partes nada podrán demandarse*"; quiere esto decir que ni el deudor podrá reclamar del acreedor daños y perjuicios, ni el acreedor podrá demandar del deudor la devolución del precio, si hubiese pagado por ella; es así porque, como dice la ley, las partes "nada" podrán demandarse¹²⁸; *b)* si se trata de pérdida parcial o deterioro de la cosa, y esto se produce sin culpa del acreedor, el deudor tendrá derecho: 1) a quedarse con la totalidad del precio que hubiese recibido, sin reclamar la restitución de la cosa parcialmente deteriorada; 2) reclamar la restitución de la cosa en el estado en que se encuentre, restituyendo proporcionalmente el precio recibido»». El fundamento de esta interpretación es que el acreedor que tenía la cosa en su poder es su propietario, aunque sólo lo sea como interino, y en tal carácter, debe asumir los riesgos; *c)* si la pérdida, total o parcial, en cambio, se produce por culpa del acreedor o por una causa a él imputable, quedará obligado frente al deudor a la reparación de los daños y perjuicios, en proporción al daño causado.

HT) Mejoras y frutos. — Las consecuencias jurídicas sobre estos rubros serían las siguientes: *a)* respecto a las mejoras: 1) si se trata de mejoras naturales (sin gastos por parte del obligado a restituir), deberá devolverla sin poder reclamar nada al deudor (art. 588); 2) si se trata de mejoras necesarias hechas por el acreedor, podrá reclamar al deudor la indemnización o reembolso de los gastos que insumieron las mejoras (art. 589, primera parte), derecho que no pierde ni aun en el caso de haber obrado de mala fe (art. 589, última parte); 3) si se trata de mejoras voluntarias, no tendrá derecho a ser indemnizado, ni aunque las hubiese hecho de buena fe (art. 589, segunda parte); *b)* respecto de los frutos, se aplica el art. 557, que prescribe: "*Verificada la condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio*"; es decir, el acreedor tiene derecho a los frutos percibidos, no a los pendientes al tiempo de la restitución.

§ 396. LOS EFECTOS DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA ¿SE PRODUCEN DE PLENO DERECHO?

Se ha dicho que no existen discrepancias entre nuestros autores respecto de la afirmación de que los efectos del cumplimiento o incumplimiento del hecho previsto como condición resolutoria se producen de pleno derecho¹³⁰.

De acuerdo: Busso, *Código Civil*, t. II, comentario al art 556, n° 2, p. 531.

De acuerdo: Busso, *Código Civil*, t. II, comentario al art 556, n° 8, p. 532.

Así lo afirman Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 1041, p. 619.

Sin embargo:

a) Necesidad de nueva tradición a favor del deudor

Si con la afirmación en cuestión ("los efectos se producen *de pleno derecho*") se quiere significar que los efectos se producen sin que sea necesaria la celebración de ningún acto jurídico entre las partes, el aserto no es verdadero. Al menos no lo es para el contrato de compraventa sujeto a condición resolutoria, pues si en este caso la condición se cumple y el comprador se ve obligado a restituir la cosa, la ley dispone que "el vendedor no volverá a adquirir el dominio de la cosa *sino cuando el comprador le haga tradición de ella*" (art. 1371, inc. 2). Por lo tanto, para que el deudor vuelva a ser el propietario, no bastará el cumplimiento de la condición resolutoria, sino que será necesaria una nueva tradición a su favor; antes, sólo tiene un crédito o derecho personal a la restitución, derecho que podrá ejercer, en su caso, mediante una acción judicial.

b) Situación del usufructuario obligado a restituir

En situación similar se encuentra el usufructuario que, con motivo del cumplimiento de la condición resolutoria que afectaba su derecho, se ve obligado a restituir la cosa; pese a que debe devolver, tiene derecho a hacer suyos los frutos "*hasta que se demanda la resolución de su título y la entrega del fundo*" (art. 2927). Tampoco aquí parece funcionar el efecto de pleno derecho, sino que, como se ve, aun después del cumplimiento de la condición, el usufructuario tiene derecho a percibir frutos; ese derecho cesará sólo cuando se demande la restitución del inmueble y no por el solo efecto del cumplimiento del hecho previsto como condición.

C) OBLIGACIONES CON PLAZO

§ 397. MÉTODO

El derecho toma en consideración *ciertos transcurso*s —describiéndolos en una norma— y les adiciona determinadas consecuencias jurídicas. El tiempo, en estos casos, es tratado por el derecho como un hecho jurídico, que —en cuanto tal— deja sentir su influencia en importantes sectores del derecho civil¹³¹; en el derecho de obligaciones es decisivo para, por ejemplo: a) determi-

¹³¹ Savigny agrupa las distintas instituciones en las que el tiempo ejerce su influencia, en tres clases: 1°) en la primera especie están comprendidos los casos más importantes y numerosos: "la existencia del derecho depende —dice Savigny— de la actividad o de la inactividad humana, esto es, de que una acción ejercitada o sufrida voluntariamente *haya durado un determinado periodo de tiempo*" (p.ej., la prescripción adquisitiva o liberatoria); 2°) conforman la segunda es-

nar el momento en que se debe hacer el pago; b) verificar si se ha operado o no una prescripción liberatoria; c) saber cuándo el deudor queda constituido en mora; d) establecer el régimen jurídico de las obligaciones a las que se les adicionó la modalidad plazo; etc.

§ 398. REMISIONES

Desde el punto de vista del método, en consecuencia, el tiempo jurídico merece la elaboración de una teoría general; pero mientras se elabora esa teoría¹³³, no cabe sino ocuparse de él, cada vez que se encara el análisis de una de las materias involucradas en particular, procurando evitar tratar dos veces los mismos asuntos. A título de ejemplo, puesto que al exponer sobre el *tiempo de pago* ya me ocupé de la definición, de la clasificación y de la caducidad de los plazos, entre otras cuestiones, por entender que eran esenciales en ese tema, ahora, es obvio que no se repetirán; sólo cabe, en cada caso, la remisión a aquellos parágrafos.

§ 399. "PLAZO", "LÍMITE" Y "TÉRMINO"

En su oportunidad he dado una definición de plazo y allí me remito¹³³. Cabe añadir, aquí, como complemento de aquellos parágrafos, unas breves nociones sobre el plazo, el límite y el término, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, para ofrecer una definición de plazo, ya se vio que conviene comenzar por prescindir de la definición legal. En efecto, según el art. 566, una obligación es a plazo "cuando el ejercicio del derecho que a ella corresponde estuviere subordinado a un plazo suspensivo o resolutorio". Esta definición es una de las más defectuosas, si las hay, de las que contiene el Código

pecie, aquellos casos en que se advierte la influencia del tiempo, en los que la adquisición o la pérdida de un derecho depende de la duración no interrumpida —durante un espacio de tiempo determinado— de un estado independiente de la voluntad humana (v.gr., las distintas edades que confieren al hombre ciertos derechos); 3*) en la tercera quedan incluidas aquellas hipótesis en las que se nota "la asociación de un derecho a una relación individual de tiempo en donde no se trata del transcurso del período entero, sino de un hecho o de una circunstancia ocurrida dentro de cierto plazo": Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, § CLXXVII a § CCI, ps. 193 y ss.

¹³² Se ha dicho que los juristas todavía esperan una elaboración integral y sistemática de la teoría del tiempo en el derecho: F. López de Zavala, *Reflexiones sobre el tiempo en el derecho*, § 1,1,1, p. 16, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán*, n° 25. Freitas, temeroso de los riesgos de una posible teorización sobre el tiempo jurídico, advertía al anotar el art. 8 de su *Esbogo* que sería inútil dictar normas generales con pretensión de cubrir todas las hipótesis en las que el tiempo influye sobre el derecho; "lo que se debe hacer —enfaticaba— es generalizar el modo de computar el tiempo, y nada más": Freitas, *Código Civil*, t L nota al art. 8, p. 10, traducción al castellano, Buenos Aires, 1909.

¹³³ *Supra*, |§ 161 y ss.

Civil; basta tener en cuenta que, al incluir el término que quiere definir en la definición, incurre en una gruesa falla lógica dejando al intérprete sin saber qué es el plazo¹³⁴.

b) La doctrina nos ha dado esta definición del plazo: "es la modalidad que subordina la exigibilidad de un acto jurídico al transcurso de un espacio de tiempo" *«.

c) Ocurre, sin embargo, que: a) no siempre el plazo es una simple modalidad, sino que a veces tiene carácter esencial; b) no sólo subordina la exigibilidad, pues también subordina la resolución de los derechos; c) pero, sobre todo, el "espacio de tiempo" en que el plazo consiste, por su importancia, requiere de términos y límites precisos.

Por ello, estimo preferible distinguir el plazo, el límite y el término.

a) Plazo

Se puede afirmar que con la palabra plazo se alude a una *distancia temporal* existente entre dos límites, uno inicial y otro final, es decir, es una duración o intervalo que se mide en unidades temporales determinadas y que transcurre entre dos límites. Del mismo modo que entre dos puntos de una camino hay una distancia física, así también entre dos instantes, hay una distancia temporal; esa "distancia", es, en general, un plazo.

b) El límite

También en general, se puede decir que con la palabra límite se alude a un momento indivisible, un solo instante, que marca el inicio o el fin de un plazo. Bien se ha dicho que, siendo indivisible presenta, como Jano, dos caras, pues es límite final del tiempo *anterior* y límite inicial del *posterior*.

c) El término

El término, a diferencia del límite, no es un solo instante o momento indivisible, sino la sumatoria de todos los instantes que forman las 24 horas de un día, y se llama "término", porque constituyen el primer día (término inicial) o el último día (término final) de un plazo¹³⁶.

¹³⁴ La definición legal ha sido criticada por la doctrina; Lafaille, p.ej., hace notar que, además del vicio lógico de incluir lo definido en la definición, la del texto de Vélez omite "el rasgo fundamental, o sea la fatalidad" (Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, t. II, n° 913, p. 52).

¹³⁵ Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1042, ^623.

¹³⁶ López de Zavalía, *Reflexiones sobre el tiempo en el derecho*, § 1, III, b), p. 20, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán", n° 25,

d) Gráfico

Para demostrar las diferencias conceptuales apuntadas, viene muy bien el siguiente ejemplo: el día 1° de enero se pacta que una obligación se pagará a los diez días de esa fecha. Dejando de lado el día 1°, porque el día en que nació la obligación no se cuenta, el "plazo" es el intervalo que corre entre las 0 horas del día 2 de enero y las 24 horas del día 11; las dichas horas 0 (del día 2) y 24 (del día 11) son los "límites", inicial y final respectivamente; en tanto que los términos son los días 2, el inicial y 11, el final¹³⁷.

§ 400. CARACTERES

El plazo se caracteriza por sen

a) *Futuro*, en el sentido de que el término final de todo plazo constituye, siempre, un hecho futuro.

b) *Fatal*, en el sentido de que el acaecimiento de ese hecho futuro ocurrirá necesariamente, aunque las partes —como ocurre con el plazo incierto— ignoren cuándo ocurrirá.

c) No es *retroactivo*, en el sentido de que el cumplimiento del plazo no produce efectos retroactivos; en el plazo suspensivo, la exigibilidad queda diferida hasta que suceda y en el plazo resolutorio, también la obligación deja de ser exigible desde que sucede, pero los actos celebrados hasta entonces no serán alcanzados por la resolución. Volveré sobre la cuestión enseguida, al tratar los efectos del plazo resolutorio.

§ 401. CLASIFICACIÓN DE LOS PLAZOS, REMISIÓN

La cuestión ya ha sido tratada a propósito del tiempo de pago, adonde cabe remitir¹³⁸; con salvedades que se indicarán más adelante.

nos brinda estas definiciones: a) plazo, "es una distancia divisible entre un límite inicial y un límite final. Envuelve, por tanto, una pluralidad de unidades temporales que lo integran"; b) límite, "es el momento indivisible fijado por las disposiciones jurídicas para marcar el tiempo de nacimiento o el de extinción de las duraciones temporales"; c) el término, "se encuentra en una posición intermedia entre los conceptos de plazo y de límite. Es una pluralidad de unidades temporales unificadas jurídicamente, y tratadas por el derecho como si fueran, en lo compatible, un solo momento".

¹³⁷ Es el ejemplo dado por López de Zavalía, *Reflexiones sobre el tiempo en el derecho*, § 2, II, p. 26.

¹³⁸ *Supra*, § 163.

§ 402. EL PLAZO Y EL INTERÉS DE LAS PARTES

Ya se dijo que el plazo difiere la exigibilidad de la obligación; pues bien, ¿a quién favorece el plazo? En otros términos, ¿en interés de qué parte se considera establecido un plazo? La respuesta fluye con naturalidad: el plazo favorece al deudor. Sin embargo, el Código Civil nos da otra respuesta, como se verá a continuación.

En efecto, a partir del art 570 rigen, al respecto, las siguientes reglas:

a) En primer lugar, prevalece lo que se hubiera dispuesto en el título o fuente de la obligación, si hubiese una disposición al respecto; en efecto, las cláusulas del contrato, la sentencia, o la ley pueden disponer a quién ha de favorecer el plazo, y esa disposición debe respetarse¹³⁹. No se requieren términos sacramentales, es suficiente que tal disposición sea clara e inequívoca.

b) Si en la fuente o título de la obligación nada se hubiese dispuesto, que es lo que generalmente ocurre, entonces la ley presume que el plazo ha sido "*establecido para ambas partes...*" (art. 570, primer párrafo); esto quiere decir, en síntesis, que ni el deudor podría ser obligado a pagar antes del vencimiento del plazo, ni tampoco el acreedor podría ser obligado a recibir con anticipación.

c) En el sistema del Código Civil luce, aquí, una cierta inadecuación con la realidad¹⁴⁰, pues parece innegable que —sobre todo en los plazos suspensivos— al estar diferida la exigibilidad, el favorecido es el deudor. Es verdad que, en algunos supuestos de excepción, el acreedor podría resultar perjudicado si se lo obligara a aceptar un pago anticipado, pero esa hipótesis bien puede quedar a salvo, indicando una excepción que no modifique la regla de que el plazo se presume, establecido a favor del deudor. En derecho comparado, esta solución ha quedado consagrada en algunos ordenamientos (art. 1187, Cód. Civil francés, arts. 1497 y 2204, Cód. Civil de Chile).

En la nota al art. 570 Vélez Sarsfield quiere explicar la regla de que el plazo se presume a favor de ambas partes, recurriendo a un ejemplo tomado de Rogrón: supóngase que la obligación consiste en la entrega de un número de ganado o de un buque, "para lo cual el acreedor puede no estar pronto a recibir y haberse preparado para hacerlo el día del vencimiento". Es verdad, pero también es verdad que lo común y corriente es que sea el deudor quien quiera aprovechar la totalidad del plazo que se le ha concedido y, en caso de que quiera hacer un pago anticipado, es conveniente que se lo autorice, incluso también es común y corriente que al acreedor le convenga que el cumplimiento se anticipe.

¹³⁹ Busso, *Código Civil*, t. III, comentario al art 570, n° 1, p. 567; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1055, p. 647.

¹⁴⁰ Parte de nuestra doctrina acepta la regla del art. 570, haciendo suyos los argumentos que el codificador expuso en la nota al art 570, como p.ej., Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1055, p. 649.

d) Pero en el sistema del Código, ya se dijo, la regla es que el plazo se presume puesto a favor de ambas partes, con las siguientes excepciones:

1") La primera excepción a la regla se da, cuando "por el objeto de la obligación" resultare que el plazo se ha puesto a favor del deudor o del acreedor, la doctrina menciona como ejemplo de esta clase, el mutuo de dinero gratuito; en este caso, se dice, si el deudor debe devolver el capital en el plazo de un año y puesto que —por ser gratuito— no está obligado a pagar intereses, bien puede renunciar al plazo y devolver antes el préstamo sin que el acreedor pueda oponerse, concluyendo que es obvio que el plazo sólo favorecería al deudor. En cambio, si el mutuo fuese oneroso, ya no se podría obligar al acreedor a recibir una devolución anticipada, porque con ello se lo estaría obligando a renunciar a los intereses y, en este caso, debe entenderse que el plazo es a su favor¹⁴¹.

2") En el mismo art. 570, el Código prescribe que cederá la regla de la presunción a favor de ambas partes, cuando "por otras circunstancias", resultare que el plazo favorece a una u otra parte. La doctrina está de acuerdo en que la expresión "otras circunstancias" debe ser interpretada con amplitud para posibilitar encuadrar en ella toda hipótesis en que no sea conveniente mantener la regla¹⁴².

3") En algunas ocasiones la propia ley dispone a quién favorece el plazo, con prescindencia de que sea deudor o acreedor; así, por ejemplo, en el depósito regular, el plazo está establecido a favor del depositante (acreedor a la restitución de la cosa) ya que puede exigir la devolución en cualquier momento (art. 2217); en el comodato, el comodante (acreedor) puede exigir la devolución de la cosa prestada antes del vencimiento del plazo, si tiene una imprevista necesidad de usarla (art. 2284), o en cualquier momento si el comodato fuera precario, en los términos del art. 2285.

4") Por último, las partes de común acuerdo pueden establecer a quién favorecerá el plazo; incluso, pueden acordar pagos anticipados (art. 570 *in finé*).

e) Como consecuencia de la regla general del art. 570, ya se anticipó que ni el deudor puede ser obligado a pagar antes, ni el acreedor puede ser obligado a recibir antes del plazo.

§ 403. PLAZO SUSPENSIVO. EFECTOS

Ya se sabe que el plazo suspensivo difiere la exigibilidad de la obligación hasta su vencimiento. Para determinar los efectos de una obligación sujeta a plazo suspensivo, debe distinguirse la situación de las partes antes o después de sucedido el vencimiento.

¹⁴¹ Cfr. Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código Civil*, t. II, comentario al art. 570, p. 833; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 967.

¹⁴² Colmo, *De las obligaciones en general*, nos 278 y 279, ps. 200 y 201.

a) Efectos antes del vencimiento del plazo

Mientras está pendiente el plazo, se producen los siguientes efectos:

I) *Inexigibilidad*. — Pendiente el plazo, el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación; tampoco el deudor puede pretender cumplir, salvo los casos de excepción ya analizados. En supuestos especiales, el acreedor puede demandar al deudor antes del vencimiento del plazo, pidiendo al juez una condena de futuro, es decir, una condena que sólo podrá ser ejecutada, de ser necesario¹⁴³, después del vencimiento del plazo, como ocurre con el llamado desalojo anticipado reglado en el art. 688 del CPCCN.

II) *Medidas conservatorias*. — Puesto que el plazo no ejerce influencia sobre la eficacia del vínculo, sino que solamente difiere su exigibilidad, está claro que el acreedor puede solicitar mientras espera que se cumpla el plazo, todas aquellas medidas conservatorias de su derecho, siempre que se encuentren reunidos los requisitos que hacen posibles estas medidas. El fundamento legal de esta facultad del acreedor debe buscarse en el art 546, que si bien se refiere al acreedor condicional, es aplicable a esta hipótesis por analogía¹⁴⁴.

III) *Otros efectos*. — Otros efectos que cabe mencionar, que tienen lugar mientras está pendiente el plazo, son: 1°) no opera la compensación legal, sin perjuicio de que las partes puedan acordar lo contrario (compensación facultativa); 2°) no corre la prescripción liberatoria, que sólo comienza cuando la obligación se torna exigible, lo que ocurre después del vencimiento del plazo (art 3957).

IV) *Transmisibilidad de la obligación a plazo*. — La obligación sujeta a un plazo cierto¹⁴⁵ es transmisible por actos entre vivos o *mórtis causa*, según está dispuesto en el art 573 en estos términos: "En las obligaciones a plazo cierto, los derechos son transmisibles, aunque el plazo sea tan largo, que el acreedor no pueda sobrevivir al día del vencimiento".

La ejecución de la condena será innecesaria, cuando el demandado cumpliera la obligación al vencimiento del plazo. En este caso, y además si el demandado no hubiese cuestionado el derecho del acreedor, éste deberá pagar las costas del juicio. Dice al respecto el art 688 del CPCCN: "Condena de futuro. La demanda de desalojo podrá interponerse antes del vencimiento del plazo convenido para la restitución del bien, en cuyo caso la sentencia que ordena la desocupación deberá cumplirse una vez vencido aquél. Las costas serán a cargo del actor cuando el demandado, además de haberse allanado a la demanda, cumpliera su obligación de desocupar oportunamente el inmueble o de devolverlo en la forma convenida".

¹⁴⁴ El fundamento de la aplicación analógica del art. 546 es incuestionable, pues si el acreedor condicional —cuyo crédito es incierto y puede llegar a no existir— tiene derecho a pedir medidas conservatorias, *a fortiori* se debe reconocer ese mismo derecho al acreedor a plazo, que tiene un crédito cierto, únicamente diferido hasta el vencimiento del plazo: Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 11, p. 568.

¹⁴⁵ Sobre los plazos cierto e incierto, *supra*, § 165, a, puntos I y II.

¿Qué ocurre con las obligaciones de plazo incierto? Es necesario en este caso efectuar una serie de distinciones:

1ª) En primer lugar, las obligaciones de plazo incierto son también transmisibles por actos entre vivos, por ejemplo, por cesión de créditos; es decir, si, antes del vencimiento del plazo fallece alguna de las partes involucradas: el deudor cedido, el cedente o el cesionario, esa muerte no ejercerá ninguna influencia sobre el crédito transmitido al cesionario, porque se entiende que los efectos del contrato de cesión se extienden activa y pasivamente a los herederos de las partes (art. 1195).

2ª) Si la transmisión de la obligación se ha hecho *mortis causa*, por ejemplo, por legado, desde el derecho romano se ha considerado que es condición de validez de la obligación que el beneficiario se encuentre vivo al vencimiento del plazo de la obligación; si cuando el vencimiento tiene lugar el beneficiario ya ha fallecido, se entiende que la obligación ha caducado. De todos modos, es éste un tema que la doctrina que se ocupa del derecho de las sucesiones discute largamente y allí debe ser tratado

V) *Irrepetibilidad del pago anticipado. Remisión.* — Esta cuestión ya fue tratada junto al tiempo de pago, a donde cabe remitir *supra*, § 167.

b) Efectos después del vencimiento del plazo

Lo esencial es que el vencimiento del plazo torna exigible y cumplible la obligación, por ende, el acreedor puede exigir el cumplimiento aun por medios coactivos y el deudor tiene el derecho de pagar e, incluso, puede ejercer ese derecho también por medios coactivos recurriendo al pago por consignación. El vencimiento del plazo también incide sobre la constitución en mora del deudor, como ya fue analizado¹⁴⁶.

Todos los actos que han tenido lugar antes del vencimiento del plazo, ocurrido éste, quedan firmes y válidos »⁴⁷.

§ 404. PLAZO RESOLUTORIO. EFECTOS

El plazo resolutorio no difiere la exigibilidad de la obligación, pero a su vencimiento cesa la eficacia del vínculo obligatorio. Para enumerar sus efectos, también es necesario distinguir la situación existente antes y después del vencimiento.

a) Antes del vencimiento

Por su **propia** naturaleza, la pendencia del plazo no impide al acreedor el derecho de exigir el cumplimiento ni priva al deudor del derecho de pagar. Pue-

Supra, § 224 y ss.

Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, t. II n°915, p. 54.

de también el acreedor pedir medidas conservatorias, por las mismas razones que lo puede hacer el acreedor condicional (art. 546).

b) Después del vencimiento

Lo esencial es que el vencimiento del plazo hace cesar la obligación para el futuro, es decir, la resolución —a diferencia de la condición— no produce efectos retroactivos¹⁴⁸; la diferencia es importante, porque en este caso, el vencimiento del plazo no afecta las relaciones jurídicas que pudieron establecer las partes entre sí, o con respecto a terceros, antes del vencimiento del plazo.

§ 405. CADUCIDAD DE LOS PLAZOS. REMISIÓN

La caducidad de los plazos ha sido ya tratada y allí me remito¹⁴⁹.

D) OBLIGACIONES CON CARGO

§ 406. NOCIÓN, TERMINOLOGÍA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como punto de partida se ha de indicar que el cargo consiste —en sustancia— en una obligación accesoria y excepcional que se impone por el transmitente, al adquirente de un derecho. El cargo es llamado también modo, nombre preferido por algunos autores¹⁵⁰. Baste, por ahora, con esta noción preliminar, ya que antes de señalar una definición es necesario dejar establecido —porque en parte depende de ello— su ámbito de aplicación.

Para una importante doctrina, que se ha ocupado especialmente de la teoría del negocio jurídico "S", el cargo en sentido estricto sólo puede acceder a los negocios gratuitos, pues no tendría sentido en los onerosos, en los que integraría la contraprestación; así, por ejemplo, si el donante de un inmueble le impone

¹⁴⁸ De acuerdo, sobre este punto, Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1066, p. 661. En contra, Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, vol. n, n° 916, p. 54, quien afirma que el vencimiento del plazo resolutorio produce efectos retroactivos, con excepción de la revocación del dominio, que no tendría lugar.

¹⁴⁹ *Supra*, i 166.

¹⁵⁰ P.ej., Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, t. II, n° 919, p. 56. Sobre la terminología en esta materia: López de Zavala, *Teoría de los contratos. Parte especial*, t. I, § 76, p. 445, quien llama donación con "cargas" —en general— a aquellas donaciones en las que se impone al donatario una determinada actividad; cuando esa actividad consiste en una prestación apreciable en dinero habla de "cargo" y cuando no es apreciable en dinero de "condición-cargo".

¹⁵¹ Por todos: Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 69, p. 415. Entre nosotros, aceptan esta tesis: Trigo Represas, *Acerca de las obligaciones sub-modo*, en "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", 117, año 1958, p. 215 y Compagnucci de Caso, *El negocio jurídico*, § 163, p. 483.

al donatario la obligación excepcional de destinar una pequeña parcela del inmueble a juegos infantiles, le está imponiendo un cargo, en tanto que si en vez de donarle el inmueble, se lo vende, construir el parque ya no se trataría de un cargo, sino de una imposición que se reflejará en el precio porque, seguramente, el comprador pagará un precio menor considerando que se le ha limitado la disponibilidad sobre una parte de la cosa comprada.

Para otra corriente el cargo puede ser impuesto tanto en los negocios gratuitos como en los onerosos; esta tesis parece ser la de nuestro Código Civil, si se toma en cuenta que en la nota al art. 558, Vélez transcribió a Mackeldey, quien así lo afirma, aunque no se explaya en el asunto ni proporciona los fundamentos de su afirmación. Buena parte de nuestra doctrina, a su zaga, adhiere a esta tesis¹⁵².

Siguiendo aquí las pautas del realismo jurídico, examinados diversos casos judiciales, cabe concluir que en los negocios onerosos el adquirente no aceptará tal limitación que el cargo supone, sin disminuir el precio o contraprestación que debe pagar, en consecuencia, si el cargo tiene su correlato en el precio, no se puede hablar, en rigor, de un modo como obligación accesorio y excepcional, sino de una determinación atípica del precio¹⁵³. En cambio, en los negocios gratuitos, allí sí, el cargo luce en todo su esplendor, como se aprecia en la donación, porque no tiene ningún parentesco con el precio y es útil, tanto al donante, permitiéndole poner un límite a su liberalidad, al donatario, sirviéndole como instrumento para expresar su gratitud, cuanto a los terceros que pueden resultar beneficiados con el cumplimiento del cargo.

¹⁵² Machado, *Exposición y comentario*, tII comentario al art 588, p. 256; Colmo, *De las obligaciones en general*, n°248, p. 180; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1. 1, p. 571, nota; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t II, comentario al art. 588, p. 811.

El Proyecto de Código Civil de 1998 también acepta esta tesis, como se desprende del texto de su art 354 referido al cargo prohibido: "La estipulación como cargo en los actos jurídicos onerosos de hechos que no pueden serlo como condición, se tiene por no escrita, pero no provoca la invalidez del acto". El texto merece las siguientes observaciones: a) en primer lugar, acepta la tesis de que el cargo puede acceder a un negocio oneroso, aunque no brinda ningún fundamento que explique por qué se aparta de la doctrina que le ha formulado serios reparos a esa tesis; b) en segundo lugar, y esto es más grave, deja sin resolver el supuesto en que el cargo prohibido acceda a un acto gratuito, que es el supuesto más corriente.

¹⁵³ Con la expresión realismo jurídico, me refiero aquí a las reglas de la experiencia jurídica, tal como fueron propuestas por Camelutti: "Hay que descubrir las reglas de la experiencia jurídica, convencernos de que las reglas de derecho no están recluidas en los códigos como en una vitrina, sino operando en la vida; importa mucho al jurista tener los ojos bien abiertos, comportarse con realismo para observar el dato vital que, en verdad, muchas veces no está en los códigos o bibliotecas".

§ 407. CONCEPTO

Establecido su ámbito de aplicación, se puede decir que el cargo o modo, en sentido estricto, es la obligación accesoria y excepcional impuesta por el autor de una liberalidad a la persona a quien favorece esa liberalidad, para que la cumpla en beneficio del primero, de un tercero designado o de los terceros en general.

Un autor que se ha ocupado especialmente del tema¹⁵⁴ define el cargo o modo como "el comportamiento, peso o carga patrimonial o no, que impuesto por el autor de una liberalidad al favorecido por ella debe en ocasiones ser cumplido con los medios económicos recibidos y otras con los ya existentes en el patrimonio del favorecido, apareciendo unas veces como fin secundario y otras como fin principal de la disposición". También se ha dado la siguiente descripción de la figura: quien desea, al celebrar un negocio jurídico gratuito, *mortis causa* o *inter vivos*, que la ventaja patrimonial sea destinada, en todo o en parte, a un determinado fin, en interés propio o de un tercero, provee a ello disponiendo submodo, es decir, imponiendo a la atribución patrimonial una carga, que es al mismo tiempo un límite concordante con aquella finalidad

Las notas distintivas del cargo, son: a) es una obligación accesoria sujeta, por ende, a la regla de la accesoriedad; b) es extraordinaria, en el sentido de que no se trata de una obligación que deriva normalmente de un determinado acto jurídico¹⁵⁶, por ejemplo, el comodatario que recibió en préstamo gratuito una cosa, está obligado a conservarla en buen estado; pues bien, esa obligación, aunque es secundaria respecto de la obligación de devolver la cosa, no es extraordinaria sino que es propia y normal del contrato en cuestión; por ende, no puede reputarse como un cargo; c) se impone al beneficiario de una liberalidad y en razón de ella, es decir, es una limitación al beneficio otorgado a la persona que debe cumplirlo; d) puede consistir en dar, hacer o no hacer, y debe ser apreciable en dinero; e) siempre tiene carácter patrimonial, en tanto es prestación, aunque el interés de la persona en cuyo beneficio se cumple el cargo no sea patrimonial¹⁵⁷; si la imposición carece de contenido patrimonial, no será un car-

¹⁵⁴ Orencio Torralba Soriano, *El modo de fne/rtfc'ioc(vi)*, Montecorvo, Madrid, 1967, p. 44.

¹⁵⁵ Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 69, p. 415. También ha sido definido como "una disposición o cláusula en la que se establece, a cargo de una persona que se beneficia por testamento o donación, la obligación de observar un determinado comportamiento; usar de una cierta manera de la cosa que se adquiere; realizar una prestación a favor del benefactor o de sus herederos o de un tercero*"; Carioti Ferrara, *El negocio jurídico*, n° 144, p. 565.

¹⁵⁶ Cfr. Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, vol. II, n° 919, p. 57.

¹⁵⁷ La definición de Orencio Torralba Soriano, transcrita en el texto, afirma que el comportamiento en que consiste el cargo, puede ser o no patrimonial. Sin embargo, desde que constituye una limitación patrimonial a los beneficios de una atribución patrimonial que recibe la persona obligada a cumplir con el cargo, éste tiene, para ella, forzosamente, carácter patrimonial. Enfocado desde otra perspectiva, todo cargo tiene de cierto grado de onerosidad al negocio gratuito al

go, *stricto sensu*, como se verá luego; f) el cumplimiento del cargo puede beneficiar al propio autor de la liberalidad, a un tercero determinado o a la comunidad toda, como ocurre cuando el cargo consiste, por ejemplo, en dejar una parte del predio donado para destinarla a una espacio verde (plaza o parque); g) por lo común es de menor valor que la obligación principal a la que accede; aunque puede ser de igual valor sin dejar de ser un cargo si así ha sido querido por la voluntad de las partes.

§ 408. NATURALEZA. DEFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS

Es controvertida la naturaleza jurídica del cargo. Conviene ir despejando el camino por vía negativa, reiterando aquí y en primer lugar, que el cargo no es una condición, por las razones dadas en su momento¹⁵⁸. Corresponde indagar, ahora, si el cargo puede ser equiparado a la causa del negocio o si le cabe el rótulo de "motivo relevante", como lo ha propuesto la dogmática alemana.

a) *El cargo y la causa objetiva del negocio jurídico*

¿Puede el cargo erigirse en causa del negocio jurídico creador de la obligación? Recuérdesse la plurisignificación de la palabra "causa" que antes he señalado¹⁵⁹; si se pretende que el cargo es equiparable a la causa, en la versión de Pothier y Domat, objetiva, abstracta e idéntica en todos los negocios de la misma especie, la tesis debe ser rechazada. En efecto, considérese como ejemplo las donaciones con cargo, si esta tesis fuera verdadera, en toda donación con cargo, la obligación del donante de entregar la cosa donada, tendría su causa objetiva, abstracta e idéntica, en la obligación del donatario de cumplir con el cargo, de la misma manera que la obligación del vendedor de entregar la cosa que vendió, tiene su causa-fin en la obligación del comprador de pagar el precio. Pero la donación quedaría, así, desfigurada, porque la obligación de cumplir el cargo sería de igual rango que la del donante de entregar la cosa donada y, por este camino, la donación terminaría siendo bilateral desde el punto de vista de los créditos que genera y, por ende, onerosa¹⁶⁰. Pero no podría ser cre-

que accede. Por ello dice Betti, que si bien la causa característica de un negocio gratuito es el enriquecimiento ajeno sin compensación, con la imposición de un cargo "viene a injertarse un fin ulterior de carácter oneroso y no gratuito, que tiende a modificarla" (Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 69, p. 415). Si se encontrara algún supuesto en que el donante imponga al donatario la carga de verificar un comportamiento no patrimonial, ése no sería un cargo en sentido estricto sino una condición.

¹⁵⁸ *Supra*, aquí § 372, b.

¹⁵⁹ *Supra*, 165.

¹⁶⁰ De acuerdo: Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, n° 144, p. 566; Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 69, p. 415; Torralba Soriano, *El modo en el derecho civil*, p. 103. .

ditoriamente bilateral porque el cargo, como ya se dijo, no es, en definitiva, una obligación recíproca con respecto a la del donante, requisito indispensable para hablar de contrato bilateral o sinalagmático; además —no es un dato menor— casi siempre el cargo es de menor valor que la obligación principal¹⁶¹.

b) El cargo como "motivo relevante" o "presuposición"

Se ha pensado que el cargo constituye el motivo relevante¹⁶² que inspiró al autor del acto o negocio a imponerlo, verbigracia, cuando una persona dona un extenso inmueble imponiéndole al donatario un cargo consistente en que construya en una parcela un pequeño parque infantil, se diría que la construcción de ese parque fue el motivo relevante que inspiró al donante a realizar la donación. Repárese en que el donante pudo contar también con la modalidad "condición"; es decir, que en vez de recurrir al cargo, pudo supeditar la donación a la condición resolutoria de que se construya el parque en cuestión dentro de cierto plazo. Ocurre, sin embargo, que la condición —como se sabe— no es coercible, es decir, si el donatario no la cumple, el donante no podrá exigir que lo haga, debiendo conformarse con dejar sin efecto la donación. Pero lo que el donante quiere no es dejar sin efecto la donación, sino imponer al donatario la obligación de construir el parque, obligándolo a hacerlo por la fuerza, llegado el caso; y esto sólo es posible, si en vez de condición, impone un cargo. De esta manera, el cargo viene a servir de instrumento adecuado para satisfacer el interés relevante del donante, siendo ésa su naturaleza.

Windscheid, el más importante de los conceptualistas alemanes¹⁶³, habla de *presuposición* para explicar por qué ese motivo relevante no es incorporado al negocio como condición. Para la doctrina¹⁶⁴ que sigue al pandectista, si se tratara de una condición, la eficacia del negocio jurídico estaría supeditada a su cumplimiento voluntario y aquí no se quiere privar de eficacia al negocio, sino que se quiere el cumplimiento efectivo del cargo, que es lo que el donante presupone que el donatario conoce y también acepta.

c) El cargo y la teoría de las "bases del negocio"

Siguiendo la línea trazada por Windscheid, también se ha sostenido que el cargo constituye una de las *bases del negocio* y, como tal, es uno de sus elemen-

¹⁶¹ Cfr. Albaladejo García, *El negocio jurídico*, n° 176, p. 281.

¹⁶² El art. 2S7 del Proyecto de Código Civil de 1998, fue redactado en estos términos: "Los motivos personales de los otorgantes del acto jurídico serán relevantes cuando integren expresa o implícitamente, la declaración de voluntad común".

¹⁶³ Windscheid, *Diritto delle pandette*, LI, § 97, p. 332, de la traducción al italiano de Fadda y Benza.

¹⁶⁴ Por ejemplo, Messineo, *Doctrina general del contrato*, 11, n° 14, p. 216.

tos esenciales, porque se trataría de una presuposición común a ambos contratantes, incorporada al negocio; es decir, las partes "quieren" el efecto previsto en el cargo, por eso no sería una "condición" impuesta por un contratante al otro, sino una decisión común "incorporada" al negocio por ambas partes; la inejecución del cargo, por lo tanto, iría en contra de la voluntad y de los intereses de ambos contratantes.

En nuestro derecho, es claro que Vélez tuvo en cuenta la posibilidad de que el cargo puede constituir la causa-fin de la obligación del transmitente de un derecho, como, por ejemplo, el testador, acordándole el derecho de revocar el legado en caso de incumplimiento cuando las cargas "son la causa final de su disposición" (art. 3841).

d) El cargo como obligación accesoria

En la llamada "obligación con cargo" existe, sin duda, una pluralidad de obligaciones interdependientes; es decir, dos obligaciones vinculadas por una causa jurídicamente relevante; siendo así, se torna necesario establecer a cuál de ellas le corresponde el rango de obligación principal y a cuál el de accesoria o secundaria» teniendo en cuenta que, según el art 523, "de dos obligaciones una es principal y la otra accesoria *cuando la una es la razón de la existencia de la otra*"¹⁶⁵. En este caso, es evidente que la obligación principal es aquella a la que el cargo accede, por ejemplo, en la donación el cargo existe porque existe la obligación de entregar la cosa donada, es más, puede haber donación sin cargo, pero nunca un cargo sin una donación. Siendo así, ¿por qué no limitarse a reconocer que el cargo es una obligación accesoria y allí poner fin a la discusión sobre su naturaleza?

Parece, en consecuencia, que el carácter accesorio del cargo es incuestionable.

Sin embargo, cabe todavía dejar sentadas dos afirmaciones:

a) Que el cargo es una obligación accesoria es una cuestión que la doctrina¹⁶⁶ acepta, aunque el art. 564 contenga una excepción a la regla de accesoriadad: "Si el hecho que constituye el cargo fuere imposible, ilícito o inmoral, no valdrá el acto en que el cargo fuese impuesto"; aquí, como se ve, la nulidad del cargo, obligación accesoria, provoca la nulidad de la obligación principal. Pero la excepción no borra la regla sino que —por el contrario— la confirma.

¹⁶⁵ Sobre el tema, *supra*, § 362.

¹⁶⁶ En general, nuestros autores reiteran que el cargo es una obligación accesoria, añadiendo algunos su carácter excepcional o extraordinario: Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, L II, comentario al art. 558, p. 812; Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, 1 m, no 899 y ss., p. 281; Compagnucci de Caso, *El negocio jurídico*, n° 161, p. 482. E incluso se afirma que ésa es su naturaleza: Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II n° 1080, p. 675.

b) Hasta ahora se ha venido hablando de "obligación" accesoria de otra obligación, aunque en rigor de verdad, más que una obligación, el cargo es un accesorio del "contrato creador" de la obligación, en la medida en que su imposición, al consistir en una cláusula, requiere acuerdo o consentimiento de ambas partes. Está claro que si el "acto creador" de la obligación es un contrato, verbigracia, una donación, entonces la imposición del cargo es una *cláusula* de ese contrato, como pretieren definirlo algunos autores¹⁶⁷. Pero la regla de la accesoriedad es igualmente válida y aplicable a la figura, porque lo accesorio puede predicarse tanto de las obligaciones como de los contratos.

§ 409. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS

Conviene distinguir el cargo de la condición, del plazo, del mandato y del simple consejo.

a) Con la condición

Si bien ya fue señalada la distinción entre el cargo y la condición —consistente en que mientras el primero es coercible, no lo es la segunda—, es oportuno ahora adelantar otra cuestión, vinculada con la distinción entre ambas modalidades, que se presenta cuando el cargo es puesto en la obligación, también como condición, es el llamado cargo condicional. El parágrafo que se destine a tratar las distintas clases de cargo será el lugar para analizar este asunto¹⁶⁸, aquí interesa anticipar que la imposición de un cargo condicional debe ser expresa, ya que —por regla general— en caso de duda, se debe interpretar que el cargo es simple, es decir, impuesto únicamente como cargo y no como condición, tal cual está expresado en la parte final del art 558. Por otra parte, como también se verá, existen casos en que el cargo no es en realidad tal, o al menos no lo es en estricto sentido, como ocurre cuando consiste en un hacer no patrimonial que no es, por ende, obligación en sentido técnico.

b) Con el plazo

Es muy poco probable confundir el plazo con el cargo, teniendo en cuenta que el primero consiste en un *transcurso* relevante para el derecho, en tanto el segundo es una obligación accesoria. Pero como ello no quita que el cumplimiento del cargo pueda estar supeditado a un plazo suspensivo o resolutorio, alguna confusión puede presentarse, no con el plazo suspensivo, sino con el resolutorio.

P.ej., Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, n° 144, p. 565.
Infra, aquí, § 412.

En efecto;

a) Si el plazo para cumplir el cargo es suspensivo, la diferencia es nítida, porque si bien la exigibilidad del cargo estará diferida al vencimiento de ese plazo, la obligación principal a la que accede será exigible y ejecutable con prescindencia del cargo, es decir, la imposición de un cargo no equivale a ponerle plazo a la obligación principal.

b) Si el plazo para cumplir el cargo es resolutorio, el plazo y el cargo parecen confundirse, pues en ambos casos la obligación principal será exigible y producirá los efectos que le son propios, pero si el cargo no se cumple al vencimiento del plazo, la obligación principal quedará sin efecto. Pero toda duda debe disiparse cuando se considere que el cargo en sí mismo crea una obligación que, como tal, puede estar sujeta a un plazo resolutorio, plazo que afecta al cargo y no a la obligación principal, de allí que la resolución de la obligación principal no es consecuencia directa del vencimiento del plazo, sino que es consecuencia del incumplimiento del cargo en el plazo previsto.

c) *Con el mandato*

El cargo debe ser también diferenciado del mandato, porque un examen superficial de la figura podría hacer pensar que el obligado a cumplir el cargo no estaría haciendo otra cosa que cumplir un mandato de la persona que impuso el cargo, con la circunstancia agravante de que tanto el cargo como el mandato requieren el acuerdo o consentimiento de ambas partes, con lo que ambos adquieren el rango de contratos¹⁶⁹.

Pero también en este caso las diferencias son notorias:

1°) El mandato es un contrato, que tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza (art. 1869).

2°) El cargo no se cumple "en nombre de quien lo impuso", sino que el obligado a cumplirlo actúa en nombre y cuenta propios¹⁷⁰.

3°) Si bien el cargo —como el mandato— puede consistir en la realización de un acto jurídico, por lo común consiste en la ejecución de un simple hecho o en una abstención, objeto éste extraño al mandato y, en todo caso, más próximo a la locación de servicios.

¹⁶⁹ Una vez más cabe aclarar que según la tesis amplia del contrato, es tal, según el art. 1137 del Cód. Civil "todo acto jurídico bilateral patrimonial", y dentro de esa amplitud, tanto la imposición de un cargo, como la concertación de un mandato, son contratos.

¹⁷⁰ De Gásperi y Morello, *Derecho Civil* "Obligaciones", I, n° 248, p. 351.

d) Con los simples consejos

Cuando el autor de una liberalidad le impone al beneficiado con ella un cargo, no le está dando un simple consejo, sino que le está imponiendo una obligación. La diferencia salta a la vista: el cumplimiento del consejo no es coercible ni trae consecuencias jurídicas, el del cargo, sí.

§410. CARACTERES Y ELEMENTOS

a) Caracteres

El cargo presenta los siguientes caracteres y notas típicas:

1) En primer lugar, bien vale reiterarlo por su importancia, el cargo es coercible, esto es, su cumplimiento puede ser exigido con el auxilio de la fuerza pública (art. 505, inc. 1), ya que se trata de una obligación en sentido técnico. Esta nota es fundamental porque permite distinguirlo de la condición y de las simples recomendaciones. La acción para exigir su cumplimiento corresponde al beneficiario del cargo, sea su propio autor o un tercero (arts. 560, 1829, 1853).

2) Se trata de una obligación accesoria y excepcional. Lo primero, porque su suerte depende de la suerte de la obligación principal, con la salvedad del art 564. Lo segundo, porque no es una obligación normal del contrato al que accede, sino una impuesta por la voluntad de las partes como una modalidad de ese concreto contrato.

3) JPor su naturaleza, el cargo importa una restricción o limitación en el ejercicio del derecho transmitido.

b) Elementos

Siendo el cargo una obligación accesoria impuesta en una cláusula contractual, cabe afirmar, como premisa inicial, que le son aplicables las reglas y principios relativos a los elementos de las obligaciones en general.

En particular, merecen mención:

1) *El objeto y beneficiario.* — El objeto de la obligación que el cargo supone es apreciable en dinero y puede ser dado por medio de un dar, de un hacer o de una abstención y destinatario o beneficiario de ese objeto —y por ende con derecho a exigir su cumplimiento— puede ser la misma persona que lo impuso, por ejemplo, el donante, un tercero o varios terceros determinados —incluso una por nacer o una persona jurídica— o la comunidad en general. Cuando la imposición consiste en un comportamiento no apreciable en dinero no hay, técnicamente, una obligación y, por ende, tampoco hay "cargo" en sentido estricto. Si bien el cumplimiento de ese comportamiento no puede ser exigido coactivamente, su inejecución * tendrá efectos resolutorios respecto del principal, según resulta del art. 1552 *in fine*.

.H) *Tiempo de cumplimiento*. — Por aplicación de las normas generales, el cargo debe cumplirse en el plazo señalado en la cláusula en la que se ha impuesto. Si en la fuente de esta obligación accesoria nada se ha dispuesto al respecto, el art. 561 dispone que los cargos, "deberán cumplirse en el plazo que el juez señale".*

Cabe aquí un interrogante: ¿en todos los casos en que las partes omitan indicar el plazo de cumplimiento debe pedirse al juez que lo fije? No hay razón alguna para que así sea. Es decir, se deben distinguir las distintas clases de plazos, porque para determinar el tiempo de cumplimiento deben aplicarse —por analogía— las reglas de la mora del deudor establecidas en torno del art. 509 del Cód. Civil, así, por ejemplo, si el plazo es tácito, bastará la interpelación del acreedor (art. 509, segundo párrafo), ya que esa interpelación, además de provocar la mora del deudor, importa la fijación del tiempo de cumplimiento; únicamente si el plazo es de los denominados indeterminados propiamente dicho, entonces él juez deberá fijar el tiempo de pago en procedimiento sumario, pudiendo el acreedor acumular a ese pedido de fijación de plazo, la acción de cumplimiento (art 509, tercer párrafo) ">".

IU) *Forma y prueba*. — Respecto de la forma y de la prueba, es necesario distinguir: 1°) si se trata de la-cláusula en la que está contenido el cargo, debe revestir la forma que es requerida para el acto principal, lo propio respecto de la prueba, es decir, rige en estos aspectos la regla de la accesoriedad; 2°) pero si el objeto de la obligación es de aquellos cuyo cumplimiento depende de una formalidad determinada, debe respetarse esta forma, aunque el acto principal sea no formal o de formas libres, por ejemplo, si en una donación de un bien mueble, que es no formal, se impone como cargo al donatario la obligación de ceder un crédito a un tercero, esa cesión deberá hacerse por escrito, porque es la forma requerida para las cesiones de crédito, según está establecido en el art. 1451.

§411. REQUISITOS

Si se ha dicho que el cargo *stricto sensu* es, aunque accesoria, una obligación, de allí se sigue que sus requisitos, en el sentido del art. 1169, deban ser los mismos de toda obligación. Sin embargo, el Código Civil contiene normas específicas, relativas a la posibilidad, licitud y seriedad del objeto del cargo, normas que cabe analizar para verificar si contienen un régimen especial o si sólo reiteran las normas generales.

a) *Cargo de objeto imposible*

Por aplicación de las reglas generales (art. 953) se sabe que: 1°) el objeto de una obligación debe consistir en un hecho que, entre otros requisitos, debe

¹⁷¹ Ver lo expuesto, *supra*, § 226.

ser de posible realización, material y jurídica; 2º) la imposibilidad que da lugar a la nulidad debe existir al tiempo de nacer la obligación; 3º) la imposibilidad sobreviniente, sin culpa o mora del obligado, constituye caso fortuito, que libera al deudor. Hasta aquí las reglas generales.

Ahora, en particular

I) *Imposibilidad sobreviniente*. — En este caso, las normas específicas del cargo no son sino una reiteración de las generales, por lo que bien pudieron omitirse. En efecto: 1º) por el art 564, si el cargo tiene un objeto que al tiempo de nacer la obligación era ya de imposible realización, la obligación es nula. Se reitera la norma general; 2º) por el art 565, si el hecho no fuere absolutamente imposible "pero llegase a serlo después sin culpa del adquirente, la *adquisición subsistirá*, y los bienes quedarán adquiridos sin cargo alguno". También se reitera la norma general, con la salvedad de que en este caso la nulidad sólo alcanza al cargo y no al contrato en el que está inserto".

H) *Extensión de la nulidad al acto principal*. — Ya se vio que la imposibilidad sobreviniente sin culpa del deudor, provoca la nulidad del cargo y no afecta al acto principal. Ahora bien, cuando la imposibilidad es atribuible o imputable al deudor, entonces la nulidad afecta no sólo al cargo, sino que alcanza al acto principal (art 564).

Esta disposición merece dos observaciones:

1º) Como se dijo en su oportunidad, ésta es una excepción a la regla de la accesoriedad¹⁷².

2º) Cuando los cargos son pequeños o mínimos, en proporción, con relación al objeto de la obligación principal, ¿se justifica la sanción de nulidad de ésta? Por ejemplo, si se dona una inmueble cuyo valor es de \$ 300.000 con cargo de construir en la vereda un acceso para personas discapacitadas cuya construcción no supera los \$ 10.000; si el cumplimiento del cargo es imposible, aun por culpa del obligado que prefiere abrir un acceso a una cochera construida en el subsuelo, ¿se justifica la sanción de nulidad de la donación prevista en el art 564? Algunos autores se han pronunciado en contra de la sanción, a la que consideran exagerada e incomprensible¹⁷³; propone esta doctrina que en estos casos, la imposición sea considerada como una obligación accesoria sin efecto resolutorio, cuya inejecución traiga como consecuencia, únicamente, el deber de indemnizar los daños derivados de ella.

¹⁷² Cfr. Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 986; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, L IL comentario al art. 565, p. 820.

¹⁷³ *Supra*, § 363, b.

¹⁷⁴ Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 255, p. 184; Busso, *Código Civil*, t. m, comentario al art. 564, n° 3, p.; 550; Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones*, 11, n° 798-b, p. 628. Esta tesis cuenta con la aprobación de Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, L II, n° 1086, p. 684.

Esta tesis no es convincente. La naturaleza de los actos gratuitos o altruistas, requiere una tutela especial para el interés del benefactor, no se trata del mayor o menor valor económico de los cargos, sino de la finalidad perseguida por las partes. Aquí sí cobra particular relevancia la teoría de la causa-fin motivo o la de los motivos relevantes, cuya frustración dará lugar a la ineficacia del negocio, con prescindencia del valor económico de lo incumplido.

b) Cargo de objeto ilícito

Cuando el cargo tiene un objeto ilícito, su nulidad alcanza al acto principal, por disponerlo así el art 564. No se discute que la ilicitud que da lugar a esta nulidad debe existir antes o al momento de nacer la obligación y el cargo. Se discute en cambio si la ilicitud sobreviniente tiene el mismo efecto nulificante comprensivo de la obligación y del cargo o, por el contrario, si en tal caso la nulidad sólo afecta al cargo dejando subsistente la adquisición del derecho. Estimo que la última es la solución que debe prevalecer, es decir, en caso de ilicitud sobreviniente, únicamente será nulo el cargo y no la obligación principal. Ello, por aplicación de la regla de la accesoriedad: si la obligación principal fuese ilícita, aun por causas sobrevinientes, su nulidad provocaría la de la accesorio, en cambio, si la ilicitud afecta sólo al cargo, siendo éste accesorio, su nulidad no tendría que provocar la de la principal. Si bien el art 564 sanciona con nulidad también a la principal, ésta es una excepción a la regla y, por ende, de interpretación restrictiva. Siendo así, sólo cuando la ilicitud es anterior o contemporánea a la imposición del cargo, la nulidad de éste traerá también la del principal, pero no cuando es sobreviniente, porque para esta hipótesis recobra vigencia la regla de la accesoriedad.

c) El cargo debe ser serio

También por aplicación de las reglas generales el cargo debe ser serio (*intentione iuris*), en el sentido de que no pueden reputarse tales, las imposiciones en broma o ridículas, los simples consejos o recomendaciones y toda otra manifestación que no tenga la intención de obligar a la persona al cumplimiento del cargo¹⁷⁵.

§ 412. CLASES

Nuestro Código Civil ha creado, en torno a la modalidad "cargo", un sistema del que parecen desprenderse tres especies de esta figura; digo que "parecen" tres porque —como se verá cuando se analice cada especie— no todas son, con el rigor técnico necesario, verdaderos "cargos". Para proceder con mé-

¹⁷⁵ Cfr. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 257, p. 185.

todo, comenzaré por indicar que las tres especies aludidas, son: a) cargo simple; b) cargo - condición suspensiva; c) cargo - condición resolutoria.

a) *Cargo simple*

El cargo simple es el verdadero cargo. Se lo denomina simple, porque se quiere significar que no está impuesto como condición, ni suspensiva ni resolutoria, de manera que sólo consiste en una obligación accesoria, cuyo rasgo esencial es que su imposición no suspende el cumplimiento de la obligación principal, ni afecta su eficacia y su incumplimiento no tiene efecto resolutorio.

De distintas disposiciones de nuestro Código Civil se puede señalar que el cargo simple responde a las siguientes reglas generales y excepciones:

1º) En primer lugar, refiriéndose a esta especie el art 558 dispone en su primera parte que "los cargos impuestos no impiden la adquisición del derecho, ni su ejercicio". En consecuencia, los derechos que se transmiten al deudor del cargo, se adquieren y se ejercen por éste con prescindencia del cumplimiento del cargo.

2º) El incumplimiento del cargo, ya se dijo, no tiene efectos resolutorios, por ende, no provoca la invalidez del acto ni tampoco la pérdida de los derechos adquiridos (art. 560, primera parte).

3º) El beneficiario del cargo, sea la persona que lo impuso o un tercero, tiene acción para exigir el cumplimiento del cargo en especie o, en su caso, para exigir la indemnización de daños y perjuicios (arts. 560, segunda parte y 505, inc. 1).

La regla más importante, según quedó expresado, es que el incumplimiento de un cargo simple no tiene efectos resolutorios. Esa regla cede en los siguientes casos de excepción:

1º) Si el cargo ha sido impuesto en una donación y el donante obligado a cumplirlo ha sido constituido en mora respecto de esa obligación "el donante tiene acción para pedir la revocación de la donación" (art. 1849)".

2º) Si el cargo ha sido impuesto en un legado, en caso de inejecución por el obligado, los herederos del testador pueden revocarlo cuando el cargo ha sido "la causa final de su disposición", según lo dispone el art. 3841. Cabe aclarar que si bien el texto citado se refiere al incumplimiento de "las cargas" y se puede interpretar que éstas consisten en comportamientos no susceptibles de apreciación en dinero¹⁷¹, a los fines aquí considerados, esa disposición es aplicable al cargo *stricto sensu*.

¹¹⁶ Cfr. Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 577; De Gásperi y Morello, *Derecho civil Obligaciones*, 11, n° 10, p. 353; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 990.

¹⁷⁷ Como lo interpreta López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte especial*, 1.1, § 76, p.445.

3°) La tercera excepción se encuentra en el art. 562. Según ese texto, en efecto, la obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de los derechos "pasa a los herederos del que fuese gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona". En este caso, ante la intransmisibilidad de la obligación de cumplir con el cargo por ser inherente a la persona obligada, agrega en la segunda parte, el art. 562, si ésta "falliere sin cumplirlos, la adquisición del derecho queda sin ningún efecto, volviendo los bienes al imponente dé los cargos, o a sus herederos legítimos".

b) Cargo - condición suspensiva

Se denomina cargo - condición suspensiva aquel cuyo cumplimiento ha sido impuesto, además, como condición suspensiva; es decir, la misma obligación tiene —como accesorias— dos modalidades, un cargo y una condición, consistente esta última en el cumplimiento del cargo, por ejemplo, el donante le impone al donatario la obligación de parqueizar una fracción del inmueble donado, como cargo, pero además, el cumplimiento de ese cargo es condición suspensiva para la adquisición de la donación.

De aquí se siguen las siguientes consecuencias:

1°) Mientras no sé cumpla el cargo, y por ende la condición, no se adquieren los derechos subordinados a tales modalidades. No se puede exigir el cumplimiento de la obligación "cargada y condicionada" mientras no se cumplan ambas. Tal, la primera consecuencia que resulta del art. 558.

2°) Ya se dijo que en el caso del cargo simple, su incumplimiento no produce efectos resolutorios, en este caso, en cambio, por estar añadida al cargo una condición, ante el incumplimiento, el sujeto imponente tiene a su favor la opción de exigir la ejecución del cargo o la resolución de la obligación. Pero es fundamental poner de relieve que el efecto resolutorio no opera de pleno derecho, sino que es necesaria una declaración judicial. En esta circunstancia, los autores encuentran la diferencia entre la condición y el cargo - condición, ya que en la primera, el efecto resolutorio opera de pleno derecho.

3°) Si, no obstante la pendencia del cargo - condición suspensiva, la cosa es entregada al deudor del cargo, y éste no lo cumple, violando al mismo tiempo la condición, el acreedor del cargo tiene derecho a exigir la restitución de la cosa, por resultar aplicable al caso lo dispuesto en el art. 548

c) Cargo - condición resolutoria (cargo resolutorio)

Se denomina cargo - condición resolutoria o simplemente "cargo resolutorio" a aquel cuyo incumplimiento ha sido previsto por las partes como una

condición resolutoria, a esta hipótesis se refiere el art 559 en estos términos: "Si hubiere condición resolutoria por falta de cumplimiento de los cargos impuestos, será necesaria la sentencia del juez para que el beneficiado pierda el derecho adquirido".

Por cierto que aquí, la persona que impuso el cargo tiene opción para exigir judicialmente su cumplimiento o, en su caso, para demandar la resolución como ha quedado expuesto.

La diferencia entre esta hipótesis y la condición resolutoria radica, precisamente, en que en la condición resolutoria la resolución opera de pleno derecho, en tanto que en el cargo resolutorio se requiere demanda de resolución y sentencia judicial que condena al incumplidor a la pérdida del derecho por resolución "9.

Por último, dos cuestiones de importancia:

1') En caso de que se opte por la resolución, ésta tiene efectos retroactivos sólo a partir del momento en que el incumplidor del cargo quedó en situación de mora¹⁷⁹.

2') Los actos de disposición celebrados por el que recibió la cosa y luego incumplió el cargo, a favor de terceros de buena fe, quedan sujetos a las disposiciones de los arts. 2670, 2671 y 552 del Cód. Civil».

§413. EFECTOS

Bajo el rubro efectos de la modalidad cargo examinaré cuatro cuestiones, relativas a las circunstancias en que debe llevarse a cabo el cumplimiento, al fallecimiento del obligado, la legitimación para reclamar por el incumplimiento y la extensión de la responsabilidad.

a) *Circunstancias en que se debe cumplir el cargo*

Respecto de las circunstancias en que debe verificarse el cumplimiento del cargo, interesa lo relativo al tiempo y forma de cumplimiento: 1') sobre el tiempo, me remito a lo ya expuesto (*supra*, aquí, 410, b, II); 2') sobre la forma, rige el principio general según el cual deberá cumplirse con arreglo a lo convenido por las partes, es decir, conforme lo entendieron y quisieron las partes obrando con cuidado y previsión, según la buena fe (art 1198). Es aplicable,

¹⁷⁹ Cfr. Compagnucci de Caso, *El negocio jurídico*, n° 164, p. 488.

¹⁸⁰ *Deacuev;D:Colmo,Delasobligacionesengeneral,n°259,p. 187; Busso, Código Civil*, t III, comentario al art. 559, n°» 6 y 7, p. 541. En contra, considera que la resolución se produce con efecto retroactivo: Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, n° 789-b, p. 624.

¹⁸¹ Cfr. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II n° 1091, p. 689.

por analogía, la regla del art. 553 previsto para el cumplimiento de las condiciones ¹⁸².

b) Fallecimiento de la persona obligada al cumplimiento

Esta cuestión debe ser examinada a partir del art 562: "La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de los derechos, pasa a los herederos del que fuese gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona. Si el gravado falleciere sin cumplirlos, la adquisición del derecho queda sin ningún efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos, o a sus herederos legítimos".

De aquí resulta:

1º) Si el cargo consiste en una prestación no inherente a la persona obligada, se transmite a sus sucesores quienes también adquieren los bienes gravados, por aplicación de la regla del art. 1195, entendido que el cargo debe ser cumplido por los herederos.

2º) Si el cargo consiste en una prestación inherente a la persona obligada, su fallecimiento sin cumplir el cargo determina, por un lado, la extinción de la obligación de cumplirlo y, por otra, la adquisición de los derechos queda sin ningún efecto. Esto, por aplicación de las reglas de las obligaciones *intuitu personae*.

3º) En caso de fallecimiento del obligado sin cumplir los cargos, si se hubiesen realizado actos a favor de terceros de buena fe, la "reversión no tendrá efecto respecto de terceros, sino en los casos en que puede tenerlo la condición resolutoria", por aplicación del art. 563.

c) A quién se reconoce acción para reclamar por su incumplimiento

Las acciones para exigir el cumplimiento de los cargos o, en su caso, la resolución o revocación del derecho transmitido con esa modalidad, corresponde, en primer lugar, a la persona que ha impuesto el cargo.

¿Cuál es la solución cuando el beneficiario del cargo es un tercero? Es necesario distinguir qué pretende el tercero:

1º) Si el tercero pretende exigir el cumplimiento coactivo de los cargos impuestos a su favor, la ley le concede acción.

2º) Si el tercero persigue la resolución de la obligación por incumplimiento del cargo, la ley le deniega acción, porque en ese caso, ésta corresponde exclusivamente al imponente del cargo y no al tercero.

3º) Bien puede ocurrir que, habiéndose establecido el cargo a favor de un tercero, tanto éste como el propio imponente del cargo, demanden al obligado

¹⁸² Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 984; Mayo, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t II, comentario al art. 561, p. 818.

a cumplir el cargo. En ese caso, se aplican las siguientes reglas: *a)* si el imponente del cargo demanda el cumplimiento y el tercero también, se produce un litisconsorcio activo y se deben acumular los procesos; *b)* si el imponente del cargo demanda la resolución del acto principal, el tercero beneficiario del cargo no podrá demandar el cumplimiento coactivo, por ser esto incompatible con la resolución intentada por el imponente; *c)* si el imponente del cargo no demanda ni el cumplimiento ni la resolución, el tercero podrá demandar por su cuenta la ejecución coactiva del cargo.

d) Extensión de la responsabilidad

Respecto de la responsabilidad del obligado, se aplican estas reglas:

1*) No está obligado a responder, en caso de incumplimiento, con todo su patrimonio. Su responsabilidad es limitada.

2*) Su responsabilidad queda limitada a la cosa que recibió del imponente; es decir, sólo responde con la cosa recibida.

3*) En congruencia con lo anterior, se le reconoce al obligado el derecho de liberarse de la obligación mediante el abandono de la cosa recibida.

CAPÍTULO XTV

**CLASES DE OBLIGACIONES. OBLIGACIONES
CON RELACIÓN AL OBJETO**

§ 414. MÉTODO Y PLAN DE EXPOSICIÓN

Dejando de lado ciertas disquisiciones sobre el método¹, con el propósito de simplificar la cuestión, tomaré como punto de partida el art 49S del Cód. Civil, de cuya letra resulta que las obligaciones se clasifican, en relación con la prestación, en obligaciones de *dar*, de *hacer* y de no *hacer* 2; sin embargo, la mayor riqueza de la clasificación —por sus implicancias prácticas— está no sólo en la necesidad de distinguir las obligaciones según el *comportamiento* (prestación) del deudor, sino también en la utilidad de discriminarlas según las distintas especies y particularidades a que da lugar el objeto (*bien debido*)³ destinado a satisfacer el interés del acreedor. Con especial referencia a las obligaciones de dar, es importante analizar las distintas subespecies de obligaciones que pueden presentarse, a saber *a)* según la naturaleza del objeto; *b)* según la finalidad de la entrega de la cosa; y *c)* según la complejidad del objeto.

Las obligaciones de dar (art. 574), en efecto, admiten tres subclasificaciones: I°) según *la naturaleza de la cosa*, se dividen en obligaciones de dar cosas *ciertas* (art 574), de dar *cosas inciertas* (art 601), de dar *cantidades de cosas*

¹ Se ha dicho que el Cód. Civil divide las obligaciones "en cuanto a la naturaleza del objeto en: obligaciones de dar, de hacer y de no hacer", y se añade que los autores modernos siguen otra clasificación que consiste en dividir las obligaciones de prestación determinada y obligaciones de prestación indeterminada. Las primeras serían aquellas cuya prestación está individualizada desde el momento mismo de su formación, tales como las de dar cosas ciertas, las de hacer y las de no hacer, las de prestación indeterminada, a su vez, serían aquellas cuya prestación recién quedará individualizada en un momento posterior a la formación, mediante una elección que deberá hacer alguna de las partes o un tercero: Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t11.n° 578, p. 26.

² Está claro que de la redacción del art 495 resulta que el codificador ha clasificado las obligaciones, conforme a la naturaleza de la prestación, en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código CML t UT*, comentario al art 574, 51.P-4.

³ Supra, §46.

(art. 606) y de dar *sumas de dinero* (art. 616), las que a su vez se subdividen en *nominales* y *de valor*, 2*) según la *finalidad* de la entrega, en obligaciones de dar *para constituir* derechos reales (art. 578), para transferir el *uso* o la *tenencia*, o *para restituir* las cosas a su dueño (art. 584); 3*) por la *complejidad* o *determinación*, en *alternativas* (art. 635) y *facultativas* (art. 643). A todas ellas, salvo las de dar dinero a las que se les dedicará el capítulo siguiente, y a las de hacer y de no hacer que serán tratadas al final, estará destinado este capítulo.

A) OBLIGACIONES DE DAR SEGÚN LA NATURALEZA DEL OBJETO

§ 415. OBLIGACIÓN DE DAR

Respecto de la obligación de dar, en general, cabe formular tres observaciones iniciales, válidas para las distintas especies:

a) Si se interrogara qué es, para la ley, una obligación de dar, se encontrará que la primera parte del art 574 dice solamente: "La obligación de dar, es la que tiene por objeto la *entrega de una cosa, mueble o inmueble*,...". Si se inquiriere sobre alguna particularidad del comportamiento del deudor que tipifique la especie, se encontrará que la *entrega* a la que se refiere impone, en todos los casos, la necesidad de desprenderse o desasirse de la cosa en favor del acreedor *.

b) La ley habla de entrega de una "cosa". Se sabe, por el art. 2311, que las cosas son los objetos *materiales*', pues bien, si el objeto a entregares *inmaterial*, por ejemplo un derecho, ¿se estará ante una obligación de dar en los términos del art. 574? Sí⁵, porque sea una *cosa* o un *bien* el objeto que deba entregarse, lo que interesa —a los fines de calificar ese deber como obligación de dar— es que sea apreciable en dinero.

c) Es común que la doctrina afirme que las obligaciones de dar se diferencian claramente de las de hacer y de las de no hacer, porque mientras las primeras consisten siempre en un *hecho positivo* que se concreta en una entrega, las de hacer recaen sobre una *actividad* y las de no hacer en una *inactividad* del deudor⁶. Creo, sin embargo, que la diferencia debe buscarse en otra parte, sobre todo respecto de las obligaciones de hacer, porque, ¿qué diferencia puede existir entre "hecho positivo del deudor" que, distinguiría a la de dar y "actividad del deudor" que correspondería a la de hacer? En todo caso, la diferencia

⁴ Tal como, con exactitud, lo ha señalado, Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n» 783, p. 67.

⁵ De acuerdo: De Gásperi y Morello, *Derecho civil Obligaciones*, t. II, n" 975, p. 448. Cabe dejar a salvo lo referente a lacesión de créditos que por ser *traslativa*, no deja margen para considerar la entrega del crédito. Únicamente en los créditos *instrumentados* se puede entregar el *instrumento* en el que consta el crédito (arts. 1434 y 1457).

⁶ Por todos: Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código Civil*, t III, comentario al art. 574, § 2, p. 5.

debe ser hallada a partir de la distinción entre prestación y objeto, tal como ha sido señalado en su lugar, al que me remito⁷.

Se verán, ahora, las distintas especies de obligaciones de dar.

I) OBLIGACIONES DE DAR COSAS CIERTAS

§ 416. CONCEPTO Y REGLAS GENERALES

Hay acuerdo en definir a la obligación de dar una cosa cierta como aquella cuyo objeto está identificado en su individualidad a partir del momento mismo de su nacimiento; en términos más simples, la que tiene por objeto, desde su inicio, una cosa o un bien concreto y determinado⁸.

Para esta clase de obligaciones nuestro Código Civil contiene dos reglas generales referidas, una a la extensión de la obligación y otra a los deberes del deudor.

a) *Extensión de la obligación de dar*

Según el art 575, la obligación de dar cosas ciertas "comprende todos los accesorios de éstas, aunque en los títulos no se mencionen, o aunque momentáneamente hayan sido separados de ellas". Esta disposición no es nada más que una consecuencia de la naturaleza de las cosas accesorias, que no tienen individualidad jurídica propia sino que, a los fines de su disciplina jurídica, forman parte de la cosa principal, según se desprende de los arts. 2327 y 2328. Por ello se entiende que no sea necesario que estas cosas se mencionen en el título de la obligación para que el deudor esté obligado a entregarlas, ya que no podrían ser separadas de la cosa principal, sin deteriorarla o sin disminuir su valor.

b) *Deberes del deudor*

El deudor de toda obligación de dar una cosa cierta tiene dos deberes secundarios respecto de la obligación de entregarla, que por su importancia merecen especial mención; tales deberes son el de *conservar* la cosa en el mismo estado que tenía al momento de nacer la obligación y el de *respetar el tiempo y el lugar* de la entrega. La doctrina⁹ afirma que estos deberes se deducen del art. 576, que ha sido redactado en los siguientes términos: "El deudor de la obligación es

⁷ *Supra*, § 46, a), c) y e).

⁸ Cfr. Borda, *Obligaciones*, L L n° 406, p. 356.

⁹ P.ej., Llambías, *Obligaciones*, L11-A, n° 788, p. 71, y Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 582, p. 32.

responsable al acreedor, de los perjuicios e intereses, por falta de las diligencias necesarias para la entrega de la cosa, en el lugar y tiempo estipulados, o en el lugar y tiempo que el juez designare, cuando no hubiese estipulación expresa".

I) *Conservación*.—La conservación de la cosa es esencial; por ello, su inclusión en la parte general de las obligaciones constituye un acierto de método porque será exigible en toda obligación de dar una cosa cierta, con prescindencia de la fuente de la que hubiese nacido. Al tratar lo concerniente a algunos contratos, en particular en materia de compraventa, el Código incluyó otras normas que vienen a complementar el deber de conservación que ya está impuesto en la sección dedicada a las obligaciones en general; por ejemplo, el art 1408, refiriéndose a la obligación del vendedor de conservar la cosa hasta el momento de la entrega, dice que ese deber consiste en mantener la cosa "tal como se hallaba el día del contrato"; esta regla debe ser generalizada para aplicarse de todas las hipótesis de obligaciones de dar cosas ciertas, pues no es exclusiva del contrato de compraventa.

TJ) *Tiempo y lugar de la entrega*.—Es también esencial que la entrega de la cosa se haga en tiempo y lugar oportuno; es decir, respetando lo previsto en la fuente o título de la obligación; se aplican las reglas que rigen el tiempo y lugar de pago, porque, en definitiva, la entrega de la cosa constituye *pago* de esa obligación; por ello, aunque el art. 576 dice que en caso de que no se hubiese estipulado tiempo o lugar de pago, la entrega debe hacerse en el tiempo o lugar "que el juez designe", no se ha de creer que —a falta de convención al respecto— siempre es necesaria la intervención del juez; antes de recurrir al juez, la cuestión debe resolverse mediante la aplicación de las reglas generales, por ejemplo, por el art. 747, *in fine* que, respecto del lugar de pago, sienta —con valor residual— la regla de qué el pago debe hacerse en el domicilio del deudor¹⁰.

IU) *Sanción en caso de incumplimiento de estos deberes*.—Una interpretación literal del art. 576 podría inducir al intérprete a suponer que si el obligado no observa estos deberes, la única consecuencia prevista en la ley es la de hacerlo responsable por los daños y perjuicios que pudiera sufrir el acreedor. Sin embargo, como lo ha destacado nuestra doctrina, el acreedor tiene, ante todo, derecho al cumplimiento *in natura* o en especie, es decir, tiene acción para que el deudor entregue la cosa, con sus accesorios, debidamente conservada, en el lugar convenido, siempre que todavía fuere posible y útil. Ello sin perjuicio de que, además, si concurre un factor que permita, atribuirle responsabilidad al deudor, tenga acción para reclamar la indemnización suficiente que repare el perjuicio causado por el cumplimiento defectuoso, irregular o tardío.

¹⁰ Sobre estos temas ver *infra*, §§ 148 y siguientes (lugar de pago) y §§ 159 y siguientes (tiempo de pago).

§ 417. DISTINTOS EFECTOS SEGÚN LA FINALIDAD DE LA ENTREGA

Es fundamental, llegado el momento de analizar los efectos de la obligación de dar cosas ciertas, discriminar la finalidad de la entrega, porque los efectos y la disciplina jurídica respectiva dependen, precisamente, de cuál sea esa finalidad.

Según la segunda parte del art 574, la entrega de una cosa cierta puede tener por fin: *a)* constituir sobre ella derechos reales; *b)* transferir solamente el uso o la tenencia; y *c)* restituirla a su dueño. Es más, según las reglas de la experiencia, es posible encontrar otras finalidades, como se verá.

- 1) OBLIGACIÓN DE DAR UNA COSA CIERTA PARA CONSTITUIR SOBRE ELLA ALGÚN DERECHO REAL

§ 418. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

Adviértase la importancia que la entrega de una cosa tiene cuando su finalidad es la de hacer nacer, en cabeza de quien ostenta título suficiente para recibirla —el acreedor—, un derecho real sobre la cosa entregada y recibida. Pero, entonces, ¿es la entrega misma —tradición de la cosa— la que produce la adquisición del derecho real?, ¿o éste se adquirió con anterioridad, en el momento de nacer la obligación?

En nuestro derecho, la respuesta está en el art. 577: "Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real". Es éste, como se verá, uno de los grandes principios de nuestro sistema, que lo separa nítidamente de otros sistemas imperantes en el derecho comparado. Para comprobarlo y, al mismo tiempo, precisar los alcances que hoy tiene entre nosotros el sistema de la tradición, es necesario y útil pasar revista a los diferentes sistemas de constitución de los derechos reales.

§ 419. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

Uno de los problemas más importantes que cabe abordar es el que se estudia bajo el rótulo "teoría del título y el modo". Constituye, en rigor, uno de los grandes temas del derecho civil patrimonial. Este asunto se presenta con apariencia *bifronte*, pues muestra dos caras: por un lado, interesa al derecho de las obligaciones y de los contratos, desde que, las más de las veces, son éstos —los contratos— los que funcionan como "título" que da lugar al "modo", tradición; por otro, está relacionado con los derechos reales, ya que para la adquisición de estos derechos se requiere la previa concurrencia del "modo" traslativo y ese modo es, en principio, la tradición de la cosa. Si bien son varios los tipos contractuales que pueden funcionar como título (compraventa, permuta, dona-

ción), el tipo paradigmático es la compraventa. Por ello, en los párrafos que siguen, el desarrollo del tema se hará tomando como referencia el contrato de compraventa.

A partir de esta premisa, la cuestión que se quiere desentrañar puede quedar planteada en el siguiente interrogante: ¿la celebración de una compraventa, *por sí sola*, es suficiente para que el comprador adquiera la titularidad del derecho real de propiedad que está involucrado en esa operación jurídica? O, por el contrario, además de la celebración del contrato de compraventa, ¿es necesaria la celebración de otros actos jurídicos, por ejemplo, la entrega de la cosa, para que el comprador se convierta en propietario?

a) Los tres sistemas

Las respuestas a estos interrogantes son diversas-, mientras un grupo de legislaciones otorgan al "título" —compraventa— *fuerza traslativa*, al punto que por sí sola convierte al comprador en propietario por el solo hecho de haber celebrado el contrato; otras legislaciones le niegan ese carácter, al considerar que la venta es insuficiente para trasladar, *per se*, el derecho de propiedad sobre la cosa vendida y a la par exigen que para la adquisición del derecho se produzca la celebración de otros negocios jurídicos, a saben *la tradición o la inscripción* en registros especiales, dependiendo ello de la naturaleza de los bienes.

No faltan, por cierto, los sistemas legislativos eclécticos o mixtos.

1) Según algunos sistemas legislativos, la compraventa, por sí sola, carece de fuerza traslativa, generando solamente la obligación a cargo del vendedor de conferir al comprador la propiedad de la cosa. Para estos sistemas, la compraventa es sólo *el título*, que hay que completar con el *modo* de adquisición, para que el comprador se convierta en propietario.

2) Según otras legislaciones, la compraventa, *por sí sola e instantáneamente*, convierte al comprador en propietario, sin que sea necesaria la tradición de la cosa, ni la realización de ningún otro negocio jurídico.

3) De acuerdo con un tercer sistema legislativo, a la celebración del contrato (título) y a la tradición de la cosa (modo) debe sumársele un *tercer* recaudo para que la adquisición del dominio por parte del comprador sea oponible *erga omnes*: la inscripción, con fines publicitarios, en registros especialmente implementados al efecto.

Quedan así descriptos, en trazos generales, los sistemas imperantes en el derecho comparado, aunque en rigor de verdad, ninguna legislación se afilia a una u otra corriente con pureza. En toda legislación es posible encontrar matices de los tres sistemas.

I) *La cuestión en el derecho romano.* — Algunos autores, sin detenerse a examinar a fondo las fuentes, suelen afirmar que en el derecho romano la com-

praventa (*emptio-venditio*) sólo servía como título (*iusta causa traditionis*), y que para que el comprador adquiriera la propiedad, debía operarse la *mancipatio*, la *traditio* o algunas de las figuras afines que funcionaban como "modo". La *emptio-venditio*, según esta versión, era un título que no transmitía, por sí solo, la propiedad de la cosa; para que este efecto se produjera, comprador y vendedor debían celebrar otros actos jurídicos, cuyas formas y modalidades variaban de acuerdo con la naturaleza o importancia de los objetos vendidos¹¹. Se afirma, en suma, que la compraventa romana tenía carácter puramente obligatorio; de ella nacía la obligación del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio; la adquisición de la propiedad por parte de este último era una consecuencia "mediata" de aquélla.

Sin embargo, puesto que el derecho romano tuvo una larga vida (su vigencia como derecho vivo se prolongó por más de 1300 años), es necesario advertir¹² que la legislación romana no siempre adoptó la misma solución para la compraventa. Por ello, siguiendo el método que propuso Albertario¹³, conviene revisar la evolución de la *emptio-venditio* a lo largo de dos períodos, el clásico y el posclásico justineano.

a) *Carácter de la compraventa romana en el período clásico.* — Los romanistas están de acuerdo en afirmar que, durante este período el vendedor sólo quedaba obligado a entregar materialmente la cosa, ya que no recaía sobre él la obligación de transmitir derecho real alguno sobre ella. El vendedor sólo debía entregar la cosa y procurar al comprador la posesión libre y exclusiva (*yacuum possessionem tradere*), pero estaba dispensado de transmitir los derechos rea-

¹¹ Es frecuente la afirmación, expresada como referencia histórica de que la compraventa romana tenía carácter puramente obligatorio, sin reparar en el carácter netamente "traslativo" que en el derecho romano primitivo resultaba de la práctica de este contrato; por ello, cuando aquella afirmación es sostenida sin las debidas aclaraciones, se induce al lector en error. Ver, al respecto, las advertencias de Degni, F., *La compraventa*, n° 1, p. 1.

No cabe duda de que en los orígenes de su desarrollo histórico la compraventa tenía preponderante carácter traslativo; ello se comprueba si se reconoce que fue la forma manual o al contado (cambio de cosa por cosa, que se consumaba mediante el cumplimiento simultáneo e instantáneo de ambas obligaciones) la primera que conocieron y practicaron los antiguos. Sólo en una fase posterior se permitió que el cumplimiento de una de las obligaciones quedara diferido; cuando fue la entrega de la cosa la que se difería, comenzó a cobrar forma la idea de que el contrato es sólo un título y que la adquisición del dominio sólo se perfeccionaba mediante la celebración de actos jurídicos posteriores. Ver Puig Brutau, J., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. II, vol. •, ps. 120 y ss.

¹² Como lo ha hecho Arias Ramos, J., *La doctrina del riesgo en la compraventa romana, Estudios sobre el contrato de compraventa*, Colegio Notarial de Barcelona, año 1947, punto UJ, p. 101.

¹³ Albertario, E., // *momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, en "Riv. di Dir. Comm.", año 1929, ps. 233 y ss.

les que ejerciera sobre ella. El derecho primitivo, como se ha sintetizado¹⁴, no exigía del vendedor más que la entrega de la cosa, sin imponerle el deber de transmitir derechos.

Si el vendedor sólo debía garantizar al comprador la posesión libre y exclusiva de la cosa que le vendía, ¿cómo se hacía efectiva esta garantía sin convertir al comprador en propietario? En los primeros tiempos la costumbre era que el vendedor prometiese pagar una pena pecuniaria si el comprador era turbado o se le privaba de la posesión de la cosa (*ut rem emptori habere liceat*). Pronto se advirtió, sin embargo, que aquella pena dejaba, casi siempre, insatisfecho al comprador que resultaba vencido enjuicio por un tercero que demostraba tener mejor derecho que aquél sobre la cosa que había comprado, porque si bien este último tenía derecho a la pena, no era esto lo que perseguía al contratar, sino la adquisición del *dominium ex iure quiritium*¹⁵.

Frente a los inconvenientes que ofrecía el sistema descrito, que convertía al comprador en mero poseedor, los jurisconsultos romanos se empeñaron en buscar soluciones que mejoraran la situación de éste; esta tarea fue encarada con tal empeño, que Bonfante pudo decir que "todo el desarrollo progresivo de la compraventa en el derecho romano se resume en buscar expedientes para eliminar tal imperfección, es decir, hacer que el vendedor pudiera transmitir, no solamente la posesión, sino también, definitivamente, la propiedad"¹⁶; y, a consecuencia de dicho desarrollo —agrega Bonfante—, el principio de que el vendedor no quedaba obligado más que a transmitir la posesión, "quedó reducido a un dogma más bien formal que sustancial". /

Se llegó a la solución buscada cuando se admitió que el comprador podía adquirir la propiedad de los objetos que compraba, aunque para ello debía formalizar la *mancipatio*, la *in iure cessio* o la *traditio* según que se tratara de *res Mancipi* (los dos primeros modos) o de *res "nec Mancipi"* (el tercero).

En esta construcción romana se encuentra la base de la teoría del título y el modo, pues mientras la compraventa era el título —*iusta causa traditionis*—, la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *traditio* funcionaban como modo para adquirir el dominio.

b) *La "emptio-venditio" en el derecho justineano.* — En épocas más avanzadas, suavizado el rigor formal del antiguo derecho de los quintes, por la incidencia de la *aequitas* y la influencia del *ius gentium*, la *mancipatio* y la *in*

¹⁴ Maynz, C., *Curso de derecho romano*, trad. de A. J. Pou y Ondinas, t. II, Jaime Molinas, Barcelona, 1887, p. 226, nota n° 14.

¹⁵ Sobre el particular. Girard, P., *Manuel Mmentaire de droit romain*, 8ª ed., París, 1929; Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2ª ed., París; Windscheid, B., *Diritto delle pandette*, trad. de Cario Fadda y Paolo Benza, Utet, Torino, 1925.

¹⁶ Bonfante, P., *Instituciones de derecho romano*, trad. de L. Bacci y A. Lanosa, Madrid, Reus, 1965, p. 492.

iure cessio fueron convirtiéndose en operaciones demasiado complicadas cuyas exigencias eran, a veces, imposibles de cumplir. La *mancipatio* —escribe Maynz— que exige el concurso de cinco testigos (que debían ser ciudadanos romanos) prácticamente no podía llevarse a cabo porque llegó un momento en que en Roma reinaba gran incertidumbre sobre el estado civil de las personas. Dice Maynz que "puede formarse una idea de esto, considerando que en tiempos del Imperio, los esclavos podían llegar a las más altas dignidades, como aconteció con el esclavo Barbarius Philippus, que llegó a ser pretor" ¹⁷.

Si a las mencionadas dificultades se les añade que, desde los tiempos de Caracalla, la propiedad territorial que estaba en manos de los ciudadanos romanos se componía de un elevado porcentaje de fundos o predios provinciales (situados fuera de la península itálica), inmuebles que no podían enajenarse por medio de la *mancipatio* ni de la *in iure cessio*, puesto que eran tratados como *res nec Mancipi*, se comprende con mayor facilidad por qué tales modos de adquisición del dominio cayeron en desuso, para ser reemplazados por la *traditio*, que pronto se convirtió en el modo válido para adquirir la propiedad de toda clase de cosas, incluidas las *nec Mancipi*. Es más, a esta altura de la evolución de la compraventa romana se puede afirmar —con Albertario¹⁸— que había desaparecido la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* y que la *traditio* se convirtió en el modo general de adquisición.

c) *Otras opiniones sobre la compraventa romana.*—La que concibe a la *emptio-venditio* como un contrato meramente obligatorio es una opinión generalizada, pero no es única. Salvatore Riccobono sostiene con énfasis que en la fase romano-bizantina tuvo inicio el sistema de transmisión *ipso Jacto* de la propiedad por el solo consentimiento de las partes, sistema que habría de adoptar siglos después el Código de Napoleón. Otros romanistas, como Appleton, Schopenbauer o Romano, afirman que la adquisición de la propiedad por el comprador estaba supeditada al efectivo pago del precio o al otorgamiento de una garantía que asegurara su cumplimiento.

II) *El problema en el derecho español.*—En el derecho español, ¿el contrato de compraventa es insuficiente, por sí solo, para transmitir el dominio? Para ofrecer una respuesta a este interrogante se requiere contar con una sólida fundamentación, porque forma parte de un tema (la transmisión del dominio en la compraventa) que plantea a los españoles problemas sumamente complejos, si hemos de atenernos a las palabras de Badenes Gasset. En efecto, sostiene el citado jurista que el problema de saber si hay o no obligación de transferir el do-

¹⁷ Maynz, C, *Curso*, 11, p. 755.

¹⁸ Albertario, E., // *momento del transferimemo della propleta nella compravendita romana*, en "Riv. di Dir. Comm.", año 1929, p. 233.

minio (encarado a la luz de los preceptos del Código Civil español) ha constituido para los juristas españoles una cuestión torturadora¹⁹. El origen del problema se encuentra localizado, principalmente, en los términos en que fue redactado el art 1445 del Cód. Civil español: "Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ello un precio, en dinero o signo que lo represente". Repárese en que, de acuerdo con esta definición, el vendedor sólo estaría obligado a entregar la cosa; el legislador español no ha dicho si con esa entrega se transmite o no la propiedad de la cosa entregada.

El problema, como se dijo, dividió la opinión de los autores.

a) *Primera tesis: el vendedor está obligado a transmitir la propiedad.* — Piensan unos que aunque el Código no lo diga expresamente, el vendedor queda obligado a transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida, sirviendo la entrega como un modo idóneo para alcanzar esa finalidad²⁰. Pérez González y José Alguer, los anotadores de la obra de Enneccerus²¹, enfatizan que para resolver este problema hay que prescindir del examen de los textos legales; añaden que así procedió la jurisprudencia a través de una "interpretación ampliadora de la obligación de entrega, en el sentido de que el vendedor está obligado a transmitir el dominio". Moreno Mocholí²² invoca en apoyo de esta tesis los siguientes argumentos: 1º) tanto el vendedor como el comprador tienen la intención y el propósito de transmitir (el primero) y de adquirir (el segundo) la propiedad de la cosa vendida. Es esa intención de las partes la que debe prevalecer sobre la letra de la ley; 2º) si es obligación del vendedor no sólo entregar la cosa sino también garantizar al comprador la pacífica y exclusiva posesión, se debe admitir que esta última obligación sólo puede cumplirse cabalmente convirtiendo al comprador en propietario; 3º) el art 1445 del Cód. esp., interpretado a la letra, no se opone a la transmisión del dominio; su defectuosa redacción, que consigna para el vendedor como única obligación la de "entregar" la cosa, obedece al origen histórico de la compraventa. Badenes Gasset²³, por

¹⁹ Badenes Gasset, i., *El contrato de compraventa*, t I, p. 49, n° 4.

²⁰ Faicón, *El derecho civil español común y foral*, t. V, 6ª ed., Baice\ona, 1902, p. 212; Robles Pozo, *El Código Civil y su jurisprudencia*, t II, Madrid, 1896, p. 397; Burón, *El Código Civil español*, 1111, 3ª ed., Valladolid, 1900, p. 803; Calixto, Valverde y Valverde, *Tratado de derecho civil español*, t UL 3ª ed., Valladolid-Madrid, 1909, p. 437; Felipe Sánchez, Román, *Estudios de derecho civil*, t IV, 2ª ed., Madrid, 1899, p. 552.

²¹ Pérez González y Alguer, sus anotaciones a la obra de Enneccerus y Lehmann, *Derecho civil Obligaciones*, t II, vol. II, p. 29. Los autores citados expresan que esa interpretación que "amplía" el contenido de la obligación de entregar fue sustentada por el Tribunal Supremo español en sucesivas sentencias del 26/6/1924, 4/6/1928 y 8/3/1929.

²² Moreno Mocholí, Miguel, *¿Es esencial a la compraventa la obligación de transferir el dominio?*, en "Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario", junio de 1945, p. 377.

²³ Badenes Gasset, J., *El contrato de compraventa*, 11, ps. 56/57.

su parte, resume estos argumentos: 1º) el art. 1462, parte 2ª del Cód. esp., determina que cuando la venta se haga por escritura pública, "el otorgamiento de ésta equivaldría a la entrega de la cosa objeto del contrato", demostrando con ello que la "entrega material" no es esencial ni puede ser la única obligación del vendedor. La misma conclusión debe extraerse, añade, del art. 1463, que se refiere a diversos supuestos de tradición ficta; 2º) el art. 1258 del mismo Cód. esp., que consagra el principio de la buena fe negocial, obliga al vendedor al cumplimiento, no sólo de lo expresamente pactado, sino también de los deberes jurídicos que sean consecuencia de la "naturaleza" del contrato. Entre las obligaciones que naturalmente fluyen de la compraventa se cuenta la de transferir la propiedad; 3º) el precio que el comprador paga es conmutativo con el dominio que se pretende adquirir; ninguna disposición autoriza al vendedor a reservarse —sin el consentimiento del primero— el dominio de la cosa que entrega.

b) *Segunda tesis: obligación limitada a la entrega material de la cosa.* — Una importante doctrina, entre la que se cuentan De Diego, Vicente Gella, Roca Sastre, Albaladejo García y Navarro Amandi²⁴, entiende que según el sistema organizado por el art. 1445 del Cód. esp., el contrato de compraventa no tiene finalidad traslativa del dominio; es decir, el vendedor sólo queda obligado a la entrega material de la cosa y a garantizar al comprador la posesión legal y pacífica de ella (art. 1474). Por ello se ha dicho que estos autores creen que es la compraventa romana de la primera época la que subsiste a través del Código Civil vigente en España. Esta tesis podría resumirse con las palabras de Vicente Gella: "Dentro de la legislación española, la transferencia del dominio, sin ser extraña al negocio jurídico, no es imprescindible para calificar a un acto de compraventa. En esto, sin llegar a la perfección del Código Civil alemán, se exige en nuestra patria la entrega y mantenimiento en la cosa, pero nada más, de modo absoluto". Albaladejo García, en términos similares, sostiene que no es de la esencia de la compraventa obligar al vendedor a transferir el dominio; ni siquiera es natural que el contrato tenga esa finalidad. Lo que ocurre, concluye Albaladejo, es que normalmente el que vende reviste el carácter de propietario de la cosa, y, en razón de ello, el comprador adquiere el dominio. Pero por no encontrarse obligado a transmitir el dominio, cualquier persona puede vender cosas ajenas.

En lo que atañe a los argumentos de derecho positivo que respaldan esta tesis, se podrían anotar los que siguen: 1º) el art. 1445 del Cód. esp., literalmen-

²⁴ De Diego, Felipe C, *Instituciones de derecho civil español*, t. II, Madrid, 1930, p. 155; Gella, Vicente, sus anotaciones a la obra de Gasea, *El contrato de la compraventa civil y comercial*, trad. de Santa Cruz Teigeiro, 11, Madrid, 1931, p. 8, nota a); Roca Sastre, R., *La venta de cosa ajena*, en *Estudios de derecho privado*, 1.1, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 377; Albaladejo Oarcía, *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", abril, año 1947.

te interpretado, sólo obliga al vendedor a "entregar" una cosa determinada; el art. 1461, confirmando la redacción del primer texto, establece que el vendedor queda constreñido a la entrega y al "saneamiento" de la cosa objeto de la venta. En ningún precepto del Cód. esp. está contenida la pretendida obligación del vendedor de transferir la propiedad; 2°) el Cód. esp. permite la venta de cosas ajenas. Si el contrato de compraventa obligara a transferir la propiedad, aquella obligación resultaría abiertamente contradictoria, pues quien pretendiera vender cosas ajenas no podría cumplir con el deber de transferir el dominio, ya que no sería titular de él al momento de celebrar el convenio; 3°) el Proyecto de 1851, seguido casi literalmente por el Cód. esp. vigente, adoptó el sistema de la compraventa romana que sólo obligaba a entregar la cosa.

c) *Conclusiones.* — Vistos los términos de la disputa doctrinaria española, adherimos a la primera tesis. A los argumentos que ya se han expuesto, agregamos: 1°) como lo señala Langle y Rubio²⁵, todo parece indicar que la tesis contraria acusa un claro divorcio entre lo que es la realidad y lo que la ley pretenda que deba ser. Eso de que la ley no imponga al vendedor —expresa el jurista citado— la obligación de transmitir su derecho de propiedad sobre lo que vende, podría ser muy legal, pero carece en absoluto de sentido; 2°) más lógico resulta pensar que si el vendedor contrae la obligación de entregar la cosa al comprador, es porque le ha transferido su propiedad; no deben invertirse los términos racionales; 3°) Badenes Gasset²⁶ reconoce que son convincentes las argumentaciones de quienes piensan que los textos del Cód. Civil español reflejan el punto de vista romano, "pero ante lo irracional del sistema —dice— son plausibles los esfuerzos interpretativos para justificar la finalidad traslativa de la compraventa".

ni) *El derecho itcticcno.* — En el derecho italiano se presenta un panorama completamente diferente; allí la compraventa es apta —por sí sola— para transmitir el dominio. Desde el instante de la celebración del contrato, sin que sea necesaria la realización de actos complementarios, el adquirente queda investido de la titularidad del derecho real de propiedad. Esta solución, que ya había sido establecida por el Código Civil de 1865, aparece claramente consagrada por el Código Civil vigente desde el 16 de marzo de 1942.

²⁵ Langle y Rubio, *El contrato de compraventa mercantil*, p. 46.

²⁶ Badenes Gasset, I, *El contrato de compraventa*, 1.1, p. 57. Además de los autores citados, debe destacarse que otros, que son mayoría, sostienen enfáticamente la teoría según la cual el contrato de compraventa, pese a la letra del art. 1445, tiene finalidad traslativa: Galloso Arias, Ramón, *Cuestiones sobre el contrato de compraventa*, en "Revista de Derecho Privado", t. VIII, p. 48; De Buen, Demófilo, *Derecho civil español común*, 11, 2ª ed., Reus, Madrid, 1931, p. 560; Manresa y Navarro, J., *Comentario al Código Civil español*, 5ª ed., t. X, Reus, Madrid, 1950, ps. 33/37.

a) **El Código Civil de 1865.** — El art. 1447 de este Código, siguiendo la letra del art. 1852 del Código Napoleón, definía la compraventa como "un contrato por el cual uno se obliga a dar una cosa y el otro a pagar el precio". Pareciera a primera vista, dice Degni²⁷, que por esta definición la venta tendría un carácter meramente obligatorio, pues la describe como un convenio por el cual uno (el vendedor) "se obliga a dar" sin especificar que el dominio se transmite **solo consensu**. Sin embargo, aquella definición debía ser interpretada en concordancia con los arts. 1225 y 1448; según este último, "la venta es perfecta entre las partes y la propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador, respecto al vendedor, desde el momento en que se ha convenido sobre la cosa y sobre el precio, aun cuando no se haya realizado la tradición de la cosa, ni se haya pagado el precio" 2».

b) **El Código Civil de 1942.** — El art. 1470 del Cód. Civil vigente en Italia desde 1942 prescribe: "la venta es el contrato que tiene por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa o de otro derecho, mediante la contraprestación de un precio". La doctrina italiana 2», al interpretar el texto transcripto, no duda de la eficacia real de nuestro contrato; por el solo hecho de celebrarlo, el comprador queda investido del derecho real de propiedad, aunque la tradición no se hubiera hecho ni el precio se hubiese pagado. El derecho es transferido o constituido —dice Messineo³⁰— (y es, por consiguiente, adquirido por el cau-

²⁷ Degni, *La compraventa*, p. 8.

²⁸ Cfr., Degni, *La compraventa*, p. 9.

²⁹ Cfr., Trabucchi, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, trad. L. Martínez Calcerrada, t. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 268, n° 317. Comp., Gazzara, Giacomo, *La vendita obbligatoria*, Giuffrè, Milano, 1975.

Al respecto, resulta oportuno transcribir párrafos de la Exposición de motivos (*relazione*) con que el ministro Guardasigilli ilustrara los textos del nuevo *Código*: "La vieja y tradicional noción legislativa del contrato de venta, derivada del Código francés, parecía poner exclusivamente de relieve el contenido obligatorio del contrato (se obliga a dar). En el art. 1470 se da, por el contrario, preciso relieve a su contenido real, porque este contenido, en nuestro sistema, es el momento esencia] de la venta y sirve también para diferenciar, desde luego, ésta de la promesa bilateral. La confusión entre las dos relaciones que se encontraba en la práctica y se reflejaba en el esfuerzo incesante de la jurisprudencia, dirigido a la discriminación, no era la última consecuencia de la equívoca definición dada del contrato en el Código de 1865, que dejaba en la sombra el contenido real, haciéndolo casi depender del obligatorio. Bien es verdad que los dos momentos pueden coincidir, como en la venta alternativa, en la venta de cosa futura o de cosa genérica, en la venta con reserva de dominio o en la cosa ajena. Pero tales desviaciones no atacan el principio fundamental por el cual el traspaso es siempre consiguiente a la declaración de voluntad; principios que en los casos indicados encuentran, no un complemento, sino una condición de eficacia en la realización de las situaciones originariamente consideradas como productoras del efecto traslativo. El contenido obligatorio del contrato determina, además, la regulación ulterior, que está dirigida, en efecto, a establecer las obligaciones respectivas del vendedor y del comprador" (*Relazione del ministro Guardasigilli*, n° 668).

³⁰ Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. S. Sentí&Melendo, t. V, Ejea, Buenos Aires, 1971, ps. 53/54.

sahabiente) por el efecto del (solo) consentimiento de las partes, legítimamente manifestado. El Código Civil italiano consagra, de ese modo, el principio del traspaso consensual de la propiedad y de los derechos reales limitados. Aquel principio aparece explícitamente legislado, con relación a la venta, en el art 1476, inc. 2 —interpretado a contrario—, en el que se alude a la obligación del vendedor de transferir la propiedad, en los casos en que ello no suceda como un efecto inmediato del contrato. Cabe agregar que el traspaso inmediato de la propiedad reconoce algunas excepciones, verbigracia, venta de cosas futuras, o venta de cosas alternativas, en las que el dominio no se adquiere mientras no se haya hecho la elección.

c) *Conclusiones.* — En la legislación italiana, el contrato de compraventa tiene fuerza traslativa; ello equivale a sostener que desaparece la distinción entre título y modo, pues ambos se fusionan en el instante de celebrarse el contrato. En otros términos, por el solo hecho de quedar concluido el contrato de compraventa, sin necesidad de tradición, el comprador queda convertido en propietario de la cosa vendida o titular del derecho real transmitido.

IV) *La cuestión en el derecho francés.* — El derecho francés está dominado, en esta materia, por el principio según el cual la propiedad se transmite por el solo consentimiento de las partes. Los redactores del Código Napoleón aplicaron ese principio en términos que no dejan lugar a dudas, cuando regularon el contrato de compraventa; en efecto, reza el art. 1583 del Cód. Civil francés: 'Es perfecta (la venta) entre las partes, y la propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador, desde el instante en que se conviene sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada todavía ni pagado el precio'. Como se advierte, la sola celebración del contrato produce, automática e inmediatamente, la transmisión del dominio. Para que esta consecuencia se produzca no es necesaria la tradición; basta el simple intercambio de oferta y aceptación, es decir, basta el mero consentimiento³¹. Al consagrar esta solución —opinan Planiol y Ripert³²—, los autores del Código Napoleón "modificaron la noción histórica de la compraventa", pues se apartaron notoriamente del derecho romano. Tampoco aceptaron, en este punto, las enseñanzas de Pothier³³,

³¹ Ver Laurent, F., *Principes de droit civil/raneáis*, t. XXIV, Bruylant, Bruxelles, 1903, p. 9; Planiol, *Traite*, t. II, p. 462; Colin, Ambroise y Capitant, Henri, *Curso elemental de derecho civil*, trad. y notas De Buen, t. IV, Ejea, Madrid, 1943, p. 6; Toullier, C. M. B., *Droit civil/raneáis suivant l'ordre du Code. De la vente*, t. VII, París, 1830, p. 161, n° 241; Baudry-Lacantinerie y Saignat, *De la vente*, p. 7.

³² Planiol, Marcel, Ripert, George y Hamel, Joseph, *Tratado práctico de derecho civil francés. Los contramciviles*, t. X, La Habana, Cultural, 1936, p. 8, n° 9.

³³ "El contrato de venta —escribe Pothier— es un contrato por el cual uno de los contratantes, que es el vendedor, se obliga para con el otro a hacerle adquirir libremente a título de propietario una cosa por cierto precio consistente en dinero que el otro contratante, que es el com-

para quien la transmisión de la propiedad no era un elemento del contrato, pues el vendedor no se obligaba a transferir derechos sino a entregar la cosa y a garantizar una posesión quieta y pacífica.

En suma, el Código Napoleón —resume Carbonnier³⁴—, apartándose de las fuentes, refundió el mecanismo de transmisión con el contrato generador de la obligación, "dando por resultado la directa eficacia transmisiva del acuerdo", de tal suerte que el comprador se convierte en propietario de la cosa desde el momento en que haya debido ella ser entregada (o sea, desde la concertación del contrato), aunque la tradición no haya tenido lugar.

a) *Limitaciones al principio de transmisión de la propiedad por el solo consentimiento.* — El principio según el cual la propiedad se transmite por el solo consentimiento de las partes no funciona cuando se presentan determinados impedimentos: 1°) la transmisión *ipso jacto* de la propiedad sólo puede tener lugar cuando se venden objetos existentes al tiempo de formarse el contrato y que pueden ser determinados individualmente. Por el contrario, si se venden cosas futuras (una casa por construir) o cosas genéricas (200 metros de tela metálica), parece obvio que la transferencia no se pueda operar inmediatamente; habría que esperar que la cosa futura se haga realidad o que las cosas genéricas sean individualizadas; 2°) las partes, en ejercicio de la libertad de contratar, pueden pactar un plazo para transferir el dominio de las cosas vendidas, postergando la transmisión para un momento posterior a la concertación del contrato. Estos pactos pueden tener por objeto evitar que el comprador tome sobre sí, desde la fecha del contrato, los riesgos de la cosa (*resperit domino*), ya que postergan la adquisición dominial; 3°) tratándose de ventas de inmuebles, si bien el contrato es plenamente eficaz *inter partes* y transmite *solo consensu* el dominio, tales transferencias son inoponibles a los terceros mientras no sean adecuadamente publicitadas por medio de inscripciones en registros especiales; 4°) en materia de venta de muebles la posesión de ellos otorga un sólido privilegio frente a otros eventuales "adquirentes". Es decir, si una persona celebra diversas ventas de una misma cosa mueble, todos los "compradores" habrían adquirido el dominio por el solo consentimiento; pues bien, este conflicto se resuelve a favor de quien tenga la posesión del bien.

prador, se obliga a pagarle recíprocamente. He dicho, agrega, a hacerle adquirir a título de propietario. Estas palabras, que equivalen a las siguientes: *praestare emptori rem habere licere*, encierran la obligación de entregar la cosa al comprador y la de defenderle, después de haberle sido entregada, de cualquiera perturbación que le privara de poseerla y de ponerse en lugar del propietario; pero no comprende la obligación precisa de transferir la propiedad, porque un vendedor que vende una cosa de la que cree de buena fe ser propietario, aunque no lo fuera, no queda formalmente obligado a transferir la propiedad: *hacenus tenetur ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat*" (Pothier, *Tratado del contrato de venta*, 11, p. 1).

³⁴ Carbonnier, Jean, *Derecho civil. Situacionesjuridico-reales*, trad. M. Zorrilla Ruiz, t. IU, vol. II, Bosch, Barcelona, 1968, p. 202.

b) *Análisis crítico del sistema francés.* — Afirman los Mazeaud³⁵ que el sistema de la transmisión de la propiedad por el solo consentimiento de las partes implica un doble peligro:

c) *La transmisión "solo consensu" y la situación de los terceros.* — Si la propiedad de la cosa vendida se transmite del vendedor al comprador por el solo consentimiento, ¿en qué situación quedan los terceros (v.gr., los acreedores de ambos contratantes)?, ¿puede el orden jurídico consentir que por esta vía se perjudique a quienes no intervinieron en la celebración del contrato? Adviértase que los terceros, en condiciones normales, no están obligados a investigar los actos que formalicen sus deudores o acreedores, de modo que las ventas o compras que éstos realicen serán para aquéllos actos desconocidos. El problema es particularmente grave si se tiene en cuenta que la transmisión dominial queda concretada por el mero consentimiento; al ser innecesaria la tradición, bien puede el vendedor permanecer en posesión de la cosa —creando una apariencia que induzca a engaño a sus acreedores— y desligarse de la titularidad del derecho real de propiedad. Pero no sólo los acreedores pueden convertirse en víctimas. También puede ocurrir que una misma cosa sea vendida a distintas personas; una sola de ellas terminará siendo propietaria, las demás habrían formalizado una adquisición a *non domino* con todas las dificultades que esta situación implica. Este peligro —admiten los Mazeaud— se atenúa en materia de inmuebles, pues la venta de tales bienes es inoponible a los terceros si no ha sido inscrita en el registro respectivo³⁶.

En materia de inscripción registral, hay que destacar la diferencia del sistema francés con el vigente en Argentina. En ambos se exige la inscripción para que el contrato tenga plena eficacia respecto de los terceros, pero mientras en Francia la transmisión dominial *inter partes* tiene lugar por el mero consentimiento, en el derecho argentino es menester, además del *consensu*, la tradición del inmueble.

En materia de bienes muebles, ya se dijo que la posesión de ellos decide una eventual disputa entre distintos adquirentes. Quien tenga la posesión, será el propietario; los restantes compraron a *non domino*, de manera que sólo pueden reclamar la plena reparación de los daños y perjuicios. ¿Qué sucede si ningún adquirente está en posesión de la cosa? Habrá que preferir a quien hubiere contratado en la fecha más antigua. En definitiva, el sistema de transmisión *solo consensu* encierra peligros ciertos para los terceros de buena fe.

³⁵ Mazeaud, Henri, Mazeaud, Léon y Mazeaud, Jean, *Lecciones de derecho civil*, trad. Alcalá Zamora y Castillo, parte III, vol. III, Ejea, Buenos Aires, 1962, ps. 187 y ss., § 899-90L

³⁶ Mazeaud, *Lecciones*, parte III, vol. III, p. 188, n° 900.

d) *La transmisión "solo consensu" y el principio "res perit domino"*. — El sistema bajo análisis puede resultar perjudicial para el propio comprador. En efecto, si el derecho de propiedad ingresa al patrimonio del que adquiere en el mismo instante de perfeccionarse el contrato, también desde ese momento los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa por caso fortuito quedarán a su exclusivo cargo, aunque no hubiere mediado tradición o entrega de los efectos vendidos. Es esta solución una consecuencia natural del principio *res perit domino* (las cosas se pierden para su dueño) vigente en el derecho francés. El comprador sólo puede pretender un resarcimiento por la pérdida o deterioro de la cosa si logra probar que el vendedor incurrió en culpa o mora al acaecer el caso fortuito. Es también posible pactar un plazo o término para transferir el dominio, de este modo, si bien el vendedor permanece en posesión de la cosa, conserva la titularidad del derecho de propiedad, cargando, por consiguiente, con los riesgos del *casus*. Esta posibilidad de postergar la transmisión dominial sirvió de fundamento a Aubry-Rau³⁷ para afirmar que el traspaso de la propiedad por el solo consentimiento no es de la esencia del contrato de compraventa. Sin desconocer las dificultades que ofrece el sistema francés, es posible destacar algunas ventajas: simplicidad, comodidad y rapidez en las transacciones».

V) *El problema en el derecho alemán*. — Para el Código Civil alemán (BGB), el contrato de compraventa tiene carácter puramente obligatorio, es decir, genera obligaciones a cargo de ambas partes, pero no transmite los derechos que constituyen su objeto. El vendedor se obliga a entregar la cosa y a transferir la propiedad de ella mientras el comprador se obliga a pagar el precio. A diferencia de lo que acontece en Francia, el contrato, por sí solo, es ineficaz para transmitir el dominio; para ello es menester la realización de otro negocio jurídico: la tradición, que se concreta y funciona con independencia de la compraventa que le sirve de base³⁸. Según Larenz y Hedemann³⁹, la adquisición del dominio está supeditada a la realización de dos negocios jurídicos distintos: a) la concertación de la compraventa y b) la verificación del acuerdo traslativo. El primer contrato es solamente obligatorio (puesto que únicamente genera obligaciones); el segundo, en cambio, se presenta como un contrato real, puesto que se perfecciona con la entrega y tiene una inmediata finalidad traslativa.

³⁷ Aubry y Rau, *Cours*, t. IV, ps. 331 y ss.

³⁸ Cfr. Carbonnier, *Derecho civil*, t. II, vol. I, p. 209.

³⁹ Cfr. Enneccerus, Ludwig, Kipp, Tlieodor y Wolf, Martín, *Tratado de derecho civil*, trad. Blas Pérez González y J. Alguer, t. DI, vol. I, Bosch, Barcelona, p. 202.

⁴⁰ Cfr. Larenz, *Derecho obligaciones*, t. II, p. 19; Hedemann, J. W., *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, trad. J. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, vol. III, p. 247.

Como se ve, en el derecho alemán están claramente diferenciados el título (venta) y el modo (acuerdo traslativo o tradición). Además, las compraventas de inmuebles tienen que darse a publicidad a través de la inscripción registral para quedar perfectas.

La inscripción es constitutiva para los inmuebles.

a) *Carácter abstracto del acuerdo traslativo.* — Los autores alemanes⁴¹ enfatizan el carácter abstracto del acuerdo traslativo; con ello quieren poner de relieve que su concertación, validez y eficacia es completamente independiente de la compraventa que le sirve de base. Esta afirmación trae consigo una serie de importantes consecuencias que se aprecian cuando entre la celebración de la venta y la concertación del acuerdo traslativo se intercala un espacio temporal más o menos prolongado. Desde la fecha de la venta y antes de formalizarse el acuerdo traslativo, el vendedor continúa siendo el propietario de la cosa vendida; en tal carácter, está en condiciones de venderlo nuevamente y entregarlo a un tercero que, si es de buena fe, tendrá preferencia sobre el primer comprador. Por otra parte, y por idénticas razones, mientras el vendedor siga siendo el propietario, sus acreedores podrán trabar embargo sobre la cosa vendida, impidiendo su transmisión al comprador. Señala también Larenz que después de celebrada la compraventa, el vendedor puede negarse a prestar su acuerdo para transmitir el dominio; en tal caso, el contrato deberá resolverse por semejante incumplimiento, quedando frustrado el comprador, quien tendrá que resignarse a reclamar daños y perjuicios. También es factible que el vendedor quiera transmitir el dominio, pero condicionando este efecto al total pago del precio, declarando así expresamente; en este caso, el comprador sólo adquiere la posesión de la cosa, pero no el derecho real de propiedad, cuya adquisición queda supeditada al previo pago del precio estipulado.

La neta separación entre compraventa y acuerdo traslativo puede también resultar perjudicial para el vendedor. Así ocurrirá cuando, una vez realizados ambos negocios, el vendedor impugne con éxito la validez de la compraventa; ésta podrá ser declarada nula, pero la nulidad, en principio, no se extenderá al acuerdo traslativo (que es un acto abstracto e independizado del contrato que le sirve de base) y, por lo tanto, no impedirá la adquisición del dominio por parte del comprador.

b) *Análisis crítico del sistema alemán.*—El sistema alemán, según quedó descrito a grandes rasgos, se asienta sobre dos principios: 1º) el de separación, que distingue nítidamente la compraventa del acuerdo traslativo; 2º) el de la

⁴¹ Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolf, Martín, *Tratado de derecho civil*, trad. Blas Pérez González y J. Alguer, t. III, vol. I, Bösch, Barcelona, p. 202; Larenz, *Derecho de obligaciones*, t II, ps. 19/20; Hedemann, J. W., *Tratado de derecho civil. Dereeko-de-oMigaciones*, trad. J. Santos Briz, vol. TU, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 247.

abstracción, por el cual el acuerdo se independiza de su fuente (la venta), funcionando como un negocio autónomo. Este sistema no está exento de reproches; en primer lugar se destaca la situación desfavorable en que puede quedar el vendedor si obtiene la nulidad de la venta, pero que no puede destruir la eficacia del acuerdo traslativo; habrá perdido la propiedad de una cosa (a consecuencia del acuerdo traslativo), sin venderla (la venta pudo existir, pero carecer de toda validez por efecto de la nulidad). Por otra parte, la compraventa queda reducida a un mero contrato obligatorio, desprovisto de toda finalidad traslativa; a tal punto que el vendedor cumple las obligaciones derivadas de ella con sólo entregar la cosa y garantizar su pacífica posesión, pues está autorizado a condicionar la transmisión dominial al previo pago del precio.

b) La cuestión en nuestro derecho

En general, el sistema imperante en nuestro derecho se asienta en la distinción entre título y modo. La compraventa constituye sólo un título y éste es insuficiente por sí solo para convertir al comprador en propietario. Esto último requiere la concurrencia de un modo válido de adquisición que puede consistir en la tradición o en la inscripción registral, según la naturaleza del objeto vendido.

Este sistema está explícitamente consagrado en los arts. 577 (incluyendo su nota) y 3265 del Cód. Civil. Según el primero de esos preceptos, en el que Vélez Sarsfield, se había inspirado principalmente en Freitas⁴², "antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real". Después, en el art. 3265, el codificador argentino reitera este concepto: "Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones". Dentro del marco normativo de la compraventa, la teoría del título y el modo está contenida en el art. 1416 del Cód. Civil: "Mientras el vendedor no hiciese tradición de la cosa vendida, los peligros de la cosa como sus frutos o accesiones, serán juzgados por el título 'De las obligaciones de dar', sea la cosa vendida cierta o incierta". Sin alterar el sistema del título y el modo, el art. 1° del decreto-ley 6582/1958, referido a los automotores, reemplaza la tradición por la inscripción registral, como modo idóneo para adquirir el dominio de esta clase de cosas.

Si se quiere resumir el sistema imperante en la Argentina se puede decir que la compraventa —como título— genera una serie de obligaciones, entre las cuales se cuenta, por parte del vendedor, la de transferir la propiedad de la cosa vendida a favor del comprador. Esa obligación sólo puede cumplirse por medio de la tradición o de la inscripción registral, puesto que son los únicos modos permitidos por la ley para la transmisión del dominio.

Quede claro, por tanto, que de conformidad con el sistema del Código Civil, la compraventa solamente declara el derecho del comprador a exigir la transmisión dominial.

c) La compraventa (título) como "causa-fuente remota" de la adquisición de derechos reales

El título —bien se ha dicho⁴³— constituye una causa-fuente necesaria para la mutación real. Cuando dicha causa está constituida por un contrato creditorio consensual (como la compraventa), sólo constituye una causa-fuente remota porque todavía hace falta el modo; se predica por tanto de aquél, que es una causa "*praecedens*". Es decir, si bien la compraventa funciona como causa fuente para adquisición de derechos reales, es sólo una causa mediata, puesto que además de ella tiene que intervenir otra causa fuente (el modo), que sí tiene una inmediata finalidad traslativa. Esta dualidad de causas no se diluye ni siquiera en las compraventas manuales o al contado.

d) La tradición o inscripción registra! (modo) como "causa-fuente inmediata" para adquirir derechos reales

Ha quedado dicho que la venta produce la obligación de conferir la propiedad; pues bien, esta finalidad se obtiene mediante la concertación de un nuevo negocio jurídico que constituye una verdadera causa-fuente inmediata de adquisición de derechos reales.

Según surge de lo expuesto, la transmisión y constitución de los derechos reales se opera una vez que se ha formalizado el contrato de compraventa (título) y la tradición o la inscripción (modos). El título no transmite por sí solo; ¿será también verdad que con la tradición sola no se transmite el dominio? Este interrogante abre otros no menos interesantes: ¿la tradición constituye para nosotros un negocio "abstracto" o es "causado"? ¿qué relación existe entre el título y el modo?⁴⁴.

Para obtener adecuadas respuestas a los interrogantes formulados se ha de partir de la siguiente premisa: la compraventa funciona como "causa-fuente-remota" y la tradición (o en su caso la inscripción) actúa como "causá-fuente-inmediata"; pues bien, siendo así, el modo se presenta como un negocio atributivo de cumplimiento, que tiene su causa-fin en el propio título que le sirve de base, pues se cumple *solvendi causa*, o sea, para extinguir la obligación creada por el título.

López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte especial*, 1.1, p. 247.

López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte especial*, t. I p. 247.

Ahora bien, durante el lapso que media entre la compraventa (título) y la tradición (modo) pueden presentarse estas situaciones: 1*) después de formalizada la compraventa y antes de la tradición, el vendedor continúa siendo el propietario de la cosa; por ende, puede venderla nuevamente a un tercero, otorgándole incluso la posesión, y si este poseedor es de buena fe, será preferido al primer "comprador"; 2*) pueden también los acreedores del vendedor embargar la cosa vendida sin que el comprador pueda impedirlo, pues respecto de ellos (los acreedores del vendedor) la venta sin tradición les es inoponible.

¿Qué sucede si la compraventa se declara nula o se resuelve por incumplimiento?, ¿la tradición sigue siendo válida o le alcanzarán los efectos de la nulidad o de la resolución? Cabe esta respuesta: si la compraventa es nula o se resuelve por incumplimiento, la tradición queda igualmente sin efecto, recuperando el vendedor el carácter de propietario de la cosa objeto del contrato. Ello es así, porque la tradición es un negocio que se formaliza *solvendi causa*, lo cual significa —según se dijo— que constituye ni más ni menos que el cumplimiento del contrato de compraventa, de tal suerte que si éste queda sin efecto, la eficacia del modo también cae. La tradición (o inscripción) se presenta, en suma, como un negocio "causado", cuya suerte depende de la que corra el contrato (título) que le sirve de relación base.

A esta altura corresponde formular una aclaración importante. La tradición o la inscripción, cuando viene generada por un título, depende de la validez y eficacia de éste, pero ello no significa desconocer que, en cuanto modos de adquirir el dominio, constituyen negocios jurídicos diferentes, para cuya perfección es necesario observar ciertos requisitos. En efecto, la tradición supone "acuerdo de partes" y actos materiales de entrega; otro tanto acontece con la inscripción registral.

En suma, aunque la inscripción y la tradición son negocios causados (doctrina art. 2602, Cód. Civil), para su existencia, validez y eficacia se tienen que observar reglas especiales distintas de las que rigen el perfeccionamiento del título, verbigracia, las disposiciones sobre la forma (art. 1184, inc. 1, Cód. Civil) se aplican al modo, no al título⁴⁵.

§ 420. LOS MODOS DE ADQUISICIÓN Y LA PUBLICIDAD DE LAS MUTACIONES REALES. EFECTOS ENTRE PARTES

Según el sistema imperante en nuestro derecho, la teoría del título y el modo funciona de la manera que se describe a continuación:

a) Muebles en general

Tratándose de cosas muebles en general, el modo de adquisición por excelencia es la tradición; en esta clase de cosas, la tradición junto a la posesión cumple también una función de publicidad de la mutación real. En caso de concurrencia de "compradores", la tradición otorgada a favor de uno de ellos, siempre que fuere de buena fe, le otorga preferencia sobre los restantes (doctrina arts. 592 y 593, Cód. Civil).

b) Automotores

Los automotores y vehículos considerados tales por el decreto-ley 6582/1958 tienen un régimen especial. Para esta clase de cosas, la tradición ha sido reemplazada por la inscripción registral, según lo ha dispuesto el art. 1° del decreto-ley 6582/1958, a cuyo tenor "La transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público ó privado y sólo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro de Propiedad del Automotor".

La doctrina señala con acierto que el precepto transcrito no altera la teoría del título y el modo; sólo reemplaza la tradición por la inscripción. Adviértase, empero, que aunque no se requiere la "tradición", ello no significa que haya desaparecido la obligación de *entregar la cosa*; por el contrario, ésta constituye un deber esencial para el íntegro cumplimiento de las obligaciones derivadas del título.

c) Inmuebles

Para los inmuebles se mantiene intacta la doble exigencia del título-modo; la tradición es el modo admitido por la ley, aunque con un alcance restringido, ya que su eficacia alcanza únicamente a las partes que celebraron el negocio de compraventa. Para que la mutación real sea oponible a los terceros, debe promediar la inscripción de ella en el Registro de la Propiedad Inmueble. Por efecto de esta última exigencia, se ha podido afirmar que si la compraventa es título y la tradición es modo, la inscripción registral es el medio de publicidad, sin el cual la transmisión dominial es inválida frente a los terceros (doctrina art. 2505, Cód. Civil).

d) Buques y aeronaves

1) *Buques*. — La legislación relativa a los "buques", definidos como "toda construcción flotante destinada a navegar por agua", (art. 2°), está contenida en la ley 20.094, que distingue entre los buques mayores y menores, según que

tengan un arqueo total superior a las 10 toneladas (los mayores) o inferior a esa medida (los menores).

En la venta y transferencia de buques mayores, el título es formal solemne relativo, en tanto que la inscripción tiene carácter declarativo respecto de terceros. En efecto, de acuerdo con el art. 156 de la ley citada "todos los actos constitutivos, traslativos o extintivos de la propiedad o de otros derechos reales de un buque de 10 toneladas o más de arqueo total, o sobre una o más de sus partes en copropiedad naval, deben hacerse por escritura pública o por documento privado autenticado, bajo pena de nulidad". Deducimos de este texto que la venta, en tanto título, es formal, en base al siguiente razonamiento: 1°) la ley exige que el acto "traslativo" se formalice por escritura o documento privado autenticado; 2°) ¿cuál es el acto traslativo?; 3°) el acto "registral" no tiene carácter traslativo, sino declarativo, porque la misma ley así lo dice en su art. 158, a cuyo tenor los contratos sobre buques mayores "sólo producen efectos con relación a terceros, desde la fecha de su inscripción en el registro Nacional de Buques"; 4°) por lo tanto, sólo cabe reconocer que la forma está impuesta al título. Esta interpretación, por lo demás, es congruente con el espíritu de la ley, pues según sus términos, el contrato de construcción de un buque mayor debe instrumentarse por escrito, y si el contrato de construcción es formal, también debe serlo la venta de un buque construido.

Respecto de los buques menores, el art. 159 dispone que todos los actos constitutivos traslativos o extintivos de la propiedad "deben hacerse por instrumento privado con las firmas de los otorgantes certificadas, e inscribirse en el registro Nacional de Buques" y, en su última parte, el mismo texto dice que aquellos actos "sólo producen efectos con relación a terceros desde la fecha de su inscripción". Caben dos conclusiones: 1°) la venta es no formal, pues si bien se indican formas, no se sanciona su inobservancia con pena de nulidad, por lo tanto, se debe entender que la forma sólo es requerida para su oponibilidad frente a terceros; 2°) la inscripción tiene carácter declarativo y no constitutivo de derechos reales ««

II) *Aeronaves*.—Las aeronaves también están dotadas de una legislación especial contenida en el Código Aeronáutico (dec.-ley 17.285/1967) cuyo art. 45 dispone que la transferencia de derechos reales sobre aeronaves debe inscribirse en el registro, tornándose la transferencia —a partir de la inscripción— oponible a terceros (art. 50)⁴⁷. Puesto que la inscripción requiere de un instru-

Sobre la transferencia de derechos reales sobre buques, puede verse: Braschi, Agustino, *Requisitos formales para la constitución y transmisión de derechos reales sobre buques*, en *Revista del Notariado*, n° 728.

⁴⁷ Del tema se ha ocupado especialmente, Videla Escalada, E, *Derecho aeronáutico*, t. II, n° 168.

mentó escrito, ¿quiere ello decir que la venta de aeronaves es un contrato formal?

Para encontrar la respuesta se debe partir del análisis del art 45, inc. 1 del Cód. Aeronáutico, según el cual deben anotarse en el registro los contratos que "acrediten la propiedad de la aeronave, la transfieran, modifiquen o extingan". A ello debe añadirse lo dispuesto en la segunda parte del art. 49 del mismo Código, a cuyo tenor ningún acto podrá inscribirse si no se formaliza en instrumento público o privado. De estas dos disposiciones se deduce que la inscripción en el registro de los contratos que se refieran a la propiedad de las aeronaves requiere la observancia de ciertas formalidades. En efecto, para inscribir en el registro un contrato que pueda alterar la situación jurídica de una aeronave, se requiere un instrumento público o privado debidamente autenticado; es claro, entonces, que *el acto de inscripción* debe estar precedido de instrumentación escrita. Si las partes omiten formalizar un instrumentar escrito, el contrato no podrá ser inscripto, aunque la venta producirá sus efectos *inter partes*.

e) Efectos entre partes

Los efectos que entre acreedor y deudor, esto es, entre partes, produce una obligación de dar una cosa cierta deben ser analizados discriminando los siguientes rubros: *a)* los riesgos de la cosa; *b)* los aumentos y mejoras que pueden incrementar su valor; y *c)* los frutos que ella produce.

§ 421. LOS RIESGOS. EL PRINCIPIO "*RES PERIT DOMINO*"

Durante el lapso que media entre el nacimiento de la obligación y la entrega de la cosa, ¿quién debe soportar o hacerse cargo de los riesgos que puedan afectar la existencia o el valor de la cosa? Por razones de método, es necesario distinguir según que la pérdida o el deterioro se produzca, o no, por una causa imputable del deudor.

a) Pérdida o deterioro de la cosa sin culpa del deudor, antes de la entrega

En esta materia rige en nuestro derecho la regla según la cual "las cosas se pierden para su dueño" (*res perit domino*). En consecuencia, si después de nacer la obligación, y antes de la entrega, el "dueño" de la cosa sigue siendo el deudor, por aquello de que antes de la tradición el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real, es lógico que en caso de pérdida o deterioro, tales contingencias deban ser soportadas por el propio deudor en su calidad de dueño. Ésta es, precisamente, la solución contenida en el art. 578, en estos términos:

"Si la obligación de dar una cosa cierta es para transferir sobre ella derechos reales, y *la cosa se pierde sin culpa del deudor*, la obligación queda disuelta para ambas partes"⁴⁸.

El tema requiere alguna explicaciones:

I) *Pérdida de la cosa*.—Está claro, en primer lugar, que por pérdida se entiende no sólo la desaparición física de la cosa, sino también su salida del tranco jurídico, como ocurre cuando es puesta por ley fuera del comercio, o cuando ha sido confiscada por el Estado en los supuestos de excepción autorizados por la Constitución Nacional o cuando es expropiada por causa de utilidad pública. También debe quedar claro que la pérdida de la que aquí se trata no supone, necesariamente, la destrucción *total*; es suficiente un grado tal de deterioro que la torne impropia para su destino. Es obvio que la desaparición debe ocurrir después de nacer la obligación y antes de la entrega", porque si hubiese ocurrido con *anterioridad* no se habría constituido una obligación válida por falta de objeto; y si la desaparición ocurre con *posterioridad* a la entrega, entonces ya no se habrá perdido para el deudor, como lo prevé el art. 578, sino para el acreedor que, precisamente después de la entrega, se ha convertido en el nuevo dueño.

Puesto que, por hipótesis, la pérdida se ha producido *sin culpa* del deudor, tiene sentido que en la parte final del art. 578 se haya dispuesto que en tal caso 'la obligación queda disuelta para ambas partes'. Pero si bien la frase tiene sentido, merece ser aclarada: lo que se disuelve no es la obligación, sino el contrato que le ha servido de fuente»; por ejemplo, si la cosa vendida se pierde sin culpa del vendedor antes de su entrega al comprador, lo que se disuelve es el contrato de compraventa y, en consecuencia, tampoco el comprador estará obligado a pagar el precio; en ese sentido debe entenderse la expresión "se disuelve para ambas partes".

II) *Deterioro de la cosa*. — Por "deterioro" debe entenderse toda modificación intrínseca de la cosa que haga perder parte de su valor económico⁴⁹; debe tratarse de un menoscabo físico que disminuya su valor; si la pérdida de valor se debe a otras razones, por ejemplo, a una deflación o a una fuerte rece-

⁴⁸ Esta disposición, en rigor de verdad, era innecesaria por cuanto la solución que ella contiene ya está consagrada, con carácter general, en los arts. 513, 888, 890 y 895 del Cód. Civil. Si se revisan los distintos intentos de reformas a nuestro Código Civil, se verá que tanto el Anteproyecto Bibiloni como el Proyecto de 1936 incurrían en el mismo error de reiterar la regla pecando por exceso. El Proyecto de 1998, en los arts. 697 y 698, también contiene reglas específicas para las obligaciones de dar cosas ciertas, cuya entrega tiene por finalidad constituir sobre ellas algún derecho real.

⁴⁹ La importancia de indicar el *tiempo* en que debe tener lugar la desaparición de la cosa ha sido puesta de relieve por Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 346-a, p. 330.

⁵⁰ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 801, p. 86.

⁵¹ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 802, p. 87.

sión en los mercados, no se estará ante la hipótesis aquí analizada; tampoco se tratará de una hipótesis de este tipo si el menoscabo del valor de la cosa se debe a alteraciones extrínsecas, por ejemplo, al cierre del ramal ferroviario que comunicaba por esa vía el lugar donde se encuentra el inmueble vendido con la ciudad capital. En estos casos, las reglas aplicables son otras. La hipótesis que aquí se trata está prevista en el art. 580, en los siguientes términos: "Si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el deterioro será por su cuenta, y el acreedor podrá disolver la obligación, o recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio si lo hubiere".

A diferencia de lo que ocurre con la pérdida de la cosa, en este caso, tratándose únicamente de un deterioro, se abre una opción a favor del acreedor, quien podrá elegir, como dice el art. 580, entre disolver el contrato o recibir la cosa deteriorada como está, disminuyendo su precio en proporción al deterioro.

Las soluciones previstas en los arts. 578 y 580, en definitiva, no son sino aplicaciones concretas —para las obligaciones de dar cosas ciertas— de las normas propias del caso fortuito. Ello, sin perjuicio de distinguir, como se verá en su momento, el "caso fortuito" de la "no culpa"⁵².

b) Pérdida o deterioro de la cosa por culpa del deudor, antes de la entrega

Si la pérdida o el deterioro son debidos a la culpa del deudor, se presenta un problema de *responsabilidad* que impone al sujeto responsable la obligación de indemnizar los daños que aquellas contingencias pudieron provocaren el patrimonio del acreedor. Pero si se trata de un problema que conduce al deber de indemnizar, eran suficientes para resolverlo las reglas y principios generales propios de la responsabilidad civil; los arts. 579 y 581, en consecuencia, referidos a este tema con específica aplicación a las obligaciones de dar cosas ciertas, se nos presentan, así, como innecesarias reiteraciones, con la circunstancia agravante de que pueden conducir, incluso, a equívocas interpretaciones, como se verá.

1) *Pérdida por culpa del deudor*. — Si la cosa se pierde por culpa del deudor, dice en el art. 579: "éste será responsable al acreedor *por su equivalente y por los perjuicios e intereses*". La pérdida de la cosa por culpa del deudor no es nada más que una situación de incumplimiento absoluto e imputable que convierte la primitiva obligación en Otra de pagar daños y perjuicios⁵³. La cuestión, en definitiva, debiera resolverse mediante esas reglas de responsabilidad; sin embargo, el art. 579 dice que si la cosa se pierde por culpa del deudor,

⁵² Esta cuestión será abordada en el tomo tercero, que estará dedicado a la teoría de la responsabilidad civil.

⁵³ Según lo he sostenido *supra* % 214.

éste es responsable por su equivalente "más" los daños y perjuicios ". Enseguida se verá qué debe entenderse por "equivalente".

II) *Deterioro por culpa del deudor.* — Si la cosa se deteriorare por culpa del deudor, dice el art 581: "el acreedor tendrá derecho de exigir una cosa equivalente con indemnización de los perjuicios e intereses, o de recibir la cosa en el estado en que se hallare, con indemnización de los perjuicios e intereses". Se vuelve aquí a reiterar la referencia a la "cosa equivalente".

§ 422. ¿SE ACEPTA EN NUESTRO DERECHO LA TEORÍA DEL EQUIVALENTE O "AESTIMATIO RET COMO CONCEPTO AUTÓNOMO, DISTINTO DEL "ID QUOD INTEREST"?

Ya está dicho que cuando la cosa cierta se pierde por culpa del deudor, éste es responsable ante el acreedor "por su equivalente y por los perjuicios e intereses". Nuestros autores se preguntan qué debe entenderse por *equivalente* y todos recuerdan que existen al respecto dos respuestas: una que afirma que es tal una cosa igual a la perdida y otra que sostiene que sólo puede ser "equivalente" una suma de dinero que cubra el valor de la cosa perdida. Concluyen nuestros autores señalando, por mayoría⁵⁴, que la respuesta válida es la segunda, es decir, que el "equivalente" al que se refiere el art 579 no puede ser sino pecuniario, alegando, entre otras razones, que tratándose de cosas ciertas e individualizadas, por ejemplo, el caballo "Orejón", no pueden existir otras cosas iguales, lo que sería un contrasentido, porque "Orejón" hay uno solo; si hubiera cosas iguales, no se estaría ante un cuerpo cierto y determinado⁵⁵. A partir de tal premisa, esa doctrina termina afirmando que, a tenor del art 579, el deudor debe pagar al acreedor, el equivalente pecuniario de la cosa perdida y los daños y perjuicios que hubiese sufrido por el incumplimiento en especie; así, en el caso de nuestro ejemplo, si el caballo "Orejón" está tasado en \$ 50.000, el deudor deberá pagar esa cantidad como "equivalente", más el monto que cubra los daños causados.

⁵⁴ Es ésta, con ligeras variantes, la explicación que dan nuestros autores de la expresión "equivalente" usada en el art 579: Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 804, p. 90; Borda, *Obligaciones*, I.1, n° 415, p. 364; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho ¿le las obligaciones*, t. II, n° 606, p. 78; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t ÚT, comentario al art. 581, n° 4, p. 21.

⁵⁵ Sin embargo, existen cosas ciertas y determinadas, que pueden ser reemplazadas por otras idénticas, resultando ser "equivalentes" en sentido estricto, como ocurre, p.ej., con los electrodomésticos, que si bien se individualizan por un número de serie o código, nada impide su reemplazo por otra cosa de la misma especie y calidad; en esta hipótesis, bien se puede reconocer al acreedor el derecho de exigir la entrega de una cosa equivalente a la perdida, porque en casos como el señalado, esa equivalencia es posible. Cfr. Pizarra y Vallespinos, *Obligaciones*, t. I p. 308.

⁵⁶ Así, por todos: Borda, *Obligaciones*, 11, n° 415, p. 364.

Semejante conclusión, ¿significa que en nuestro sistema ha sido aceptada la *aestimatio rei* o el cumplimiento por equivalente pecuniario como rubro autónomo respecto de la indemnización por incumplimiento?

La cuestión puede ser planteada en estos términos: frente a la pérdida de la cosa cierta por una causa imputable al deudor, y ante la imposibilidad de cumplimiento en especie, cabe preguntarse: ¿es satisfacción suficiente para el acreedor la indemnización de daños y perjuicios?, ¿o con independencia de dicha indemnización, tiene además el acreedor derecho a obtener el equivalente pecuniario de la cosa perdida?⁵⁷. Una importante doctrina se inclina por la respuesta afirmativa, postulando la necesidad de distinguir la *aestimatio rei* o cumplimiento por equivalente pecuniario y la indemnización de daños y perjuicios (*id quod interest*)⁵⁸. La cuestión será abordada en los capítulos que estarán referidos a la responsabilidad⁵⁹, aunque aquí es pertinente anticipar que una búsqueda entre los textos del Código Civil permite apreciar que en no pocas disposiciones, además del ya citado art. 579, se ha previsto el cumplimiento por equivalente con perfil autónomo, respecto de la acción de daños y perjuicios.

Así, cabe mencionar los siguientes ejemplos:

1º) En materia de obligaciones alternativas, cabe especial mención de los arts. 639 y 641: a) Según el 639, si uno de los objetos prometidos no pudiese realizarse "aunque sea por culpa del deudor, o por otra causa cualquiera, debe prestarse el que ha quedado. Si ninguno de ellos puede prestarse, y el uno ha dejado de serlo por culpa del deudor, éste tiene la obligación de entregar *el valor del último, que hubiese dejado de poder ser prestado*" ^ b) Según el art. 641, cuando la elección fuere dejada al acreedor, "y una de las cosas se hubiese perdido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar, o la cosa que ha quedado, o el valor de la que se ha perdido. Si se han perdido las dos por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar el valor de la una o de la otra". En estos supuestos, se advierte con claridad la autonomía del cumplimiento por equivalente que, en estos casos, cumple la función de mantener la vigencia del "derecho de elección" que le corresponde al acreedor cuando se trata de obligaciones alternativas.

2º) En materia de obligaciones solidarias, el art. 710 dispone que si la cosa "ha perecido por el hecho o culpa de uno de los deudores, o se hallase constituido en mora, los otros codeudores están obligados a pagar *el equivalente de la cosa*".

3º) En materia de legados también cobra vigencia el concepto de equivalente. En efecto, si bien nuestro Código Civil prohíbe el legado de cosas ajenas

⁵⁷ Llamas Pombo, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor (Entre la aestimatio rei y el id quod interest)*, Trivium, Madrid, 1999, p. 20.

⁵⁸ Llamas Pombo, citado en la nota precedente.

⁵⁹ Bel tema me ocuparé en el tomo tercero de esta obra.

(art. 3752), el art. 3754 prevé la hipótesis en que el testador ordene que "se adquiera una cosa ajena para darla a alguna persona"; en este caso, si el heredero "no pudiese adquirirla porque el dueño de la cosa rehusase enajenarla, o pidiese por ella un precio exesivo, el heredero estará obligado a dar en dinero *el justo precio de la cosa*". La expresión *justo precio* puede ser equiparada al "equivalente pecunario" al que nos referimos en este párrafo.

4°) En lo que respecta al contrato de donación, cabe mención del art. 1836, referido a las obligaciones del donante. Según ese texto, en efecto, si la cosa donada hubiese "perecido por culpa del donante o de sus herederos, o después de haberse constituido en mora de entregarlos, el donatario tiene derecho a pedir *el valor de ellos*". Es claro, también en este texto, que el derecho del donatario frente al incumplimiento del donante se dirige al equivalente pecunario, pues no de otra manera cabe interpretar la expresión "pedir el valor de ellas" allí contenida.

5°) En el contrato de comodato interesa el art. 2267, a cuyo tenor, si la cosa prestada sufrió deterioros tales que la inutilizan para el uso que antes tenía, por causas atribuibles al comodatario, "podrá el comodante exigir el valor anterior de ella abandonando su propiedad" a favor de quien estaba obligado a restituirla (comodatario).

En todos estos casos, si el acreedor, ante la hipótesis de que se pierda la cosa cierta que le era debida, tiene opción para reclamar el "equivalente pecunario" de aquella cosa, debe admitirse que si el deudor entrega ese equivalente, estará cumpliendo la obligación. Se habrá operado, pues, un cumplimiento por equivalente pecunario, con prescindencia de la acción por reparación de daños que puede tener —o no— el acreedor; decimos que puede o no tener esa acción, pues ello dependerá de que se encuentren reunidos los requisitos propios de la acción indemnizatoria⁶⁰.

⁶⁰ Si bien de la letra del art. 579 se infiere que el acreedor podría *acumular* la *aestimatio rei* más los daños y perjuicios, esa posible acumulación debe ser admitida con suma prudencia, sobre todo en los contratos bilateralmente creditorios que, por ende, son también onerosos. En efecto, supóngase la compraventa del caballo "Orejón" cuyo precio en plaza es de \$ 50.000, aunque el comprador pagó sólo \$ 40.000; el caballo debía ser prestado en una exposición bajo sanción de \$ 5.000 en caso de no presentación-, pues bien, el animal perece por culpa del vendedor; ¿hasta dónde se extenderá su responsabilidad frente al comprador?; 1°) el equivalente pecunario del animal, es decir, \$ 50.000 que es, como se dijo, su valor en plaza; 2°) el daño sufrido por el acreedor que, en nuestro caso —para simplificar— diré que se limita al monto de la multa que debió pagar el comprador por no exponer el caballo, es decir, \$ 5.000. En total, el comprador recibirá \$ 55.000. Pero, ¿deberá también el vendedor restituir el precio que recibió, en el caso \$ 40.000? Si la respuesta fuera afirmativa, la solución sería inaceptable, porque el comprador vendría así a enriquecerse a costa del vendedor, ya que se le devolvería el precio, se le daría, en dinero, el valor del caballo y se le restituiría la multa que debió pagar. Si, por el contrario, el vendedor no debe resumir el precio, entonces lo que el comprador recibirá, en definitiva, sería la suma de \$ 15.000, ya que como pagó sólo \$ 40.000 y el caballo valía \$ 50.000, beneficiándose con los \$ 10.000 de

* §'423'. LOS AUMENTOS Y MEJORAS DE LA COSA. EL PRINCIPIO

"RES CR\$SCIT DOMINO"

Hasta aquí se analizó la pérdida o deterioro de la cosa, con o sin culpa del deudor, y sus consecuencias. Corresponde ahora examinar qué ocurre cuando se presenta la situación inversa, es decir, cuando la cosa, por aumentos o mejoras —que implican siempre modificaciones en su estructura intrínseca o en su composición física⁶¹—, incrementa su valor. Rige en esta materia el principio según el cual las cosas crecen para su dueño, *"res crescit domino"*, que es el correlato lógico de la regla *res perit domino*; en efecto, por las mismas razones por la cuales la cosa se pierde para su dueño, también crece para su dueño⁶². Este principio está contenido en el art. 582: "Si la cosa se hubiere mejorado o aumentado, aunque no fuese por gastos que en ella hubiere hecho el deudor, podrá éste exigir del acreedor un mayor valor, y si el acreedor no se conformase, la obligación quedará disuelta".

Distintas cuestiones deben ser examinadas a propósito de este artículo.

a) Aumentos

Bien se ha dicho que cuando suceden hechos naturales que, en forma espontánea⁶³, modifican la estructura intrínseca de la cosa o su composición física⁶⁴, incrementando su valor, estamos en presencia de los "aumentos" aquí referidos; estos incrementos suceden por obra de la naturaleza, sin la intervención del hombre; por ejemplo, cuando un río o un arroyo lleva por una fuerza súbita alguna cosa susceptible de adherencia natural, como tierra, arena o plantas, y las une, sea por adjunción, sea por superposición, a un campo inferior, o al terreno situado en la ribera opuesta (art. 2583)⁶⁵.

diferencia, más los \$ 5.000 de la multa que pagó. Pero si es así, entonces no está recibiendo el "equivalente pecuario" de la obligación incumplida, sino una indemnización por el daño que pudo haber sufrido.

⁶¹ Quedan excluidos los aumentos del valor de la cosa originados en causas ajenas a su estructura o composición física: Lafaille, H., *Tratado. Obligaciones*, t. II, n° 940, p. 74.

⁶² Cfr. Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 582, n° 2, p. 25.

⁶³ Borda, *Obligaciones*, tI, n° 424, p. 363.

⁶⁴ Quedan excluidos del concepto de "aumentos naturales" todos aquellos incrementos que no modifican la estructura o composición física de la cosa, sino que tienen su origen en causas externas a la cosa, pero que modifican su cotización, como el cambio de las condiciones del mercado u otras razones económicas. De acuerdo: Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. IU, comentario al art 582, n° 3, p. 25.

⁶⁵ En cambio, se ha considerado que el aluvión no debe ser calificado como "aumento" de la cosa, ya que se trata de "accesorios" que, como tales, forman parte de la cosa y deben ser entregados con ella, según está previsto en el art 2572 en los siguientes términos: "Son accesorios de los terrenos confinantes con la ribera de los ríos, los acrecentamientos de tierra que reciban

Aquí interesan los aumentos que suceden después de nacer la obligación y antes de la entrega y siempre, claro está, que se trate de una obligación nacida de un contrato bilateralmente creditorio, es decir, que a la obligación de dar la cosa cierta corresponda, para la otra parte, la obligación de pagar por ella una contraprestación⁶⁶. En tal caso, el incremento de valor experimentado por la cosa, por obra de las fuerzas de la naturaleza, *pertenece* al deudor, que es, por hipótesis, el dueño de ella. Siendo así, por aplicación del art. 582, el deudor tiene derecho a exigir del acreedor un aumento del precio, que deberá ser proporcional con el incremento del valor de la cosa. La ley le concede ese derecho aun cuando los aumentos se han producido, por hipótesis, sin gastos para el deudor, por la única circunstancia de ser el dueño de la cosa. Pero que tenga derecho a exigir un aumento de precio no significa que pueda imponer ese aumento por la fuerza; debe haber, entre deudor y acreedor, un acuerdo. Si las partes no llegan a un acuerdo, según el art. 582, el contrato quedará disuelto. Sin embargo, la disolución no es automática, pues si el acreedor de la cosa (deudor del precio) no quiere la disolución del Contrato, pero estima elevado el incremento del valor, podrá recurrir al juez para que éste resuelva la cuantía del aumento⁶¹.

b) Mejoras

Las "mejoras" son también modificaciones físicas⁶⁸ de la cosa que conservan o incrementan su valor, pero que, a diferencia de los "aumentos", provienen del hecho del hombre, por eso se las llama también artificiales o industriales. Ahora bien, no cualquiera clase de "mejora", aunque valore la cosa, puede ser trasladada al precio, en los términos del art. 582; para saber cuáles mejoras son cobrables y cuáles no es necesario separarlas, ya que es posible establecer lassiguientes

paulatina e insensiblemente por efecto de la corrientes de las aguas, y pertenecen a los dueños de las heredades ribereñas. Siendo en las costas del mar o de ríos navegables, pertenecen al Estado". De acuerdo con esta interpretación: Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 613, p. 83; De Gásperi y Morello, *Derecho civil. Obligaciones*, 1.1, n° 1001, p. 483.

⁶⁶ El problema que se analiza en el texto queda excluido en los contratos gratuitos, p.ej., en la donación, porque allí el acreedor de la cosa—por hipótesis—nada da a cambio de ella; sin perjuicio de otros problemas que sí pueden presentar como se verá en su momento. Por ello, el art 697 del Proyecto de 1998 fue redactado así: "Acrecentamientos y mejoras de la cosa. Si la obligación de dar para constituir derechos reales *resulta de un contrato bilateral*, y la cosa recibe acrecentamientos inseparables originados en hechos de la naturaleza, el deudor tiene derecho a exigir al acreedor un complemento adecuado de la contraprestación a su cargo. Si el acreedor no se aviene, la obligación queda extinguida, sin responsabilidad para ninguna de las partes. El deudor no tiene derecho a reclamar ese complemento por las mejoras que haya realizado en la cosa, pero puede retirar las útiles y las suntuarias en tanto no la deterioren".

⁶⁷ Cfr. Rezzónico, *Estudio de los contratos*, 1.1, p. 4.

⁶⁸ Se usa la expresión "modificaciones físicas" en sentido amplio, es decir, comprendiendo en ella también los actos de mera conservación que si bien, en estricto sentido, no modifican la cosa, impiden su deterioro o destrucción.

categorías y subespecies: a) mejoras *necesarias*, que a su vez se subdividen entre aquellas que deben realizarse sólo para la conservación de la cosa y aquellas que, además de conservarla, incrementan su valor; b) mejoras *útiles*, realizadas voluntariamente por el propio deudor, y c) mejoras *voluntarias*.

I) *Mejoras necesarias*. — Según el art. 591, primera parte, "*Son mejoras necesarias aquellas sin las cuales la cosa no podría ser conservada*". No es conveniente, como se verá luego, una interpretación literal de este artículo. Para empezar se puede decir que, en general, las mejoras que aquí interesa analizar son modificaciones físicas (*lato sensu*) que experimenta la cosa por el hecho del hombre, pero realizadas no en forma espontánea, sino que son impuestas por necesidades propias de la conservación o mejoramiento de la cosa. Ahora bien, como no todas las mejoras necesarias (*lato sensu*) son reembolsables, es preciso distinguir dos subespecies: aquellas que se realizan sólo para conservar la cosa en el estado en que debe ser entregada, a las que individualizaré con el nombre gastos de *mera conservación*⁶⁹, y aquellas otras que no sólo la conservan, sino que también le dan mayor valor, a las que llamaré gastos de mejoramiento. Ambas subespecies tienen en común que suponen gastos, es decir, inversión o coste de naturaleza pecuniaria realizados por el deudor⁷⁰; no creo que se pueda hablar de "mejoras" artificiales, en los términos del art 582, sin gastos volcados en la cosa⁷¹. No obstante esa nota común, a la hora de decidir si el deudor tiene derecho al recupero de tales gastos, cada subespecie tiene, según pienso, distinto tratamiento jurídico. Así:

1) Los gastos de mera conservación, por ejemplo, cortar el césped de un parque, limpiar los techos de la casa vendida para evitar la acumulación de hojas y ramas que pueden provocar humedad en las paredes interiores, están a cargo del deudor y éste no tiene derecho a exigir del acreedor el reembolso de tales gastos⁷². Esta clase de gastos, en suma, no están comprendidos en el art. 582. La razón radica en que esos gastos son consecuencia del deber esencial de custodia y conservación que tiene el deudor hasta el momento de la entrega

⁶⁹ Otros autores llaman a estos gastos "expensas necesarias"; p.ej., Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 808, p. 97; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. L p. 314.

⁷⁰ Es obvio de los gastos que supone cualquier especie de mejoras pueden ser aportados también por terceros, pero esto da lugar a otros problemas, no alcanzados por el art. 582 que aquí se analiza.

⁷¹ Como el art 582 autoriza al deudor a reclamar del acreedor el mayor valor si la cosa se hubiere mejorado o aumentado, "*aunque no fuese por gastos que en ella hubiere hecho el deudor*", está claro que existe una hipótesis en la que habrá reconocimiento del mayor valor sin que el deudor hubiese gastado, pero esta hipótesis no puede ser otra que la tiene lugar cuando se producen mejoras naturales, esto es, sin la intervención del hombre.

⁷² De acuerdo con esta interpretación: Galli, en sus anotaciones a Salvat *Obligaciones en general*, 1.1.379-c, p. 344, y especialmente, López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte especial*, 1.1, § 52, p. 179. : — , • — - — -< * « • • — :

(art. 576)⁷³. Otra doctrina⁷⁴, que no discrimina las distintas subespecies de mejoras necesarias, sostiene que por el art. 582 todas ellas pueden ser reclamadas al acreedor. Esta doctrina es inadmisibles porque afirmar que los gastos de mera conservación son reembolsables por el acreedor equivale a *desnaturalizar* el esencial deber de custodia y conservación que pesa sobre el deudor, trasladándolo al acreedor. El art. 582, en suma, se refiere a otra especie de mejoras necesarias, de la que me ocuparé en el párrafo siguiente.

2) Los gastos de mejoramiento⁷⁵ de la cosa que, según se dijo, son aquellos que, además de conservarla en buen estado, incrementan su valor, sí son reembolsables por el acreedor. Conviene aclarar de qué clase de "mejoras" se está hablando; por vía negativa, diré que no son mejoras que puede hacer el deudor de buena voluntad o con la loable intención de mejorar el estado de la cosa; además, el deudor no estaría habilitado para realizarlas, pues pesa sobre él el *deber de no innovar*, es decir, no puede cambiar el estado de la cosa. Estas son mejoras *impuestas por necesidad*, esto es, el deudor no puede dejar de hacerlas —de allí su calificativo de "necesarias"—, y por la naturaleza de las modificaciones que experimenta la cosa en razón de ellas, se ve incrementado su valor; esto las diferencia de los gastos de mera conservación que, si bien evitan el deterioro, no aumentan el valor. Si el acreedor no reembolsara el "mayor valor" de la cosa, se estaría enriqueciendo a costa del deudor; de allí que se interprete que son éstas las "mejoras necesarias" a las que se refiere el art 582 y que sean, por ende, cobrables al acreedor⁷⁶. Dentro de esta categoría, existen dos especies de mejoras que interesa destacar: 1°) las que imponen las reglas de la técnica, por ejemplo, si se vende un equipo informático con la obligación de entregarlo en condiciones técnicas aptas para la navegación en Internet y antes de la entrega ocurren cambios que obligan al deudor de la cosa a cambiar algunos elementos para mantener el equipo actualizado y, por ende, en buen estado para la navegación requerida, los gastos que requiera la actualización deben ser reembolsados por el acreedor, porque no se trata gastos voluntarios, sino necesarios para mantener la cosa en el estado que el acreedor exigía t?; 2°) las me-

⁷³ Ver *supra*, aquí, § 416, b, I.

⁷⁴ Lafaille, *Tratado*, t. II, "Obligaciones", vol. II, n° 941, p. 74.

⁷⁵ Otros autores consideran que los gastos que he llamado "de mejoramiento" son las "mejoras necesarias" (*sensu stricto*) a las que se refiere el art. 582; p.ej., Llambías, *Obligaciones*, t. U-A, n° 808, p. 96 y Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. iiii, comentario al art. 582, § 4, p. 26.

⁷⁶ De acuerdo con esta interpretación: Llambías, *Obligaciones*, t. XI-A, n° 808, p. 96; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 11, p. 314; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. UI, comentario al art. 582, § 4, p. 26; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 427, p. 365.

⁷⁷ En el caso del ejemplo dado, se da por supuesto que se han observado las reglas que impone a los proveedores de bienes y de servicios la Ley de Defensa de los Consumidores, cuestión tratada en otro lugar Wayar, *Evicción y vicios redhibitorios*, t. III, § 410, ps. 283 y ss.

mejoras impuestas por la autoridad pública, por ejemplo, si la Municipalidad decide exigir a los vecinos la construcción de veredas con accesos para discapacitados, esos gastos son reembolsables, porque no fueron decididos por el deudor, sino impuestos a él por la autoridad "del príncipe"⁷⁸.

3) Tratándose de mejoras necesarias reembolsables, si bien el deudor puede exigir el mayor valor de la cosa, siempre tendrá el acreedor el derecho de resolver el contrato si no estuviese de acuerdo o si no pudiese pagar el incremento⁷⁹.

4) Están excluidas del art 582 las *expensas comunes* que se pagan en los inmuebles sometidos a la Ley de Propiedad Horizontal y también el pago de los impuestos que gravan la cosa.

ü.) *Mejoras útiles*.—Son mejoras útiles las que, no siendo necesarias, son sin embargo "de manifiesto provecho para cualquier poseedor de ella" (art. 591, segunda parte). Se trata de mejoras que el deudor decide en ejercicio de su libertad; si bien redundan en beneficio de la cosa y, por ende, benefician directamente al deudor, por hipótesis "dueño" de ella, su costo no puede ser trasladado al acreedor. En efecto, el deudor está obligado a no cambiar el estado de la cosa; de allí que si lo hace, aunque sea para mejorarla, no puede pretender que el acreedor se haga cargo de los gastos realizados indebidamente. Ante el hecho consumado, ¿qué derechos tiene el acreedor? La doctrina señala éstos: 1°) puede exigir la restitución de la cosa a su estado anterior, mediante el retiro de las mejoras y, si fuese necesario, con su destrucción⁸⁰; 2°) si el retiro o la destrucción de las mejoras provoca daños en la cosa, puede exigir la entrega y, además, la indemnización de los daños y perjuicios; 3°) si la restitución de la cosa no fuese posible, tiene derecho a la resolución del contrato, con indemnización de los daños por el incumplimiento; 4°) pero si opta por recibirla con las mejoras introducidas, deberá reembolsar al deudor el mayor valor de la cosa⁸¹. En de-

De acuerdo con esta interpretación: López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte especial*, 1.1, § 52, p. 182. Es la misma tesis que he sustentado en una obra anterior: *Compraventa y permuta*, § 207, p. 321, nota n° 23.

⁷⁹ De acuerdo: Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art 582, § 4, p. 26; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 425, p. 364.

⁸⁰ La aceptación de esta interpretación, sustentada por nuestros principales autores (Llambías y Borda), me ha suscitado dudas fundadas en que habrá ocasiones en que la destrucción de las mejoras introducidas en la cosa resulte una consecuencia reñida con el criterio de razonabilidad; cuando una situación así se presente, creo que será necesario buscar una solución que evite la destrucción, como sería, p.ej., permitir que el acreedor se quede con la cosa mejorada —si ésa es su decisión—, pero si no acepta pagar con dinero el mayor valor, permitirle compensar al deudor por otros medios.sp.ej., concediéndole durante un tiempo el uso de la cosa o la percepción de sus frutos.

⁸¹ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 808, p. 97; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 428, p. 365.

fmitiva, el reembolso del "mayor valor" al que se refiere el art. 582, no se aplica a las mejoras útiles.

II) *Mejoras voluntarias*. — Son mejoras voluntarias "las de mero lujo o recreo, o de exclusiva utilidad para el que las hizo" (art. 591, tercera parte). Si las mejoras útiles no son reembolsables al deudor, menos todavía pueden serlo éstas, que son mejoras de mero recreo o suntuarias. Ante el hecho consumado, el acreedor tiene —también en este caso— el derecho de exigir la restitución de la cosa a su estado anterior mediante el retiro de las mejoras o su destrucción. Pero aquí, a diferencia de lo que ocurre con las mejoras útiles, si el retiro o la destrucción de la mejora suntuaria no es posible sin dañar la cosa, entonces el deudor deberá entregarla al acreedor con las mejoras, y no podrá reclamar el reembolso del mayor valor⁸². Pero si las mejoras pueden ser retiradas sin dañar la cosa y el acreedor se opone al retiro, entonces sí deberá reconocer el mayor valor de la cosa y reembolsarlo al deudor.

§ 424. LOS FRUTOS DE LA COSA

Siempre situados en el período que corre entre el nacimiento de la obligación y la entrega de la cosa, corresponde ahora verificar qué suerte corren los frutos que ella produce durante el indicado lapso. Como punto de partida se ha de considerar que el límite preciso, el punto de inflexión, es el momento de la tradición, lo que permite señalar la siguiente regla general: antes de la entrega, los frutos *percibidos* y los *devengados que son exigibles* hasta ese momento pertenecen al dueño de la cosa, esto es, al deudor; después de la tradición, la cosa tiene nuevo dueño, el acreedor, y por ende los frutos cuya percepción es exigible a partir del momento que recibió la cosa a él le pertenecen. Esta regla está contenida en el art. 583, aunque sus términos, como se verá enseguida, han provocado algunas dudas; dice el artículo en cuestión: "Todos los frutos percibidos, naturales o civiles, antes de la tradición de la cosa, pertenecen al deudor; mas los frutos pendientes el día de la tradición pertenecen al acreedor".

La interpretación del art. 583 ha dado lugar a algunos equívocos que es conveniente aclarar. La duda se plantea respecto de aquellos frutos devengados, es decir, ya producidos antes de la entrega, pero que por alguna razón no fueron percibidos por el deudor hasta ese momento. ¿Acaso esos frutos le corresponderán al acreedor, sólo porque el deudor no pudo percibirlos antes? Por ejemplo, se vende un inmueble alquilado; el vendedor debe entregarlo el 1° de junio, pero a esa fecha el inquilino debe los alquileres correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo. El cobro de estos alquileres vencidos e impagos,

⁸² Cfr. Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 379-b; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 808, p. 98; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 429, p. 365.

¿le corresponderá al comprador del inmueble? Una interpretación literal del art 583 conduciría a la respuesta afirmativa, pues el texto citado dice que sólo corresponden al deudor de la cosa (en nuestro caso el vendedor) "todos los frutos *percibidos*", y como esos alquileres no fueron percibidos hasta la entrega, podría sostenerse que están "pendientes" y, en consecuencia, pasarían a pertenecer al acreedor (comprador); es más, esta tesis busca sustento en el art. 2425 que dice que se entienden percibidos los frutos civiles "*solamente desde que fuesen cobrados y recibidos, y no por día*"⁸³. No obstante, bien se ha señalado que el art. 2425 no es aplicable al deudor de una cosa cierta, sino al poseedor de mala fe; por ende, sólo si el deudor es, además, poseedor de mala fe perderá el derecho a los frutos exigibles pero no percibidos". Por ello, con toda razón prevalece en nuestra doctrina la tesis contraria, es decir, la que afirma que pertenecen al deudor no sólo los frutos efectivamente percibidos, sino también los que ya están devengados y son exigibles antes de la entrega aunque todavía el deudor no los hubiera percibido y pertenecen al acreedor, en primer lugar, los que fuesen exigibles después de que recibió la cosa⁸⁴ e incluso aquellos que todavía no están producidos —por eso se habla de frutos "pendientes"—, aunque estuvieren a punto de ser colectados al tiempo de la entrega⁸⁵. En caso de que el deudor hubiese colectado frutos que pertenecen al acreedor, por ejemplo, porque incurrió en mora respecto de la obligación de entrega, debe restituir tales frutos al acreedor, pero tendrá derecho al reembolso de los gastos que demandó la percepción, pues de lo contrario el acreedor obtendría un enriquecimiento sin causa.

§ 425. EFECTOS CON RELACIÓN A TERCEROS. CONFLICTOS ENTRE ACREEDORES

Bajo el rótulo "efectos de las obligaciones de dar cosas ciertas respecto de terceros" queda incluido uno de los problemas, quizá el más importante, de los que tienen lugar en caso de concurrencia de varias personas que se presentan a reclamar la misma cosa, del mismo deudor, invocando títulos distintos. El problema que se debe resolver, planteado en sus términos más simples, es el siguiente: Juan es propietario de una cosa, y en su condición de tal la vende pri-

⁸³ La tesis ha sido defendida por A. E. Salas, *La compraventa y los alquileres adeudados al día de la tradición del inmueble vendido*, "J. A", 66-486.

⁸⁴ Borda, *Obligaciones*, L L n° 436, p. 372.

⁸⁵ Cfr. Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 393-a; Borda, *Obligaciones*, L I, n° 436, p. 372.

⁸⁶ Por ejemplo, es obvio que una cosecha en pie al tiempo de la entrega sólo se podrá percibir después de que la cosa está en poder del acreedor y, por ende, le pertenece; incluso si el deudor incurre en mora, es decir que si retarda la entrega, de todos modos la cosecha es del acreedor, quien tendrá derecho, en su caso, a la congruente indemnización.

mero a Pedro, luego a Diego y por último a Carlos; ¿cuál de ellos debe ser preferido?, ¿a cuál de ellos debe hacerse tradición de la cosa?

El problema queda planteado en sus términos más simples; las variables con que se puede presentar pueden llevarlo a un grado máximo de complejidad. Así, por ejemplo, comienza a complicarse si Juan (vendedor) le ha dado a uno de los compradores la tradición de la cosa y más todavía si el título del que la recibió es de fecha posterior al de los otros terceros; y el problema es todavía mayor si se tratara de un inmueble, y a uno de ellos se le ha otorgado la escritura de dominio pero a otro se le ha dado la posesión. Y las dificultades pueden incrementarse.

§ 426. CONFLICTO ENTRE TERCEROS CUANDO A UNO DE ELLOS
SE LE HA DADO LA POSESIÓN. PRINCIPIO GENERAL

Cuando concurren varias personas y a una de ellas ya se le ha dado la tradición y la posesión de la cosa, para resolver el posible conflicto es necesario partir de un principio general. Ese principio general se encuentra en el art 3269: "*Cuando una persona ha contratado en diversas épocas con varias personas la obligación de transmitirles sus derechos sobre una misma cosa, la persona que primero ha sido puesta en posesión de la cosa, es preferida en la ejecución del contrato a las otras, aunque su título sea más reciente, con tal que haya tenido buena fe, cuando la cosa le fue entregada*". Para determinar el sentido y alcance con que este principio debe ser aplicado en materia de obligaciones de dar cosas ciertas para transmitir derechos reales, es imperativo, por cuestiones de método, distinguir según se trate de muebles o de inmuebles.

a) *Cosas muebles*

Tratándose de cosas muebles, dice el art. 592 que "si el deudor hiciere tradición de ella a otro, por transferencia de dominio o constitución de prenda, el acreedor aunque su título sea de fecha anterior, no tendrá derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente contra los de mala fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor". Son varias las cuestiones que, a propósito de este artículo, deben ser analizadas. Pero para una correcta interpretación del sistema imperante en nuestro derecho corresponde distinguir según que se trate de cosas muebles que se transmiten por tradición y cosas que se transmiten por inscripción en registros especiales⁸⁷.

⁸⁷ El Proyecto de Código Civil de 1998, en su art. 700, resuelve el conflicto abordado en el texto de la siguiente manera: "Concurrencia de varios acreedores. Cosa mueble. En el conflicto de mejor derecho resultante de la concurrencia de varios acreedores de la obligación de dar para constituir derechos reales sobre una misma cosa mueble, rige el siguiente orden de prioridad: a) Si la cosa es registrable, prevalece el derecho del acreedor de buena fe que es titular de una ins-

I) *Muebles en general. Quién es preferido.*—Está claro que tratándose de cosas muebles no registrables cuya propiedad u otro derecho real se transmite por tradición, es preferido aquel a quien se hubiese puesto en posesión de la cosa, siempre que fuese de buena fe. Esta solución se funda en el art. 2412, porque según ese texto, la posesión de buena fe "vale título"⁸⁸. El art. 592 es una consecuencia de esa regla, al privar de acción a los terceros contra el poseedor de buena fe, prescindiendo de las fechas de los respectivos títulos⁸⁹. Distinta es la cuestión cuando el poseedor es de mala fe, es decir, cuando comienza a poseer a sabiendas de que existen otras personas que también tienen derecho a la cosa. En este caso, el tercero cuyo título es de fecha anterior al de aquel a quien se dio la posesión, tiene acción contra él para desbaratar esa posesión de mala fe⁹⁰.

II) *Muebles cuyo dominio se adquiere por inscripción registral.* — Tratándose de muebles cuyo dominio se adquiere por inscripción registral, por ejemplo, los automotores, puesto que el *modo* para transmitir el dominio no es la tradición, sino la inscripción de la transferencia en un registro especial, no rige la regla de que la posesión vale título; por consiguiente, tampoco puede ser preferido el mero poseedor, aun de buena fe, en detrimento del titular, también de buena fe, inscripto en el respectivo registro. En este caso, en definitiva, aquel que primero haya inscripto su título de buena fe debe ser preferido respecto de todo otro tercero, aunque alguno de ellos tenga la posesión de la cosa y con prescindencia de la fecha de los títulos de cada uno⁹¹.

IU) *Naturaleza de la acción contra el poseedor de mala fe.* — Se discute la naturaleza de la acción contra el poseedor de mala fe. Piensan unos que se trataría de una acción de *reivindicación*⁹², pero esta tesis ha sido objetada porque si esa acción —por definición— es la "que nace del dominio" que se tiene de las cosas (art. 2758), en nuestro caso quien demanda carece del dominio y precisamente por eso plantea la demanda. Para otros autores se trataría de una ac-

cripción registra! precedente, con independencia de la fecha de su título; b) En los demás casos prevalece el derecho del acreedor de buena fe y a título oneroso que recibió la tradición de la cosa, con independencia de la fecha de su título; c) Si ninguno de los acreedores de buena fe y a título oneroso recibió la tradición de la cosa, prevalece el derecho del acreedor con título más antiguo; i) Las prioridades de los dos (2) incisos anteriores también rigen si todos los acreedores son a título gratuito. Estas disposiciones no afectan a lo establecido en el art. 1843 en cuanto a la oponibilidad del derecho real u otra situación jurídica registrada que no se ejercen por la posesión".

⁸⁸ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 816, p. 107.

⁸⁹ Ésta es la opinión común por todos, Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 592, p. 55.

⁹⁰ Cfr. Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario a los arts. 592a596, n° 7, p. 43.

⁹¹ Pizarra y Vallespinos, *Obligaciones*, *ti*, p. 321.

⁹² Es la tesis que defiende Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, t II, n° 933, p. 69.

ción *revocatoria o pauliana*⁹³, pero esta tesis falla porque para que la acción tenga éxito no se requiere que el demandado sea insolvente (que es uno de los requisitos de la pauliana), ni es un problema de insolvencia; se trata de que el poseedor de mala fe restituya la cosa para que ésta pueda ser entregada a quien tiene legítimo título para reclamarla. Por último, se ha sostenido que se trata de una acción de *nulidad* ⁹⁴, con fundamento en que la transmisión al poseedor de mala fe es un acto anulable, porque —por hipótesis— perjudica a terceros, infringiendo así la prohibición del art. 953, por lo que debe ser dejado sin efecto. Siendo ésa la naturaleza de la acción, se derivan estas consecuencias: 1º) la demanda deberá dirigirse contra el deudor y contra el poseedor de mala fe, en forma conjunta, para obtener, así, una condena a ambos; 2º) por efecto de la declaración de nulidad, la cosa debe volver al patrimonio del deudor y desde allí podrá ser reclamada por el demandante; 3º) es posible la acumulación de acciones en un mismo proceso, la de nulidad, la de entrega e, incluso, la de indemnización del daño causado y reembolso de los gastos.

b) Cosas inmuebles. Método y remisión

Si la cosa fuere inmueble y el deudor hiciere tradición de ella a otro con el fin de transferirle el dominio —se lee en el art. 594—, "el acreedor no tendrá derecho contra tercero que hubiese ignorado la obligación precedente del deudor; pero sí contra los que sabiéndola hubiesen tomado posesión de la cosa". El Código, en sustancia, reitera para los inmuebles⁹⁵ la solución dada para las cosas muebles: es preferido aquel a quien se le hubiese hecho tradición y tenga, por ende, la posesión de la cosa, siempre que sea de buena fe. Si es de mala fe, podrá ser demandado por quien ostente título legítimo⁹⁶. Se ha dicho que lo que

⁹³ Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 325 y 325-a, p. 316; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 11, p. 419.

⁹⁴ Es la tesis sustentada por Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 816, p. 107, y Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código CML*, t. III, comentario a los arts. 592 a 596, n° 7, p. 43.

⁹⁵ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 819, p. 11L.

⁹⁶ El Proyecto de Código Civil de 1998 propuso el siguiente sistema en su art. 699: "Concurrencia de varios acreedores. Cosa inmueble. En el conflicto de mejor derecho resultante de la concurrencia de varios acreedores de la obligación de dar para constituir derechos reales sobre una misma cosa inmueble, rige el siguiente orden de prioridad: a) Prevalece el derecho del acreedor de buena fe y a título oneroso que recibió la tradición de la cosa y obtuvo emplazamiento registral, con independencia de la fecha de su título, b) Si ninguno de los acreedores a título oneroso obtuvo emplazamiento registral, prevalece el derecho del acreedor de buena fe que recibió la tradición de la cosa, con independencia de la fecha de su título, c) Si ninguno de los acreedores a título oneroso y de buena fe recibió la tradición de la cosa, prevalece el derecho del acreedor cuyo título fue otorgado con la formalidad correspondiente y en la fecha más antigua; o, en su defecto, del acreedor cuyo título fue otorgado por instrumento privado que tenga la fecha cierta más antigua. Pero esta última prioridad no se aplica si la existencia del crédito depende de la extensión

realmente interesa es la tradición y la posesión de buena fe y que no es necesaria ni la escritura de dominio, ni la inscripción en el registro inmobiliario"⁹⁷. Pero la cuestión no es pacífica"⁹⁸.

Los conflictos de mayor importancia se plantean cuando concurren sobre el mismo inmueble, un adquirente por boleto de compraventa y otro con escritura pública que puede, o no, estar inscrita en el registro inmobiliario. En tales casos, según pienso, si el que tiene boleto es, además, poseedor, debe ser preferido, salvo mala fe. Por razones de método, estos conflictos deben ser tratados a propósito del contrato de compraventa de inmuebles, a donde me remito

§ 427. INDEMNIZACIÓN A FAVOR DEL ACREEDOR FRUSTRADO

Si bien es preferido, en general, aquel a quien se ha hecho tradición de la cosa y la posee de buena fe, es necesario saber en qué situación quedan los otros terceros que han visto frustrado su derecho; por ejemplo, un segundo adquirente que, desconociendo que la cosa ya había sido dada a otra persona con anterioridad, ha pagado su precio. Una elemental razón de justicia señala que debe reconocérsele derecho a ser indemnizado por el deudor que obró en su perjuicio. Las reglas generales sobre responsabilidad eran suficientes para lograr esa reparación; de allí que el art. 595 que se refiere al asunto luce innecesario y sobreabundante: "Si la tradición se hubiere hecho a persona de buena fe, el acreedor tiene derecho a exigir del deudor otra cosa equivalente, y todos los perjuicios e intereses"⁹⁹.

§ 428. CONFLICTO ENTRE TERCEROS CUANDO A NINGUNO DE ELLOS SE LE HA DADO LA POSESIÓN

Cuando la concurrencia se plantea entre distintos acreedores, sin que a ninguno de ellos se le hubiese dado la posesión de la cosa, rigen las siguientes reglas: *a*) si la cosa fuere mueble, "será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior" (art. 593); *b*) si la cosa fuere inmueble, "será preferido el acreedor cuyo instrumento público sea de fecha anterior" (art. 596).

de un título de formalidad solemne absoluta. Estas disposiciones no afectan a lo establecido en el art. 1843 en cuanto a la oponibilidad del derecho real u otra situación jurídica registrada que no se ejercen por la posesión".

⁹⁷ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 819, p. 111.

⁹⁸ Ver, p.ej., la opinión de Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 593, p. 59.

⁹⁹ Me ocupé de esta cuestión en *Compraventa y permuta*, § 405, ps. 576 y ss.

¹⁰⁰ Sobre el concepto de "equivalente", *supra*, aquí, § 422.

2) OBLIGACIÓN DE DAR UNA COSA CIERTA PARA RESTITUÍRLA A SU DUEÑO

§ 429. LA HIPÓTESIS A CONSIDERAR. OBLIGACIONES "CONTRACTUALES" DE RESTITUIR

Ejemplos de la hipótesis a considerar, obligación de dar para restituir la cosa a su dueño, pueden encontrarse, entre otros, en los contratos de locación de cosa, en el contrato de depósito, o en la situación en la que se encuentra la persona que ha sido vencida en un juicio por reivindicación; en la locación, el locatario o inquilino, una vez finalizado el plazo de la locación, debe restituir la cosa al locador que, por lo común, es también su propietario; en el depósito, el depositario debe restituir la cosa cuando lo requiera el depositante; la persona vencida en el juicio de reivindicación debe restituir la cosa al vencedor. Para verificar cuál es el régimen jurídico al que debe someterse esta obligación de dar, es necesario discriminar los efectos, según se trate de las relaciones entre las partes o de las relaciones entre ellas y los terceros. En general, vale anticipar que el régimen previsto en los arts. 584 a 591 se aplica, en particular, a las obligaciones de restituir derivadas de fuente contractual, ya que la restitución a la que está obligado quien ha sido vencido en un juicio por reivindicación está sometida a los arts. 2427 a 2441 y sus concordantes.

§ 430. EFECTOS ENTRE LAS PARTES

Como en el caso de la obligación de dar para transferir derechos reales, también aquí los efectos que esta obligación de restituir una cosa cierta produce entre las partes, deben ser analizados según se refieran: *a)* a los riesgos de la cosa; *b)* a los aumentos y mejoras; y *c)* a los frutos.

a) Riesgos por pérdida o deterioro

Interesa saber quién soporta los riesgos de la cosa mientras se encuentra en poder del deudor. Rige también aquí el principio *resperit domino*, en consecuencia, siendo dueño el acreedor, es él quien debe soportar las eventuales pérdidas o deterioros, siempre que estas contingencias ocurran sin culpa del deudor, en cambio, si la pérdida o el deterioro ocurren por una causa imputable al deudor, es él responsable frente al acreedor.

En suma, las soluciones de la ley son las siguientes:

1) si la cosa se perdiese sin culpa del deudor, "se pierde para su dueño, salvo los derechos de éste hasta el día de la pérdida, y la obligación quedará disuelta" (art. 584);

2) si se deteriorare sin culpa del deudor, "su dueño la recibirá en el estado en que se halle y no quedará el deudor obligado a ninguna indemnización" (art. 586);

3) si se pierde la cosa por culpa del deudor, "se observará lo dispuesto en el art. 579" (art. 585);

4) si se deteriorare por culpa del deudor, "se observará lo dispuesto en el art. 581" (art. 587).

b) Aumentos y mejoras naturales

También aquí rige el principio según el cual la cosa crece para su dueño (*res crescit domino*); en consecuencia, si el aumento o la mejora provienen de hechos de la naturaleza, es decir, sin que el deudor hubiese hecho gastos en ella o empleado su trabajo, o el de otro por él, la cosa "será restituida a su dueño con el aumento o mejora; y nada podrá exigir el deudor" (art. 588)¹⁰¹.

c) Aumentos y mejoras hechas por el deudor

Respecto de los aumentos o mejoras artificiales o industriales, la cuestión debe ser resuelta por aplicación del art. 589: "Si hubiere mejoras o aumento, que con su dinero o su trabajo, o con el de otro por él, hubiere hecho el deudor que hubiese poseído la cosa de buena fe, tendrá derecho a ser indemnizado del justo valor de las mejoras necesarias o útiles, según la avaluación que se hiciere al tiempo de la restitución, siempre que no se le hubiese prohibido hacer mejoras. Si las mejoras fueren voluntarias, el deudor aunque fuese poseedor de buena fe, no tendrá derecho a indemnización alguna. Si el deudor fuese poseedor de mala fe, tendrá derecho a ser indemnizado de las mejoras necesarias".

La interpretación de este artículo, sobre todo teniendo en cuenta su equívoca redacción, suscita varias e importantes cuestiones.

I) *Mejoras indemnizables*.—En primer lugar, corresponde dejar establecido que las mejoras *necesarias (lato sensu)*, ya se trate de gastos de mera conservación o de gastos de mejoramiento¹⁰², deben ser reembolsadas al deudor. Estas mejoras, que por naturaleza conservan la cosa en buen estado o la valorizan por necesidad, son debidas al deudor, aunque sea poseedor de mala fe, porque así está dispuesto expresamente en la parte final del art. 589, ya que de lo contrario el acreedor (dueño de la cosa) se enriquecería indebidamente a costa del deudor. Igualmente son debidas estas mejoras, aunque en el contrato se

¹⁰¹ La cuestión de los aumentos o mejoras naturales no suscita problemas interpretativos: Borda, *Obligaciones*, L I, n° 430, p. 370.

¹⁰² Sobre los conceptos de gastos "de conservación" y "de mejoramiento", ver *supra*, aquí, § 423, b), I.

hubiese incluido una cláusula prohibiendo hacer mejoras, porque esa prohibición sólo puede estar referida a las mejoras útiles o a las suntuarias, pero no a las necesarias, porque afirmar que también éstas están prohibidas equivaldría a prohibir al deudor que conserve la cosa en buen estado, lo que es absurdo¹⁰³.

Las mejoras *útiles* también son reembolsables al deudor, pero en este caso se requieren dos condiciones: a) que sea poseedor de buena fe, que en este caso consiste en estar persuadido de que tiene la cosa por un título legítimo, por ejemplo, de que es locatario, y de que está habilitado para hacer las mejoras; b) que en el contrato no se hubiese incluido una cláusula que prohíba introducir mejoras útiles. Si alguna de estas condiciones falta, sea porque el deudor es de mala fe, sea porque las mejoras estaban prohibidas, no habrá lugar al reembolso¹⁰⁴.

Por último, las mejoras *voluntarias o suntuarias* no son reembolsables, ni aun cuando el deudor sea de buena fe y aunque no hubiesen estado prohibidas.

En los supuestos en que las mejoras no son indemnizables, el deudor tiene el derecho a retirarlas, pero no lo podrá hacer cuando el retiro de las mejoras provoque algún daño en la cosa; en este caso, deberá restituir la cosa con las mejoras que le introdujo sin reclamar nada a cambio. Pero si siendo posible el retiro de las mejoras sin daño en la cosa el acreedor quiere quedarse con ellas, deberá pagarlas al deudor que las incorporó.

II) *Monto de la indemnización por las mejoras.* — Según el art. 589, el deudor tiene derecho a ser indemnizado "del justo valor de las mejoras necesarias o útiles, según la avaluación que se hiciere al tiempo de la restitución". Interesa indagar dos cuestiones:

a) ¿Cuál es el "justo valor" de las mejoras? Bien se puede decir que es el mayor valor que adquirió la cosa como resultado de las mejoras introducidas en ella; ese "mayor valor" puede no coincidir con el monto de los gastos hechos por el deudor para hacer las mejoras, ya que puede ser inferior o superior a ese monto; por ejemplo, si la cosa depositada vale \$ 10.000 y el depositario (deudor de la restitución) le introduce mejoras por \$ 1.000, esa inversión puede elevar el valor de la cosa a \$ 12.000, o solamente a \$ 10.500. Ahora bien, ¿cuál será el justo valor de la mejora?, ¿los \$ 1.000 que invirtió el depositario?, ¿o el monto en que aumentó el valor de la cosa, es decir, según el caso, los \$ 2.000 o sólo los \$ 500? Según la opinión que prevalece entre nuestros autores, corresponde pagar al deudor únicamente el costo de la inversión, es decir \$ 1.000 o menos, si el "mayor valor" de la cosa fuese inferior a ese monto¹⁰⁵. El deudor no puede

¹⁰³ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 828, p. 119. En contra, Borda, *Obligaciones*, L I, n° 431, p. 370, quien sostiene que sí son reembolsables las mejoras a pesar de que exista una prohibición *general* de hacer mejoras, pero no lo son cuando hubiese una prohibición específica de hacer mejoras necesarias.

¹⁰⁴ Cfr. Borda, *Obligaciones*, t. L n° 431, p. 371.

¹⁰⁵ Así, p.ej., Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, ps. 315 y 327. Incluso, agregan estos

pretender ganar con el mayor valor de la cosa, porque no es su propietario; sólo tiene derecho al reembolso de lo que él hubiese gastado. Y si los gastos son una suma superior al "mayor valor" de la cosa, debe asumir esa pérdida, pues no existe razón alguna para trasladar esa pérdida al patrimonio del acreedor.

b) El monto que debe ser reembolsado al deudor se calculará al momento de la restitución, que es, por hipótesis, también el momento en que debe hacerse el pago de ese reembolso. La cuestión es importante, porque pone al deudor a salvo de una posible desvalorización o depreciación del monto de su inversión. En suma, el monto del reembolso debe ser actualizado al momento de su pago que, salvo pacto en contrario, coincidirá con el momento de restitución de la cosa.

ni) *Derecho de retención*.—Existe acuerdo entre nuestros autores en que / en razón del crédito que el deudor tiene a su favor por el reembolso de los gastos efectuados, podrá ejercer el derecho de retención de la cosa hasta que le sea cancelado ese reembolso, fundando ese derecho en el art. 3939 del Cód. Civil»<*

d) *Los frutos*

Al respecto, por necesidad impuesta por el art 590, también se debe distinguir según que el deudor sea de buena o de mala fe. Pese a los equívocos términos del artículo citado, la buena o mala fe se predica del deudor en cuanto tal, y a que no es posible hablar —como erróneamente dice el art. 590— de *poseedor* de buena o mala fe, por la elemental razón de que si aquí se trata de la obligación de restituir la cosa a su dueño, quien está obligado a hacerlo a lo sumo podrá ser tenedor y nunca poseedor ¹⁰⁶. La buena fe del deudor consiste en obrar persuadido de la legitimidad del título, por ejemplo, la creencia del locatario de estar autorizado a la percepción de esos frutos. Hechas estas salvedades, el sistema de la ley es el siguiente: 1) si el deudores de buena fe, los frutos percibidos, naturales o civiles, le pertenecen (art. 590, primera parte); 2) si, por el contrario, el deudor es de mala fe, "está obligado a restituir la cosa con los frutos percibidos y pendientes, sin tener derecho a indemnización alguna" (art. 590, segunda parte).

autores, si el "mayor valor" de la cosa es inferior al monto de la inversión, el reembolso debe limitarse al mayor valor; en nuestro ejemplo, si por la inversión de \$ 1.000 la cosa sólo incrementó su valor en \$ 500, ésta es la suma que se debe reembolsar. En igual sentido, Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código CML*, x m, comentario al art. 589, n° 5, p. 36.

¹⁰⁶ Por todos: Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 836, p. 130.

¹⁰⁷ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 838, p. 132.

§ 431. EFECTOS CON RELACIÓN A TERCEROS

a) *Planteo de la cuestión*

Recuérdese que aquí se trata de un deudor de cosa ajena, es decir, de una obligación de restituir la cosa a su dueño; pues bien, ¿qué ocurre cuando el deudor, aprovechando que tiene la cosa, contrata con terceros concediéndoles derechos reales o personales sobre esa misma cosa? Por ejemplo, el inquilino que vende o presta la cosa alquilada. La sola mención del asunto pone en evidencia que se planteará un conflicto entre el dueño de la cosa, por una parte, y el deudor y el tercero, por la otra. ¿Cómo resuelve la ley estos conflictos?

b) *Muebles*

Si la cosa es mueble —dice el art. 597— "y el deudor hiciere tradición de ella a otro por transferencia de dominio o constitución de prenda, el acreedor no tendrá derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente cuando la cosa le haya sido robada o se hubiese perdido. En todos casos lo tendrá contra los poseedores de mala fe".

De aquí derivan las siguientes consecuencias: *T) Tercero que ha entrado en posesión de la cosa.* — Si el tercero con quien contrató el deudor ha entrado en posesión de la cosa, por un título oneroso y es de buena fe, triunfa sobre el dueño anterior, sobreentendido que la cosa no es robada ni perdida. La razón que justifica el triunfo del tercero está dada por el art. 2412, según el cual —vale reiterarlo— la posesión vale título. El tercero, poseedor de buena fe, se ha convertido en el nuevo propietario de la cosa. El anterior dueño sólo tendrá acción de daños y perjuicios en contra del deudor que le hizo perder la cosa. Si la adquisición del tercero es a título gratuito, o si su posesión es de mala fe, no podrá repeler la reivindicación que intente el verdadero dueño (doctrina del art. 2778). *IT) Concurrencia del dueño con otros acreedores por la misma cosa.* — Si el deudor se ha obligado con terceros a entregarles la cosa, pero no ha hecho tradición de ella, conservando él la tenencia, se plantea un conflicto entre estos terceros acreedores y el dueño de la cosa, que también es acreedor a la restitución. En este caso "es preferido el acreedor a quien pertenece el dominio de ella" (art. 598). La solución de la ley es justificada; a los terceros perjudicados por el deudor se les reconoce acción para reclamar daños y perjuicios ¹⁰³.

c) *Inmuebles*

Si la cosa fuere inmueble, y el deudor de su restitución ha celebrado respecto de ella contratos con terceros, el acreedor —por hipótesis dueño— "ten-

drá acción real contra terceros que sobre ella hubieren aparentemente adquirido derechos reales, o que la tuvieren en su posesión por cualquier contrato hecho con el deudor" (art. 599).

La solución de la ley es inobjetable.

I) El artículo se refiere, con razón, a terceros que en *aparencia* hubiesen adquirido derechos reales, porque no es posible que el deudor de la restitución de un inmueble —por hipótesis, simple tenedor de la cosa, como por ejemplo el locatario— pueda transferir o constituir sobre ella derecho real alguno.

H) Si el deudor ha entregado el inmueble a un tercero, es improbable que éste pueda ser calificado como poseedor¹⁰⁹, ya que recibió la cosa de quien no tenía derecho para transferir la posesión, porque nadie puede transmitir otro un derecho mejor o más extenso del que él mismo tenía; por ende, no siendo el deudor poseedor, mal puede transferir la posesión. De allí que el dueño de la cosa tenga acción de reivindicación contra cualquiera de los terceros que tuvieren la tenencia de la cosa.

DI) Podría el deudor, en cambio, otorgar a favor de terceros derechos personales o de crédito, como por ejemplo subalquilar el inmueble. En este caso, si el subinquilino es de buena fe, el plazo de la locación deberá ser respetado por el dueño de la cosa, por aplicación del art. 1498 del Cód. Civil.

3) OBLIGACIÓN DE DAR UNA COSA CIERTA PARA CONCEDER SU USO

§ 432. UBICACIÓN DE LA MATERIA. REMISIÓN

Si la obligación fuere de dar cosas ciertas para transferir solamente el uso de ellas —dice el art. 600—, "los derechos se reglarán por lo que se dispone en el título 'Del arrendamiento'. Si la obligación fuere para transferir solamente la tenencia de la cosa, los derechos se reglarán por lo que se dispone en el título 'Del depósito' ". Las cuestiones involucradas en este artículo deben ser abordadas, por razones de método, junto a los contratos respectivos, porque son tales contratos los que proporcionarán el régimen jurídico aplicable.

U) OBLIGACIONES DE DAR COSAS INCIERTAS

§ 433. NOCIÓN Y DIVISIÓN

Con la denominación "*obligaciones de dar cosas inciertas*" ^{1m} se puede designar a todas aquellas cuyo objeto está formado por una o varias cosas in-

¹⁰⁹ Cabe dejar a salvo al adquirente de inmueble por boleto de compraventa, en razón de que —para ese supuesto— será necesario analizar, en cada caso concreto, si se aplica el art. 2355 *in fine* que lo considera "poseedor legítimo".

¹¹⁰ La terminología no es uniforme. Algunos autores las llaman obligaciones de dar "cosas

dividualizadas sólo por su pertenencia a una determinada especie o género, de donde deben ser tomadas¹¹¹ para ser entregadas al acreedor.

Es importante dejar establecidas, desde el comienzo, dos aclaraciones: a) sea que las cosas pertenezcan a una especie o a un género, siempre se estará ante una obligación de dar cosas *inciertas*, en razón de que en una y otra hipótesis existe una relativa indeterminación del objeto. Es así, porque para el derecho la distinción entre género y especie es a tal punto relativa que una misma cosa (p.ej., un caballo) es una especie de un género mayor (animal) y, al mismo tiempo, puede ser el género que comprende a otras especies menores (p.ej., caballos peruanos). Todo, depende, como bien se ha dicho, del lugar donde comience la escala¹¹²; b) también es irrelevante, en principio¹¹³, que la especie o el género sea, o no, ilimitado. En efecto, una obligación no deja de ser de dar cosa *incierta* sólo porque la cosa deba ser elegida entre un número limitado de individuos. Se las llama cosas de género limitado.

Siguiendo la distribución de materias contenida en el Código Civil, la doctrina¹¹⁴ subdivide estas obligaciones en dos clases: a) las que tienen por objeto cosas *fungibles*, llamadas también obligaciones de género; b) las que tienen por objeto cosas *no fungibles*, llamadas también obligaciones de cantidad. Si bien es incuestionable que de acuerdo con un método más depurado ambas clases debieran quedar sujetas a un mismo régimen jurídico¹¹⁵, aquí se mantendrá la división sólo por la comodidad de ajusar la exposición al orden que siguen los artículos del Código Civil.

inciertas no fungibles", p.ej., Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 687, p. 166; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, p. 330; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 443, p. 376. Otros las denominan "obligaciones genéricas", p.ej., Hernández Gil, *Derecho de obligaciones*, 40, p. 130.

¹¹¹ Uso la expresión "deben ser tomadas" para significar que en la descripción de las obligaciones de dar cosas *inciertas* están incluidas tanto las de dar cosas *no fungibles*, que suponen la previa elección de las cosas a entregar, como las de dar *cantidades*, que suponen que las cosas deben ser previamente contadas, pesadas o medidas. Tomar la cosa implica elegirla, contarla, pesarla o medirla.

¹¹² Hernández Gil, *Derecho de obligaciones*, n° 41, p. 131.

¹¹³ En principio, porque, como se verá más adelante, el género limitado puede llegar a confundirse con la hipótesis de obligaciones alternativas.

¹¹⁴ P.ej., Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 846, p. 137; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 443, p. 372.

¹¹⁵ Como está propuesto en el Anteproyecto Bibiloni (art. 1085), en el Proyecto de 1936 (art. 619), en el Anteproyecto de 1954 (art. 901) y en el Proyecto de 1998, cuyo art. 706 resume: "La obligación de dar es de género si recae sobre cosas determinadas sólo por su especie y su cantidad" (art. 706).

I) OBLIGACIONES DE DAR COSAS INCIERTAS NO FUNGIBLES

§ 434. OBLIGACIONES COMPRENDIDAS

Quien se obliga a entregar, por ejemplo, un caballo o un porcino reproductor, debe una *cosa incierta no fungible*, porque esa cosa no está individualizada en concreto, sino sólo por su pertenencia a una especie o género. Las obligaciones de dar una cosa no fungible se distinguen porque en ellas, la cosa que constituye su objeto pertenece, junto con otras cosas similares, a una misma especie o género pero dentro de esa especie o género, cada individuo presenta características propias que lo diferencian de los otros individuos, razón por la cual no son intercambiables entre sí¹¹⁶. Los individuos de la especie son similares, pero no iguales.

§ 435. NECESIDAD DE ELECCIÓN DE LA COSA. RÉGIMEN

Si la cosa debida pertenece a un género, para ser entregada al acreedor debe ser previamente individualizada *en concreto*. La individualización de la cosa equivale a *elección*, es decir, a decidirse por uno de los individuos de la especie, decisión que debe hacerse respetando lo previsto en el contrato.

a) *Quién debe hacer la elección*

Un sector de nuestra doctrina suele afirmar que la elección le corresponde, en primer lugar, a quien haya sido designado en el contrato, en función de la autonomía de la voluntad, pudiendo, incluso, ser designado un tercero; si en el contrato nada se dice al respecto, concluye esta doctrina que la elección corresponde al deudor, por aplicación de la regla *favor debitoris*¹¹⁷.

No creo justificada la prelación de reglas que antecede.

El orden de las reglas aplicables debe ser el que sigue: a) en primer lugar, como principio y con el carácter de regla general, "la elección de la cosa corresponde al deudor" (art. 601)¹¹⁸; b) las partes, por estipulación expresa (art. 1197), pueden pactar lo contrario, o sea, que la elección la haga el acreedor, ambas partes en conjunto o un tercero. Al ordenar así las reglas, queda claro que la designación que se puede hacer en el contrato de una persona distinta del deudor para

¹¹⁶ Esta conclusión se extrae, a contrario, de la definición de cosas fungibles que son, según el art. 2324, "aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad".

¹¹⁷ Ésa es la opinión común de los autores: Ameal, en Belluscio (dh\ y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. DI, comentario al art. 601, n° 7, p. 50; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 444, p. 373.

¹¹⁸ De acuerdo: Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 849, p. 139; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. D, n° 690, p. 168.

que elija la cosa es una excepción y, por ende, debe estar estipulada expresamente y es de interpretación estricta.

b) Criterio de selección: calidad media

La regla general que domina esta materia puede formularse así: debe elegirse una cosa de calidad media, pues "el deudor no podrá escoger cosa de la peor calidad de la especie, ni el acreedor la de mejor calidad cuando se hubiese convenido en dejarle la elección" (art. 602). Determinar cuándo la cosa elegida es de la calidad promedio es una cuestión de hecho a dilucidar de acuerdo con las circunstancias del caso. Está claro que, en uso de su libre voluntad, las partes pueden disponer lo contrario, es decir, el deudor puede aceptar entregar una cosa de la mejor calidad elegida por el acreedor, o éste una cosa de regular calidad elegida por el deudor. Pero la regla indica que no se debe dar la peor, ni se puede pretender la mejor.

c) Criterio para elegir una cosa de género limitado

Si el género es limitado, ¿también se debe elegir la cosa de calidad promedio? Si en el caso concreto se ha establecido que se está ante una obligación de género limitado, se impone la respuesta afirmativa pues no porque el género no comprenda un número ilimitado de individuos, el deudor debe ser autorizado a elegir la que se encuentre en peores condiciones; la elección siempre debe orientarse a la de calidad promedio. Repárese, sin embargo, en que existen supuestos en que no habrá género limitado, sino obligación alternativa. Así, cuando el objeto de la obligación es plural, pero está formado por un reducido número de individuos, por ejemplo, cinco ejemplares de la *Piel de zapa* de Balzac, primera edición en francés, con anotaciones manuscritas por el propio autor y no todos los ejemplares se encontraban en el mismo estado de conservación al tiempo de nacer la obligación, ¿se debe elegir, también en este caso, con la regla de *calidad media*? Es fundamental, primero, desentrañar la verdadera naturaleza de la obligación—interpretando la real intención de las partes—, porque así como puede tratarse de una hipótesis de obligación de dar cosa incierta no fungible, también puede ser un supuesto de obligación alternativa, en la que no juega la regla indicada, sino que la elección la hará discrecionalmente el deudor¹¹⁹.

¹¹⁹ Cfr. Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t III, comentario al art 602, n°2, p. 51.

¹²⁰ Algunos autores han sostenido que no cabe discriminar, afirmando en consecuencia que la regla de la calidad media se aplica a todas las hipótesis, incluso a aquellas en las que es reducido el número de individuos de la especie; así, Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n°402. De acuerdo con la tesis propuesta en el texto, Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 444, p. 373.

§ 436. CUÁNDO SE ENTIENDE REALIZADA LA ELECCIÓN

En razón de que los efectos de esta clase de obligaciones son diversos, según se produzcan antes o después de la elección, es importante determinar cuándo se entiende realizada esa elección.

Se han ensayado distintas respuestas:

a) Tesis de la separación

Se podría pensar que la elección queda consumada cuando la persona legitimada para elegir decide separar o apartar las cosas elegidas del conjunto al que pertenecen, aunque no comunique esta decisión a la otra parte; la sola decisión de separar las cosas del conjunto importa, para esta tesis, elección. Bien se ha dicho que esta teoría debe ser rechazada, ya que el acto de separar no comunicado carece de fuerza vinculante, por la misma razón por la que no es vinculante una declaración *in mens retentum* ¹²¹.

b) Tesis de la tradición

También se ha sostenido que la elección debe entenderse consumada recién cuando la cosa elegida es puesta a disposición del acreedor, a la manera de una oferta real, o, con mayor razón, cuando se ha operado la tradición a favor del acreedor ¹²². Esta tesis merece una doble objeción: 1) confunde el momento de la elección con el del cumplimiento de la obligación, con lo cual no tendría sentido hablar de efectos para después de la elección, como está previsto en el art. 603, pues según esta tesis, la elección y el cumplimiento se confunden en un mismo acto; 2*) la tesis no tiene aplicación posible cuando la elección corresponde al acreedor, pues parte de la premisa de que quien elige y entrega es el deudor; cuando le toca elegir al acreedor, ¿cómo puede elegir el acreedor si para elegir hay que entregar? TM.

c) Tesis de la declaración unilateral recepticia

Según la tesis mayoritariamente aceptada ¹²⁴, a la que también adhiero, la elección debe entenderse realizada cuando quién debe hacerla comunica su de-

¹²¹ Cfr. con la crítica, Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 854, p. 142.

¹²² Es la tesis que defienden De Gásperi, *Derecho civil. Obligaciones*, t. O, n° 1021, y Bibiloni, *Anteproyecto*, art. 1088.

¹²³ Ameallo Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 603, n° 1, p. 53.

¹²⁴ Cfr. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 402, p. 273; Lafaille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", vol. II, n° 1020, p. 136; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 466;

cisión a la otra parte. Se trata de una declaración unilateral¹²⁵ y recepticia que se caracteriza por estar destinada a ser conocida por su destinatario, pero para que produzca sus efectos es suficiente que sea receptada por él, aunque —de hecho— no la conozca; se entiende recibida cuando ingresa en el ámbito de su dominio, pues cuando ello ocurre el destinatario está en condiciones de tomar conocimiento de la declaración o sólo de él depende conocerla¹²⁶. Esta tesis también es aplicable cuando quien debe hacer la elección es el acreedor, ya que ningún obstáculo se opone para considerar que el deudor es, en este caso, el destinatario de la declaración.

§ 437. EFECTOS

Para enunciar y, en su caso, analizar los efectos que genera la obligación de dar cosas inciertas no fungibles, es pertinente distinguir según se produzcan antes o después de la elección.

a) Con anterioridad a la elección

Si estamos en presencia de obligaciones cuyo objeto son cosas que pertenecen a un género, se ha de tener presente que el género, como la cantidad, *nunca perecen (genusnunquamperit)*. A partir de esta premisa se comprenderá por qué el art. 604 dispone que "Antes de la individualización de la cosa no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito". No tiene aplicación, aquí, la fuerza extintiva del caso fortuito. En efecto, si bien es sabido que según la regla general cuando la cosa debida se pierde por caso fortuito, el deudor queda desobligado, ello no ocurre en este caso, puesto que es imposible que el caso fortuito destruya íntegramente el género porque éste, como se dijo, nunca perece. Por lo tanto, aun cuando el *casus* destruya una parte del género, subsistiendo otra parte de ese género, la obligación debe cumplirse.

Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 858, p. 144; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 446, p. 375; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código Civil*, t. III comentario al art. 603, n° 1, p. 53.

¹²⁵ Una importante doctrina, respaldada por la autoridad de Salvat, sostiene que para que haya elección debe haber acuerdo entre partes; estima esta doctrina que sólo con el acuerdo está consumada la elección: Salvat, *Obligaciones en general*, t 1, n° 408, p. 366. Esta tesis es inadmisibles porque ignora que, por regla general, la elección le corresponde al deudor (art. 601), y erigir la elección en acto bilateral importa privarlo indebidamente de esa facultad.

¹²⁶ Esta declaración es también —como la interpelación moratoria— una especie que la doctrina italiana y alemana denominan *participaciones* o *reclamaciones*: Santero Passarelli, *Doctrinas generales del derecho civil*, n° 21, p. 117; Enneccerus-Njpperdey, *Derecho civil*, 1.1, vol. II, "Parte general", § 128, p. 12.

Pero si se trata de cosas que pertenecen a un género limitado y el *casus* las destruye en su totalidad, entonces, sí, la obligación se habrá extinguido por imposibilidad de pago (doctrina del art. 893)^{1*7}.

b) Incumplimiento de la obligación de elegir

Si la elección de la cosa corresponde al deudor y éste incumple ese deber, ¿qué derechos se le reconocen al acreedor? La respuesta está en el art 605: "La obligación de dar cosas inciertas no fungibles, determinadas sólo por su especie o cantidad, da derecho al acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación con los perjuicios e intereses de la mora del deudor, si hubiese incurrido en ella, o para disolver la obligación con indemnización de perjuicios e intereses" ¹.

En concreto: 1°) si el deudor incumple la obligación de elegir, el acreedor puede demandar su ejecución forzada que, como se trata de *un hacer*, tendrá las limitaciones propias de esas obligaciones; 2°) podrá también exigir la ejecución en especie de la obligación de dar, eligiendo él por el deudor y adquiriéndolas de terceros a su costa; 3°) podrá tomar las cosas del patrimonio del deudor, si éste cuenta con ellas; 4°) podrá pedir la resolución/del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1204; 5°) en todos los casos, podrá añadir acción para reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Para determinar si el deudor incurrió en mora respecto de la obligación de elegir la cosa, se aplicarán las reglas generales (art. 509).

Por último, si la elección corresponde al acreedor y éste incumple su obligación, el deudor tendrá derecho: 1°) para requerir el cumplimiento en especie, forzándolo a elegir (sin ejercer violencia física, se entiende); 2°) constituir al acreedor en mora, mediante ofertas reales de cumplimiento, aunque ello importe elegir las cosas a entregar, elección que estará justificada ante la *mora creditoris*; 3°) proceder al pago por consignación, de acuerdo con las reglas generales.

c) Después de la elección

Después de la elección de la cosa, la obligación cambia de naturaleza, transformándose en una de dar un cuerpo cierto y, por ende, queda sujeta al régimen de esta obligación. Así está establecido en el art. 603: "Después de individualizada la cosa por la elección del deudor o del acreedor, se observará lo dispuesto respecto a las obligaciones de dar cosas ciertas".

^{1 2 7} De esta cuestión me ocuparé al tratar los "medios extintivos".

^{1 2 8} Se podría pensar que este artículo se refiere al incumplimiento de la obligación de entregar la cosa, pero no es así, porque la entrega supone previa elección y si la cosa ya ha sido elegida, su incumplimiento se rige por las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas.

2) OBLIGACIONES DE DAR CANTIDADES DE COSAS

§ 438. NOCIÓN. INNECESARIEDAD DE MANTENER NORMAS PARTICULARES

Según el art. 606, "La obligación de dar cantidades de cosas es la obligación de dar cosas que consten de número, peso o medida". El objeto consiste aquí en cosas que, perteneciendo a la misma especie o género, son fungibles, pudiendo en consecuencia intercambiarse unas por otras y, para ser individualizadas, deben contarse, pesarse o medirse, razón por la que se las llama "de cantidad". La doctrina, cuando se ocupa de estas obligaciones, pone en evidencia que no es necesario mantener la categoría, que bien puede quedar sometida a una única regulación que debiera destinarse a las obligaciones de dar cosas *inciertas*, en general¹²⁹. Esta conclusión se funda en que el derecho le presta, en esta parte¹³⁰, particular atención a las cosas inciertas, porque cuando son objeto de una obligación *de dar*, presentan la dificultad —común a todas ellas— de que no están individualizadas en concreto y sólo se sabe que pertenecen a una misma especie o género; no es relevante —a los fines de disciplinar jurídicamente las obligaciones de dar esta clase de cosas— que sean o no fungibles o que puedan, o no, contarse, pesarse o medirse.

Pero nuestro Código les ha dispensado normas particulares, los arts. 607 a 615, algunos de los cuales son sobreabundantes o no son sino reiteraciones de otras reglas ya contenidas en el Código, como se comprueba con la mera lectura de sus disposiciones.

§ 439. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA CANTIDAD

Tratándose de cosas fungibles, cualquier individuo de la especie equivale a otro de la misma especie; en consecuencia, no se presenta aquí un problema de elección de la cosa que será entregada¹³¹, como ocurre con las de dar cosas no fungibles. Sí es necesario, en cambio, individualizarlas, lo que tiene lugar cuando "fuesen contadas, pesadas o medidas por el acreedor" (art. 609, *infine*). El conteo, el pesaje o la medición para individualizar la cantidad y la calidad le corresponde, en principio, al acreedor. Por acuerdo de partes, puede el deudor reservarse la facultad de efectuar él tales operaciones. En cualquier caso, la par-

¹²⁹ Existe acuerdo en la doctrina y en la legislación acerca de que las obligaciones de dar cosas *inciertas*, sean fungibles o no fungibles, deben quedar sometidas a un mismo régimen: Hernández Gil, *Derecho de obligaciones*, n° 41, p. 131; Messineo, F., *Manual*, t. IV, n° 5, p. 29; entre nosotros: Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 868, p. 152. Comp. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 704, p. 179.

¹³⁰ Sin perjuicio, por cierto, de que en el campo de los derechos reales, la calificación, caracterización y disciplina jurídica de las cosas inciertas tenga importancia relevante.

¹³¹ No hay, en suma, interés jurídico en elegir: Borda, *Obligaciones*, t. I, n° 452, p. 377.

te a quien no le corresponde contar, pesar o medir, tendrá siempre el derecho de controlar y, en su caso, de desaprobar lo que la otra parte haga. Por ello se ha sostenido que la individualización es un acto *bilateral*¹³².

§ 440. EFECTOS Y RÉGIMEN DE LOS RIESGOS

Para determinar los efectos y en particular el régimen de los riesgos, es necesario distinguir según se produzcan antes o después de la individualización, de acuerdo con las siguientes pautas.

a) Antes de la individualización

Antes de la individualización, el deudor queda equiparado al deudor de cosas genéricas y, por ende, no podrá 'eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito', según está dispuesto en el art 604 para las obligaciones de dar cosas no fungibles, aplicable por analogía¹³³. En definitiva, la regla *genus nunquam perit* se aplica también a las obligaciones de "cantidad", porque, como el género, nunca perece.

b) Después de la individualización

En primer lugar, cabe dejar sentadas estas premisas: I') se entiende que la obligación quede convertida, después de la individualización, en una de dar cosas ciertas; b) en consecuencia, cumplirá el deudor la obligación entregando "en lugar y tiempo propio, una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad" (art. 607).

Después de la individualización y antes de la entrega, ¿quién debe soportar los riesgos sobre la cosa? Si, como quedó expuesto en el párrafo anterior, después de la individualización la obligación viene a ser de dar cosas ciertas, el régimen de los riesgos es el mismo que rige para esa clase de obligación. Por ello, los arts. 610 a 615, que se refieren a los riesgos, debieron suprimirse por no ser más que reiteraciones innecesarias de las reglas propias de las obligaciones de dar cosas ciertas¹³⁴, como se verá:

1) Obligación de entregar con el fin de constituir o transferir derechos reales. —En esta hipótesis, se producen estas consecuencias: 1[^] si la cantidad ya individualizada se perdiese o deteriorase en su totalidad por *Culpa del deu-*

Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 871, p. 154.

De acuerdo, Llambías, *Obligaciones*, X. II-A, n° 875, p. 158.

De acuerdo: Borda. *Obligaciones*, 1.1, n° 457, p. 378.

dor, "el acreedor tendrá derecho para exigir igual cantidad de la misma especie y calidad, con más los perjuicios e intereses, o para disolver la obligación con indemnización de perjuicios e intereses" (art. 610); 2°) si se perdiese o se deteriorase *sólo en parte, sin culpa del deudor*, "el acreedor tendrá derecho para exigir la entrega de la cantidad restante y no deteriorada, con disminución proporcional del precio si estuviese fijado, o para disolver la obligación" (art. 611); 3°) si se perdiese o deteriorase *sólo en parte por culpa del deudor*, el acreedor tendrá derecho para exigir la entrega de la cantidad restante y no deteriorada, y de la correspondiente a la que faltare o estuviere deteriorada con los perjuicios e intereses, o para disolver la obligación con indemnización de perjuicios e intereses (art. 612); 4°) si se perdiese o deteriorase *en su totalidad sin culpa del deudor*, el contrato queda disuelto, por aplicación de las reglas generales, ya que el Código no trae una disposición específica que, por otra parte, no era necesaria.

U) *Obligación de entregar con el fin de restituir cantidades recibidas.* — En este caso las consecuencias son las siguientes: 1°) si la cantidad ya individualizada se perdiese o deteriorase *en el todo por culpa del deudor*, "el acreedor tendrá derecho para exigir otra igual cantidad de la misma especie y calidad con los perjuicios e intereses, o su valor con los perjuicios e intereses" (art. 613); 2°) si se perdiese *sólo en parte sin culpa del deudor*, "el acreedor sólo podrá exigir la entrega de la cantidad restante" (art. 614, primer supuesto); 3°) si se deteriorase *sólo en parte sin culpa del deudor*, "el acreedor recibirá la parte no deteriorada con la deteriorada en el estado en que se hallaren" (art. 614, segundo supuesto); 4°) si se perdiese o se deteriorase *sólo en parte por culpa del deudor*, "el acreedor tendrá derecho para exigir la entrega de la cantidad restante no deteriorada, y de la correspondiente a la que faltare o estuviere deteriorada, con los perjuicios e intereses, o para exigir la entrega de la cantidad restante, no deteriorada, y el valor de la que faltare o estuviere deteriorada con los perjuicios e intereses, o para disolver la obligación con indemnización de perjuicios e intereses" (art. 615).

c) Incumplimiento

En caso de incumplimiento, el acreedor tiene derecho "a exigir del deudor moroso otra igual cantidad de la misma especie y calidad con los perjuicios e intereses, o su valor, según el valor corriente en el lugar y día del vencimiento de la obligación" (art. 608). Es ésta otra reiteración de los principios generales¹³⁵.

III) OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO

§ 441. REMISIÓN

Las obligaciones "de dar dinero", por su importancia y por la complejidad de la cuestión, serán abordadas en el capítulo siguiente, a donde remito.

B) OBLIGACIONES DE DAR SEGÚN
LA COMPLEJIDAD DEL OBJETO

§ 442. UBICACIÓN DEL TEMA, DIVISIÓN

Cuando la obligación tiene por objeto una cosa concreta y determinada, incluida una cantidad ya individualizada (contada, pesada o medida), se puede decir que tiene objeto *singular*, por ejemplo, se debe la casa "La soñada", o un caballo, o una bolsa de 100 kilos de harina, etc.; siendo el objeto singular, el deudor está obligado a entregar "esa" cosa, porque aunque sea una cantidad, al estar individualizada, se la considera como una sola cosa. Cuando, en cambio, el objeto está formado por varias cosas distintas entre sí, se puede decir que el objeto es *complejo o compuesto*; por ejemplo, si la obligación recae sobre las casas "La soñada" y "Los sauces", o se mencionan como debidos un caballo, un toro y un porcino, o una bolsa de harina y otra de azúcar. En este caso, siendo el objeto plural o compuesto, porque cada una de las cosas que integran la pluralidad es en sí misma una unidad, corresponde interrogarse si el deudor está obligado a entregar *todas* las cosas designadas o sólo *una* de ellas. La respuesta depende de la voluntad e intención de las partes expresada en el contrato: si las partes han querido que se deban *todas* las cosas, la obligación será de objeto complejo y *conjunto*; por el contrario, si sólo han querido que se deba una sola de las cosas que integran la pluralidad mencionada, la obligación será de objeto complejo y *disyunto*. Las de objeto *conjunto* presentan cierto paralelismo con las de objeto singular, porque si bien no se debe una sola cosa sino varias, esas varias pueden ser consideradas, en conjunto, como una unidad".

Queda así aislada una hipótesis en particular, las obligaciones de objeto *complejo y disyunto*, que en adelante se mencionarán sólo como de objeto *disyunto*—porque esta calificación presupone que el objeto está integrado por varias cosas— que, a su vez, se subdividen en *alternativas y facultativas*.

I) OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

§ 443. DEFINICIÓN LEGAL Y CARACTERES

El art. 635 hace suyas las enseñanzas de Savigny¹³⁷ al definir la obligación alternativa como aquella *"que tiene por objeto una de entre muchas prestaciones independientes y distintas las unas de las otras en el título, de modo que la elección que deba hacerse entre ellas, quede desde el principio indeterminada"*. Dejando de lado disquisiciones puramente teóricas sobre la naturaleza jurídica de esta obligación¹³⁸, creo que la definición legal permite dejar sentadas conclusiones válidas y útiles para la correcta interpretación de su disciplina jurídica.

Son conclusiones válidas que se extraen de la definición legal, que al mismo tiempo la caracterizan, las siguientes: a) tiene un objeto plural; si bien el art. 635 refiere a *"muchasprestaciones"*¹³⁹, para que haya alternativa es suficiente con dos, ya que con ese número el deudor puede elegir una de ellas para cumplir; b) está claro que las prestaciones son independientes entre sí, lo que determina, como se verá luego, importantes consecuencias; c) las distintas prestaciones pueden ser, o no, de la misma naturaleza; así, es posible que el objeto consista en dar y en hacer o dar y no hacer; y todavía, si todas las prestaciones fuesen de dar, podrá incluir cosas ciertas, inciertas o cantidades¹⁴⁰; d) es

¹³⁷ Savigny, *Obligations*, t.1, § 38, p. 430.

¹³⁸ Se pueden mencionar, por lo menos, dos grupos de teorías que procuran explicar la naturaleza jurídica de la obligación alternativa: a) por un lado, las que sostienen que, en razón de que el objeto está integrado por varias prestaciones, esta obligación no contiene un vínculo único, sino una pluralidad, con la particularidad de que el cumplimiento de una de tales prestaciones provoca la extinción de los restantes vínculos; b) por otro lado, están las teorías que afirman que en la alternativa hay un solo vínculo, teorías que se ofrecen en varias versiones: I) según una versión, no obstante ser varias y distintas las cosas que integran el objeto, se debe considerar que tiene por objeto una *sola cosa*, sólo que ésta está indeterminada hasta el momento de la elección; II) según otra versión, cada una de las cosas que integran el objeto debe ser considerada como si fuera, cada una de ellas, un objeto único, sólo que sujeto a la condición suspensiva de que sea elegido por el deudor; III) según una tercera versión, hay un solo vínculo con pluralidad de objetos, cada uno de los cuales es debido por el deudor, pero bajo una condición resolutoria consistente en que si el deudor cumple entregando "otro" objeto, el no elegido se extingue. Sobre estas teorías, Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 635, n° 20, p. 388.

¹³⁹ Aquí, como en pocos lugares, viene bien la expresión "prestaciones" utilizada en el art. 635, porque, como lo ratifica el art. 636, en esta clase de obligaciones el deudor puede estar obligado, alternativa mediante, a dar, hacer o no hacer, que, en tanto *comportamientos*, son —en sentido auténtico— "prestaciones".

¹⁴⁰ Si bien la situación más clara de obligación alternativa se presenta cuando las distintas prestaciones están determinadas y son de distinta naturaleza; p.ej., me obligo a dar el caballo "Bucéfalo" o el automóvil dominio ABR-130, nada impide, como se verá luego, que las prestaciones no estén inicialmente determinadas o que sean de la misma naturaleza.

de la prestación de esta obligación, si se requiere la necesidad de *elegir* una de las prestaciones contenidas en el objeto, opción que, en principio, corresponde al deudor; e) desde el nacimiento de la obligación y hasta el momento de la opción, el objeto está indeterminado, lo que también da lugar a importantes consecuencias.

El cuadro que antecede se completa con dos menciones especiales: a) la obligación alternativa constituye un vínculo jurídico *único*; es decir, la circunstancia de que su objeto sea *plural* no significa que existan tantos vínculos como prestaciones integren el objeto. Se trata de un vínculo único con pluralidad de objetos; 6) si bien el objeto de la obligación es inicialmente plural, el objeto del pago es *único*¹⁴¹, por cuanto el pago no podrá tener lugar si antes el deudor no ha hecho su opción y, al tiempo de hacerla, habrá cesado la pluralidad¹⁴².

§ 444. DIFERENCIAS CON OTRAS OBLIGACIONES

Es importante distinguir las obligaciones alternativas, con las de género limitado y con las facultativas.

a) Con las de género limitado

En principio, la diferencia entre una obligación "de género" (cosas inciertas) y una "alternativa" es notoria por cuanto en la primera se debe una o varias cosas individualizadas únicamente por su pertenencia a una misma especie o género (p.ej., una vaquillona, diez mil litros de nafta, etc.); en tanto que en la segunda se debe una sola a elegir entre varias cosas heterogéneas y determinadas que forman un conjunto (p.ej., la obra de derecho civil de Machado, o la de derecho penal de Soler o la de derecho comercial de Siburú que poseo en mi biblioteca).

Pero la cuestión se complica cuando se trata de distinguir una obligación alternativa de otra de género limitado¹⁴³. Así, cuando el deudor está obligado a entregar un porcino, a tomar de los diez que posee en su criadero, esa obligación, ¿es alternativa o de género limitado? Se podría decir que es de género limitado porque la cosa debida sólo está individualizada por referencia a un género que no deja de ser tal por estar integrado por unos cuantos individuos; pero también se podría decir que es alternativa porque, en definitiva, se trataría de

¹⁴¹ Sobre objeto del crédito y objeto del pago, ver *supra*, § 132.

¹⁴² Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones*, 1.1, n° 558, p. 482; Lafaille, *Tratado*, t. VL "Obligaciones", 1.1, n° 982, p. 106; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 497; Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 636, n° 78, p. 409; Llambías, *Obligaciones*, t. U-A, n° 993, p. 302; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 510, p. 420.

¹⁴³ Cuestión de la que ya me ocupé a propósito del criterio con que se debe elegir la cosa en las obligaciones de género: ver *supra*, § 435, c).

una obligación con varias cosas, para cuyo cumplimiento el deudor puede optar por una de ellas. ¿Qué decidir? La importancia práctica de la cuestión se hace patente en un punto: si es alternativa, el deudor podrá optar por cualquiera de las cosas, sea la de mayor o la de menor valor; en cambio, si es de género, deberá elegir una de calidad media ¹⁴⁴.

Si bien no existe un criterio taxativo para establecer la distinción, sostengo que la decisión deberá tomarse considerando las siguientes pautas: 1°) en primer lugar, como es obvio, debe prevalecer la real voluntad e intención de las partes; 2°) si las partes, al tiempo de contratar, han considerado individualmente cada una de las cosas que integran el conjunto, está claro que han querido que la obligación sea alternativa; 3°) todo dependerá, en definitiva de las circunstancias de cada caso y de la prudente interpretación del juez.

b) Con las facultativas

La diferencia entre una obligación alternativa y una facultativa es menos complicada: a) en la alternativa, el objeto está compuesto por varias cosas, cualquiera de las cuales podrá ser dada en pago; en la facultativa, en cambio, se debe una cosa determinada como prestación principal, aunque el deudor puede reservarse la facultad de reemplazarla por otra, designada en el contrato como accesorio; b) en la alternativa, si una de las cosas perece o se pierde, el deudor estará obligado a entregar otra de las cosas que integran el conjunto; en la facultativa, en cambio, si es imposible de cumplimiento el objeto principal sin culpa del deudor, no está obligado a entregar la accesorio, porque la obligación se habrá extinguido; c) en la alternativa, la elección de la cosa puede corresponder al deudor, al acreedor o, incluso, a un tercero; en la facultativa, la facultad de reemplazar el objeto principal por el accesorio le corresponde exclusivamente al deudor ¹⁴⁵; d) por último, en caso de duda si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa (art. 651).

§ 445. LA ELECCIÓN. EL DERECHO DE OPCIÓN

Es esencial en la obligación alternativa ¹⁴⁶ la elección de una de las prestaciones; a partir de ella cesa la incertidumbre y queda individualizado el objeto del pago. Al respecto, son varias las cuestiones que presentan interés.

¹⁴⁴ Cfr. Borda, *Obligaciones*, L I, n° 510, p. 420.

¹⁴⁵ Cfr. Borda, *Obligaciones*, t L n° 511, p. 421.

¹⁴⁶ La elección es el rasgo típico de la obligación alternativa: Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 993, e, p. 305.

a) A quién corresponde la elección. Terminología

Según nuestro sistema, en las obligaciones alternativas "corresponde al deudor la elección de la prestación de uno de los objetos comprendidos en la obligación", dice el art. 637. Ésa es la regla general. Por ello, cuando el que debe elegir es el deudor, la obligación es denominada *alternativa regular*. Como es lógico, por imperio de la autonomía de la voluntad pueden las partes pactar válidamente que la elección la haga el acreedor o un tercero designado. En este caso, correspondiendo la elección al acreedor o a un tercero, la obligación es llamada *alternativa irregular*.

Interesa destacar algunas cuestiones. Así:

I) Supóngase que el deudor no cumple la obligación, sea por haber demorado la elección de la cosa o por cualquier otra causa a él imputable; ni aun en ese supuesto perderá el deudor el derecho de elección. En efecto, ante el incumplimiento, tendrá el acreedor derecho a demandar judicialmente al deudor, pero no podrá reclamar el cumplimiento de una prestación específica, sino que deberá pedir al juez que la condena contenga una expresa intimación al deudor para que proceda a elegir la prestación para, luego, cumplir, y si esa intimación no surte el efecto buscado, recién la elección podrá efectuarla el acreedor¹⁴⁷.

U) Si la elección debe ser hecha por el acreedor y no la hace, el deudor deberá intimarlo, y si el intimado no elige, el juez podrá autorizar al deudor a que lo haga, o lo hará él, según su prudente arbitrio. Si el tercero designado no realiza la elección en el tiempo previsto, lo hará por él el juez, si las partes de común acuerdo, no disponen lo contrario (p.ej., designando otro tercero o autorizando al deudor o al acreedor).

b) Momento en que se consuma la elección

¿Cuándo se entiende efectuada la elección? Se puede decir que existe consenso en nuestra doctrina en un punto: cuando la elección corresponde al acreedor o a un tercero, la elección se entiende consumada cuando el elector manifiesta su voluntad en tal sentido comunicando su decisión a la otra parte o a las partes interesadas¹⁴⁸, siguiendo las pautas de la teoría de la recepción ya analizada¹⁴⁹.

Distinta es la cuestión cuando la elección debe efectuarla el propio deudor. Sobre este asunto la doctrina está dividida:

¹⁴⁷ De acuerdo con esta interpretación, Galli, en Salvat, *Obligaciones en general*, t L n° 576-b; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 514, p. 423.

¹⁴⁸ Cfr. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 516, p. 424; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. H, n° 663 y n° 664, p. 150.

¹⁴⁹ Ver *supra*, aquí, § 136, c).

I) *Tesis de la entrega o cumplimiento*.—Según una primera opinión, para que se considere realizada la elección no es suficiente que el deudor manifieste su voluntad, ni siquiera que la comunique a la otra parte, sino que es necesario, además, que *entregue la cosa* al acreedor, o si el objeto elegido consistiese en un "hacer" o en un "no hacer", sería preciso que *cumpla* la prestación elegida¹⁵⁰. Los partidarios de esta tesis invocan estos fundamentos: 1º) la nota al art. 637, donde el codificador, refiriéndose a la elección del deudor, dice que "una declaración verbal no le obligaría" y agrega "puede cambiar de idea hasta que haya cumplido con la obligación"; 2º) dejar librada la elección a la mera declaración de voluntad del deudor implicaría convertirlo en "dueño" de la obligación, ya que podría por su sola decisión y en cualquier momento, transformarla en una sin alternativa o hacerle perder al acreedor alguna expectativa que pudiera tener sobre otros objetos no elegidos¹⁵¹.

H) *Tesis de la declaración unilateral y recepticia*. — Una segunda opinión, a la que adhiero, considera que la elección por el deudor queda consumada cuando su declaración de voluntad —acto unilateral— conteniendo la opción es receptada por el acreedor¹⁵². Las consideraciones y fundamentos de esta tesis pueden resumirse así: 1º) más allá, de que las notas no son ley (dicho para recordar que las afirmaciones del codificador en sus notas no son vinculantes), lo cierto es que los argumentos dados por los sostenedores de la tesis contraria no son convincentes; 2º) suponer que la elección del deudor por simple declaración recepticia puede perjudicar al acreedor es un temor infundado. Si el temor consiste en que el deudor puede hacer la elección de *inmediato* sin esperar el plazo de cumplimiento, el remedio estará en fijar plazo para la elección que, incluso, puede ser establecido para un momento previo al cumplimiento;

¹⁵⁰ Esta tesis ha tenido sustento entre los romanistas: Maynz, *Curso de derecho romano*, t. II, § 276; Windscheid, B., *Diritto delle pandette*, t. II, § 255. Entre nuestros autores: Machado, *Exposición y comentario*, t. II, p. 360; Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 572, p. 493; De Gásperi y Morello, *Derecho civil. Obligaciones*, t. II, n° 1117, p. 684, y, en especial, Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. n, n° 662, p. 150.

¹⁵¹ Al respecto afirma Cazeaux: No creemos que la elección pueda hacerse antes, "por medio de una declaración, porque ello significaría dejar en manos de una sola de las partes la modificación extemporánea de lo que se entendió debía ser la obligación. Si por voluntad común se ha establecido una alternativa de varias prestaciones y se ha dado un plazo para el cumplimiento, es evidente que la obligación debe continuar tal cual ha sido concebida, hasta su vencimiento, sin que a uno solo de los interesados le sea dado disminuir o aumentar las ventajas o las cargas de la misma", en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 662, p. 150. Pero, como se dice en el texto, si el temor está en que el deudor haga una elección *inmediata* —sin esperar el plazo—, la cuestión es fácilmente remediable: bastará que el acreedor ponga plazo también a la elección, prohibiendo que se haga de inmediato.

¹⁵² Galli, en Salvat, *Obligaciones en general*, LI, n° 573-a; Llambías, *Obligaciones*, t. Ü-A, n° 1005, p. 312. En particular sobre esta tesis, recalando la importancia de la naturaleza *recepticia* de la declaración, Hernández Gil, *Derecho de obligaciones*, n° 48, p. 148.

3°) pero aun en este último caso, siempre es importante tener presente que la elección se hará por "declaración comunicada" y no se confundirá la elección con el cumplimiento mismo; 4°) si se identifica la elección con el cumplimiento, se corre el riesgo de convertir la elección en un acto bilateral, privando al deudor de uno de sus derechos; 5°) la tendencia es la de hacer prevalecer la teoría de la declaración¹⁵³.

c) Forma y criterio para efectuar la elección

I) Respecto de la forma, la elección —en tanto declaración— es de formas libres, es decir, puede el elector manifestar su voluntad por cualquiera de los medios idóneos, por escrito, verbalmente, por teléfono, etc. Puede ser expresa o tácita.

II) Respecto del criterio con que debe hacerse la elección, a diferencia de lo que ocurre con las de género o cantidad, en las que se debe elegir la cosa de *calidad media*, aquí el deudor goza de plena libertad para efectuar la elección. No existiendo restricciones al respecto, podrá elegir la más valiosa o la menos valiosa, según su decisión. No se ve aquí perjuicio para el acreedor, pues siendo ésa la naturaleza de la obligación alternativa, el acreedor —al concertarla— debe conocer individualmente las distintas prestaciones y obrar en consecuencia. Se supone que habrá tenido sus razones para aceptar ser pagado con *cualquiera* de las cosas comprendidas en la pluralidad del objeto.

§ 446. EFECTOS DE LA ELECCIÓN, EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

La *pluralidad* de prestaciones, propia de la obligación alternativa, cesa a partir del momento en que se consuma la elección del objeto. A partir de allí, la obligación se transforma en una de dar cuerpo cierto, si se optó por un *dore*, o en una de prestación determinada, si se optó por un *facere* o un *non facere*¹⁵⁴. La elec-

¹⁵³ El sistema del Proyecto de 1998 es el siguiente: art. 732: "Elección. La elección entre las varias prestaciones puede ser efectuada libremente, y: a) Corresponde al deudor, salvo que haya sido estipulado que corresponda al acreedor o a un tercero, b) Se la realiza por medio de cualquier manifestación de la voluntad, siempre que sea comunicada al acreedor si la lleva a cabo el deudor, al deudor si la lleva a cabo el acreedor, y a ambas partes si la lleva a cabo un tercero, c) En el caso de que quien tiene a su cargo la elección no la realice, y esté en mora, la facultad de elegir, si el renuente es el deudor, pasa al acreedor; si el renuente es el acreedor, pasa al deudor; y si el renuente es el tercero, le corresponde al deudor, d) Debe recaer sobre la totalidad de una de las prestaciones, e) Es irrevocable. Pero, si se trata de prestaciones periódicas, la elección hecha para un período no obliga para los siguientes.../.) Una vez realizada se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas, o de hacer o de no hacer, según corresponda".

¹⁵⁴ Cfr. Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 637, n° 1, p. 173.

ción, en suma, *concentra* la obligación en un solo objeto; de allí que a este efecto o consecuencia de la elección se lo denomine *principio de concentración*.

a) *Concentración e irrevocabilidad*

La concentración produce un efecto de descarte, en el sentido de que deja fuera del objeto de la obligación a todas aquellas prestaciones no elegidas. Los deberes esenciales del deudor, como el de conservación y entrega, se concentran en un solo objeto; sobre las restantes ya no pesa el deber de "conservar" para "cumplir". De allí que si bien el deudor está originariamente obligado a diversas prestaciones, después de la elección sólo está obligado *"a cumplir con una de ellas (que es la elegida) íntegramente"* (art. 636). Por razones elementales de seguridad jurídica, la elección del objeto tiene carácter *irrevocable*, es decir, no puede ser modificada esa opción por ninguna causa, salvo que las partes, de común acuerdo, decidan lo contrario¹⁵⁵.

b) *Prestaciones periódicas*

Si la obligación alternativa consistiese en prestaciones periódicas que deben cumplirse por meses o por años, la opción hecha para un período no obliga para los otros (art 640); por ejemplo, si se tratara de una renta vitalicia que obliga al deudor a pagar anualmente una suma de dinero o, como alternativa, el 30% de los animales nacidos en el establecimiento que constituye el capital, el hecho de que un año el deudor opte por pagar la suma de dinero no implica que el año siguiente esté obligado a repetir y pagar dinero, ya que podrá optar por entregar los animales. El fundamento de esta solución radica en que la obligación que corresponde a cada período es independiente respecto de las que corresponden a los otros períodos, tal como lo he sostenido a propósito del principio de integridad del pago, adonde me remito¹⁵⁶.

c) *Supuesto de evicción o de vicios redhibitorios en la cosa elegida*

Si la cosa elegida fue entregada al acreedor y luego éste la pierde a manos de un tercero que acredita tener un mejor derecho, produciéndose una situación de evicción, o bien si la cosa entregada tiene vicios ocultos que la tornan impropia para su destino, presentándose una hipótesis de vicios redhibitorios, ¿tendrá el acreedor derecho a que se le entregue otra de las cosas que fueron descartadas por la elección de la perdida o deteriorada?

Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1009, p. 318.
Sobre este tema, *supra*, § 140, a), IT).

La acetina se ha dividido:

1°) Piensan unos que el acreedor tiene derecho, si no opta por la indemnización de los perjuicios, para exigir la entrega de alguna de las otras cosas que fueron descartadas por el deudor ¹⁵⁷. Esta tesis se apoya en el art 2152, según el cual, cuando la donación ha tenido por objeto dos o más cosas, bajo alternativa, "y le fue quitada por sentencia la cosa que se le había entregado, el donatario tiene derecho a pedir que la donación se cumpla en las otras cosas". La doctrina que se ha ocupado del tema justifica la decisión del art. 2152 en el carácter irrevocable de las donaciones, ya que este carácter podría verse afectado si se le permitiera al donante quedar impune ante una mala elección de la cosa ¹⁵⁸.

2°) Otra doctrina por el contrario, sostiene que la solución del art. 2152 es exclusiva para las donaciones e inaplicable, en general, a otras obligaciones, porque alteraría el carácter irrevocable de la elección; después de la elección la obligación alternativa se ha convertido en otra dar un cuerpo cierto y, por lo tanto, si esa cosa se pierde por evicción o por vicios redhibitorios, se aplicarán los principios generales, esto es, tendrá el acreedor derecho a ser indemnizado, pero no se podrá dejar sin efecto ni la elección ni el principio de concentración.

d) *Divisibilidad e indivisibilidad*

Ya se sabe que antes de la concentración, cualquiera de las prestaciones puede ser objeto de pago; ahora bien, si se trata de prestaciones heterogéneas, por ejemplo, debo 10.000 pesos o el automóvil dominio ABR-130, ¿cómo debe ser considerada esta obligación a los fines de su calificación como divisible o indivisible? Está claro que antes de la elección, esa calificación no es posible, ya que estamos en presencia de un objeto divisible y de otro indivisible. Es obvio, en consecuencia, que la calificación sólo será factible *después* de la elección, como se lee en el art. 672: "Las obligaciones alternativas que tienen por objeto prestaciones de naturaleza opuesta, no son consideradas como divisibles o indivisibles sino después de la opción del acreedor, o del deudor con conocimiento del acreedor".

§ 447. EFECTOS DERIVADOS DE LA INDEPENDENCIA DE LAS PRESTACIONES

Ya fue dicho que uno de los rasgos típicos de las obligaciones alternativas consiste en el carácter independiente de las distintas prestaciones que confor-

¹⁵⁷ Sostiene esta tesis, Busso, *Código CMI*, t. IV, comentario al art. 637, n° 90, p. 411.

¹⁵⁸ Cfr. Machado, *Exposición y comentario*, t V, p. 566; Salvat y Acuña Anzorena, *Fuentes de las obligaciones*, t. III, n° 2313, nota 95-a, p. 436.

¹⁵⁹ Llambías, *Obligaciones*, t I-A, n° 1010, p. 318.

man el objeto; se trata, dice el art. 635, de prestaciones "*distintas* las unas de las otras en el título".

a) Alcances

Antes de señalar los efectos, conviene precisar y dejar establecidas algunas precisiones.

I) En primer lugar, debe tratarse de "prestaciones" independientes; es decir, pese a la letra del art. 636, *in fine* considero que no hay obligación alternativa (*sensu stricto*) cuando la prestación es una sola y las alternativas posibles están únicamente referidas a las *circunstancias* de la obligación; por ejemplo, cuando se ha dejado a elección del deudor, entre varios posibles, el lugar de pago; más que obligación alternativa, habría aquí obligación de objeto singular, con lugar de pago alternativo i".

II) En cambio, considero que no es necesario que las distintas prestaciones se refieran a cosas siempre determinadas (*ab initio*) o que sean siempre de distinta naturaleza (p.ej., el caballo "Bucéfalo" o la obra de derecho civil de Demolombe); bien puede haber obligación alternativa aunque se trate de cosas sólo determinadas por su especie o género, por ejemplo, deber 50 caprinos o 40 porcinos o 20 vacunos. Incluso, puede haber alternatividad aunque se trate de cosas de la misma naturaleza, siempre que de la intención de las partes resulte que han sido queridas como independientes y distintas; por ejemplo, 10 vacunos criollos de la estancia "La soñada" o 130 vacunos criollos de la cabana "Tasto verde". ¿Habrá obligación alternativa si el deudor se obliga a pagar en pesos o en dólares? >⁶⁰. Esta importante cuestión será abordada junto a las obligaciones de dar dinero.

¹⁶⁰ La mayoría de la doctrina acepta como alternativas las obligaciones en las que la opción está referida a circunstancias de la obligación como el tiempo o el lugar de pago, fundando esa aceptación en la última parte del art. 636. "El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo lo está a cumplir con una de ellas íntegramente, *sea la prestación de una cosa o de un hecho, o del lugar del pago, o de cosas, hechos y lugar de la entrega*". Cfr. Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 11, p. 495; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 380, p. 257; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 561, p. 484 y n° 562-a, p. 485; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 993,/, p. 305.

¹⁶¹ Pese a que la mayoría de la doctrina sostiene la opinión contraria (ver autores citados en nota precedente), creo que tiene razón Bibiloni (*Anteproyecto*, t II, comentario al art. 1103) cuando niega que en estos casos exista una verdadera obligación alternativa, ya que si la prestación es única, falta uno de sus requisitos esenciales; en todo caso, habría una obligación con objeto singular, con lugar de pago alternativo.

¹⁶² Se tendrá presente la doctrina que resulta de un viejo plenario de las cámaras civiles de la Capital en el que se resolvió que es alternativa la obligación de pagar dinero argentino o moneda extranjera: C.Civ. Capital, en pleno, 20/4/1917, "J.A.", 5-58.

b) Efectos

Del carácter independiente y distinto de las prestaciones se derivan estas consecuencias:

I) *No se producen efectos propagatorios.*—Bien se ha dicho que la causal de nulidad que exista con respecto a alguna de las prestaciones al tiempo de constituirse la obligación no se extiende a las demás. Esto es, si el acto creador de la obligación contiene un vicio que afecta a una de las prestaciones, la eventual nulidad no afectará a las restantes prestaciones ¹⁶³.

II) *Inexistencia de uno de los objetos al tiempo de nacer la obligación.* — Si al tiempo de constituirse la obligación una de las prestaciones tenidas en mira era imposible, material o jurídicamente, esa imposibilidad deja subsistente el vínculo respecto de las prestaciones de posible ejecución: "Si una de las prestaciones no podía ser objeto de la obligación, la otra es debida al acreedor" (art. 638). Con mayor razón, como se verá luego, si la imposibilidad de una de las prestaciones es sobreviniente, la obligación subsiste mientras por lo menos una de ellas pueda ser cumplida (art. 639) ¹⁶⁴.

IJJ) *Cumplimiento íntegro de la prestación elegida.* — Es también consecuencia de la independencia de las prestaciones que no le sea permitido al deudor pagar entregando parte de una prestación y parte de otra, ni al acreedor exigir ese fraccionamiento. Semejantes pretensiones sólo podrían tener valor si las partes, de común acuerdo, lo aceptaran; de lo contrario, se trataría de meros intentos de pagos parciales, que alterarían el principio de integridad del pago. La prestación elegida, en suma, debe ser cumplida íntegramente (art. 636).

§ 448. RÉGIMEN DE LOS RIESGOS. MÉTODO

Bajo el rubro "régimen de los riesgos", lo que se trata de establecer es quién debe soportar las contingencias que pudieren afectar el objeto plural durante el lapso comprendido entre el nacimiento de la obligación y el momento en que se concreta la elección de la prestación. Es importante delimitar ese lapso, porque tal delimitación significa que quedan fuera de consideración: a) las contingencias que sean *contemporáneas* con el nacimiento de la obligación, como por ejemplo la inexistencia o imposibilidad originaria de una de las prestaciones, ya que esta contingencia tiene su propio régimen, que fue analizado en el parágrafo anterior; b) las contingencias que pueden presentarse *con posterioridad* a la elección, porque en ese caso, puesto que la elección convirtió la obligación en una de dar un cuerpo cierto, el régimen de los riesgos es el que

Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 993, p. 304.

Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 562, p. 485.

corresponde a esta clase de obligaciones. Los **riesgos** que interesan en una obligación alternativa son los que sólo pueden ocurrir, en suma, después de su nacimiento y antes de la elección del objeto.

Establecido lo anterior, se analizará el régimen de los riesgos de acuerdo con la siguiente división de materias: **a)** según que la contingencia (imposibilidad, pérdida o deterioro, etc.) afecte sólo a una o afecte a todas las prestaciones que integran el objeto (por comodidad, se trabajará con dos); **b)** es también necesario tratar cada contingencia por separado, es decir, según que consista en imposibilidad, pérdida, deterioro, etc.; **c)** en cada categoría, se discriminará según que la contingencia se haya producido con o sin culpa de alguna de las partes; **d)** por último, en cada caso, se distinguirá según que la elección corresponda al deudor, alternativa regular, o al acreedor, alternativa irregular¹⁶⁵.

§ 449. CUANDO LA CONTINGENCIA AFECTA A UNA DE LAS PRESTACIONES

Para simplificar, supóngase que la obligación consiste en entregar o el caballo "Bucéfalo" o la obra de derecho civil de Demolombe que tengo en mi biblioteca y la contingencia afecta únicamente a "Bucéfalo".

a) Contingencias ocurridas sin culpa de las partes

Las consecuencias son diversas, según la contingencia de que se trate.

1) Imposibilidad o pérdida total de la cosa sin culpa. — Si tal es la contingencia, impera la regla general que determina que el riesgo debe ser soportado por el deudor (por hipótesis, dueño de la cosa) y, en consecuencia, la obligación subsiste respecto del objeto que ha quedado; en nuestro ejemplo, la obra de Demolombe. Esta solución está consagrada expresamente en el art. 639, que dispone que "si uno de los objetos prometidos no pudiese realizarse... por causa cualquiera, debe prestarse el que ha quedado". En definitiva, el hecho de que el deudor no hubiese obrado con culpa no extingue la obligación ni lo libera porque, precisamente, subsiste un segundo objeto¹⁶⁶. Si las prestaciones fuesen más de dos y sólo se pierde o se vuelve imposible una de ellas, la obligación subsiste con las restantes prestaciones, una de las cuales deberá ser elegida para el cumplimiento.

¹⁶⁵ Comp. Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 1013, p. 32]; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n°s 519 y ss., ps. 426 y ss.

¹⁶⁶ En el caso de nuestro ejemplo, tratándose sólo de dos cosas, tampoco tiene incidencia en la solución del art. 639 que la elección corresponda al deudor o al acreedor, ya que la obligación ha quedado convertida en una de objeto singular.

II) *Pérdida parcial o deterioro de la cosa sin culpa*, —Este supuesto no está previsto en el Código Civil; por lo tanto, si bien se aplicarán las reglas generales, es menester distinguir a quién corresponde el derecho de elegir. 1°) Si el derecho a la elección es del deudor, se abre un interesante interrogante: ¿podrá el deudor elegir la cosa deteriorada? La respuesta afirmativa encontraría fundamento en dos razones, a saber, la primera, que él obró sin culpa, y la segunda, que rige el principio de libertad en la elección; en consecuencia, pudiendo elegir sin restricciones, nada impediría que opte por la deteriorada¹⁶⁷. Sin embargo, se impone otra respuesta: el deudor no puede elegir la deteriorada, porque defraudaría la expectativa del acreedor que no tuvo en mira la posibilidad de recibir una cosa deteriorada¹⁶⁸; si bien el acreedor de una obligación alternativa acepta recibir *cualquiera* de las prestaciones que integran el conjunto, está bien claro que cuando consideró individualmente las cosas, no tuvo en cuenta que una de ellas iba a deteriorarse, ya que el deterioro, por hipótesis, fue sobreviniente. Además, y esto es definitivo, si en una obligación singular el deterioro de la cosa sin culpa del deudor da derecho al acreedor a resolver el contrato o a recibirla con el deterioro pero con disminución del precio (art. 580), ninguna razón justifica que "la misma solución no se aplique en la obligación alternativa. 2°) Si la elección corresponde al acreedor, es innegable que éste podrá optar entre recibir la cosa deteriorada con disminución del precio o por exigir la entrega de la otra cosa no deteriorada.

b) Contingencias ocurridas por culpa del deudor

También en este caso las consecuencias no son las mismas, según la contingencia de que se trate.

I) *Imposibilidad o pérdida total por culpa del deudor*.—Si la elección de la cosa correspondía al deudor, éste está obligado a cumplir entregando la otra cosa (art. 639), sin que el acreedor pueda oponerse alegando que tenía expectativas en recibir la que se perdió, porque como de todos modos la elección era del deudor, la decisión a él le pertenece. Si la elección le corresponde al acreedor, éste tendrá opción para exigir, o el equivalente pecuniario de la cosa que se perdió, o la entrega de la otra cosa, tal como está dispuesto en el art 641.

II) *Pérdida parcial o deterioro de la cosa por culpa del deudor*. — Si la elección correspondía al deudor, éste pierde la alternativa y está obligado a en-

¹⁶⁷ De acuerdo con esta solución: Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, i. U, n° 1097; Enneccerus y Lehmann, *Tratado de derecho civil*, t. U, vol. I, "Obligaciones", § 19.

¹⁶⁸ Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 639, n°56, p. 423; Llambías, *Obligaciones*, t. n-A, n° 1017, p. 324; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 639, n° 5, p. 183; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 524, p. 427.

fregar la que ha quedado¹⁶ sana p no dañada; no puede, en ningún caso, elegir la cosa deteriorada. Es lógico, pues si no puede hacer tal elección cuando ha obrado sin culpa, *afortiori* o menos todavía podrá hacerlo cuando ha obrado con culpa. Si la elección era del acreedor, éste podrá optar entre recibir la cosa no deteriorada, o recibir la cosa deteriorada con disminución del precio, o, por último, exigir el equivalente pecuniario de la cosa deteriorada; en los dos últimos casos, con más la indemnización de los perjuicios.

c) Contingencias ocurridas por culpa del acreedor

Son necesarias las mismas distinciones.

I) Imposibilidad o pérdida total por culpa del acreedor. — Si la pérdida total o imposibilidad de cumplimiento respecto de una de las prestaciones ha ocurrido por culpa del acreedor y la elección de la cosa correspondía al deudor, éste tiene derecho a optar entre considerar extinguido el vínculo y pedir su liberación, estimando que la cosa perdida es la que iba a elegir para pagar, o entregar al acreedor la otra cosa, pero exigiéndole el reembolso del equivalente pecuniario de la que se perdió, pues de lo contrario es como si se hubiese desprendido de ambas cosas. Si la elección correspondía al acreedor, la pérdida de una de las cosas por su culpa extingue su derecho de elegir, es decir, debe estimarse que eligió la perdida y, con ello, la obligación se habrá extinguido. ¿Puede el acreedor pretender que se entregue la otra cosa pagando al deudor el equivalente pecuniario de la que se perdió? Se ha dicho que sería lógico admitir esta solución, que es la que el Código italiano ha consagrado en su art. 1289¹⁶⁹. Estimo que esta solución no es aceptable, porque implica poner al deudor en situación de desprenderse de ambas cosas aunque ésa no haya sido su intención, o aunque tal desprendimiento vaya en contra de sus intereses; sólo si el deudor acepta, podrá entregar la otra cosa y recibir el equivalente de la que se perdió; si no presta su consentimiento, el acreedor es quien debe soportar el riesgo y, en consecuencia, la pérdida de la cosa por su culpa habrá extinguido la obligación.

D) Pérdida parcial o deterioro de la cosa por culpa del acreedor. — Como la contingencia sucedió por culpa del acreedor, si el deudor tiene el derecho de elegir, conserva ese derecho a pesar del deterioro; por ello, puede decidir entregar la cosa deteriorada; en tal caso, cumplirá la obligación y se liberará; pero si decide entregar la cosa no deteriorada, tendrá derecho a exigir del acreedor una indemnización que cubra el deterioro de la cosa que, por hipótesis, el deudor conservará con él¹⁷⁰. Si la elección corresponde al acreedor, éste no tendrá otra

Así lo afirma Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 522, p. 427.

De acuerdo: Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 526, p. 428.

alternativa que elegir la cosa deteriorada, sin perjuicio de proponer al deudor la entrega de la cosa sana, indemnizándolo por el deterioro de la otra.

§ 450. CUANDO LA CONTINGENCIA AFECTA A TODAS LAS PRESTACIONES

En este caso, la hipótesis a considerar es la que se presenta, en nuestro ejemplo, cuando tanto "Bucéfalo" como la obra de Demolombe de mi biblioteca se pierden o deterioran. También es necesario hacer, aquí, las distinciones ya conocidas.

a) Contingencias ocurridas sin culpa de las partes

1) Imposibilidad o pérdida total de las prestaciones por caso fortuito. — Si todas las prestaciones se tornan de imposible cumplimiento o si se pierden sin culpa de alguna de las partes, la obligación se habrá extinguido, tal como ha sido previsto en el art. 642: "Si las prestaciones se han hecho imposibles sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida".

U) Pérdida parcial o deterioro de todas las prestaciones por caso fortuito. — Puesto que la contingencia ha tenido lugar por caso fortuito (sin culpa) y el derecho de elegir es del deudor, éste conserva ese derecho; por ende, podrá elegir cualquiera de las prestaciones deterioradas y ofrecerlas al acreedor. Éste podrá aceptar el ofrecimiento con disminución proporcional del precio o, si no le conviene, podrá dejar sin efecto el contrato. Si el derecho de elección le corresponde al acreedor, se impone la misma solución; es decir, podrá elegir cualquiera de las prestaciones deterioradas con disminución del precio o resolver el contrato".

b) Contingencias ocurridas por culpa del deudor

Hay que ver las distintas hipótesis.

1) Imposibilidad o pérdida total de las prestaciones por culpa del deudor. — En este caso, si el derecho de elección era del deudor, hay que hacer un nuevo distingo: 1°) si todas las prestaciones se perdieron *simultáneamente*, entonces el deudor se desobligará pagando el equivalente pecuniario de *cualquiera* de los objetos perdidos, ya que a él le tocaba elegir"; 2°) si las cosas se perdieron *sucesivamente*, entonces el derecho de elección se habrá perdido para el deudor cuando se pierda la última cosa (por aquello de que la elección se concentra en la última); en consecuencia, "...tiene la obligación de entregar el valor del úl-

De acuerdo: Borda, *Obligaciones*, t. I, n° 527, p. 428.

Cfr. Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 11, p. 502.

timo que hubiese dejado de poder ser prestado" (art. 639, *in fine*), texto éste aplicable por analogía, a lítaipótesi&planteada; Si la elección corresponde al acreedor, entonces será éste quien podrá elegir la cosa cuyo *equivalente pecuniario* deberá pagar el deudor.

II) *Pérdida parcial o deterioro de todas las prestaciones por culpa del deudor.* — Si la elección corresponde al deudor, éste podrá elegir entre cualquiera de las cosas deterioradas y ofrecerla al acreedor, pero éste tendrá derecho a: 1º) aceptarla, con disminución proporcional del precio o indemnización equivalente al deterioro; 2º) rechazarla y exigir su valor total, ya que se aplica, por analogía, la solución que para las obligaciones de dar cosas ciertas brinda el art. 581¹⁷³. Si la elección corresponde al acreedor, la solución será la misma: podrá exigir la entrega de cualquiera de las cosas deterioradas, más la indemnización equivalente al deterioro o exigir el valor total de alguna de ellas a su elección.

c) *Contingencias ocurridas por culpa del acreedor*

I) *Imposibilidad o pérdida total de las prestaciones por culpa del acreedor.* — Supóngase, siguiendo con nuestro ejemplo, que mi acreedor se lleva a "Bucéfalo" y los libros de Demolombe para examinarlos y estando las cosas con él, por su exclusiva culpa, ambas cosas se pierden. En este caso, es evidente que la obligación se habrá extinguido; pero no sólo eso, como deudor he sufrido un perjuicio, pues si no hubiese sucedido la pérdida, hubiese entregado una de las cosas y conservado la otra, pero por la contingencia he perdido ambas; de allí que sea ahora el acreedor el que está obligado a indemnizarme. Aclarado lo anterior, corresponde distinguir: 1º) si la elección correspondía al deudor, es éste quien podrá elegir la cosa cuyo equivalente deberá reembolsar al acreedor, 2º) si la elección corresponde al acreedor, éste podrá elegir el valor a reembolsar. Es importante tener en cuenta que el acreedor sólo conservará su derecho a elegir cuando la pérdida de las cosas haya sido *simultánea*, porque si las cosas han sido destruidas *sucesivamente* por el acreedor, se produce esta consecuencia: con la destrucción de la primera cosa, no sólo se habrá extinguido el derecho de elegir sino que, incluso, se habrá extinguido la obligación. Por ello, la destrucción posterior de las restantes cosas constituye daños que deberán ser indemnizados de acuerdo con las reglas generales sobre responsabilidad civil extracontractual

¹⁷³ De acuerdo: Borda, *Obligaciones*, t. 1, n° 527, p. 429.

¹⁷⁴ Se ha sostenido que si la destrucción de las cosas es sucesiva, con la primera destrucción el acreedor pierde el derecho de elegir y, en consecuencia, ya no podrá optar por el valor de la primera: Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 1042, p. 346; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 528, p.

II) Pérdida parcial o deterioro de todas las prestaciones por culpa del acreedor. — Si la elección corresponde al deudor, éste decidirá cuál de las cosas deterioradas entregará al acreedor, quien no podrá rechazar y, además, deberá indemnizar al deudor por el daño causado en las restantes cosas que integraban el objeto de la obligación y que, por hipótesis, pertenecen al deudor. Si la elección corresponde al acreedor, se impone la misma solución: podrá elegir la cosa que recibirá, pero deberá indemnizar al deudor por el deterioro causado en las otras.

d) Contingencias por caso fortuito y por culpa de una de las partes

Las hipótesis a considerar son las siguientes:

I) Pérdida total de una prestación por caso fortuito o por culpa del acreedor y de otra por culpa del deudor. — Si la elección corresponde al deudor, podrá optar entre ofrecer al acreedor el equivalente pecuniario de la cosa perdida por el *casus* o el valor de la cosa que se perdió por su culpa; idéntica es la solución si la elección correspondía al acreedor. Si una de las prestaciones se pierde por culpa del acreedor, esta destrucción equivale a pago, no pudiendo las partes reclamarse nada porque el acreedor "está pagado" y el deudor perdió la otra cosa por su propia culpa; en lo restante, se aplican las reglas generales "s.

II) Deterioro de una prestación por caso fortuito y de otra prestación por culpa del deudor. — Si la elección correspondía al deudor, éste la conserva; en consecuencia, podrá ofrecer al acreedor cualquiera de las cosas deterioradas, pero: 1º) si elige la que se deterioró por el *casus*, el acreedor podrá aceptarla con una disminución proporcional del precio o resolver el contrato (art. 580); 2º) si elige la que se deterioró por su culpa, el acreedor podrá aceptarla con la indemnización respectiva, reclamar una cosa equivalente o resolver el contrato (art. 581).

TU) Deterioro de una prestación por caso fortuito y de otra prestación por culpa del acreedor. — En este caso, si la elección corresponde al deudor, éste podrá: 1º) ofrecer la que se ha deteriorado por el *casus*, aunque el acreedor ten-

431. Sin embargo, creo que, en rigor, no se trata de un problema de pérdida del derecho de elección, sino, directamente, de una hipótesis de extinción de la obligación. Y si la obligación está extinguida con la primera destrucción, ya no tiene sentido hablar de una hipotética elección posterior entre las restantes prestaciones destruidas. Hay, simplemente, un problema de responsabilidad por daños.

¹⁷⁵ Así, si la primera pérdida ocurre por culpa del acreedor, es obvio, que la obligación quedará extinguida, razón por la cual la pérdida posterior de la otra por culpa del deudor no ejercerá ninguna influencia sobre aquel la extinción. En cambio, si la primera pérdida ocurre por culpa del deudor, el acreedor conserva el derecho de elegir, si lo tuviere, pero lo pierde con la destrucción que ocurra por su culpa

drá, a su vez, la opción que le brinda el art. 580, pero deberá indemnizar el deterioro que por su culpa sufrió la otra cosa; 2°) ofrecer la que se ha deteriorado por culpa del acreedor, que éste no podrá rechazar ni exigir compensación alguna. Si la elección corresponde al acreedor, tendrá derecho a: 1°) elegir la cosa deteriorada por su culpa, extinguiendo así la obligación; 2°) elegir la cosa deteriorada por el *casus*, con disminución proporcional del precio, pero deberá indemnizar al deudor por el deterioro causado por su culpa a la otra cosa¹⁷⁶.

n) OBLIGACIONES FACULTATIVAS

§ 451. CONCEPTO Y NATURALEZA

a) *Concepto*

Obligación facultativa *"es la que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de sustituir esa prestación por otra"* (art. 643). Esta definición ha sido aceptada por la doctrina¹⁷⁷. La denominación *—facultativa—* se refiere, no al "deber de prestación" que siempre es jurídicamente obligatorio, sino a la prerrogativa que se reserva el deudor para sustituir, en el momento del pago¹⁷⁸, el objeto principal por otro accesorio, tal como resulta de los propios términos del artículo¹⁷⁹. En definitiva, se trata de una obligación con un objeto *principal* que presenta la particularidad de que el deudor puede, si así lo decide, desobligarse pagando con un objeto distinto, considerado *accesorio* en el título. Así planteado el asunto, está claro que la prerrogativa de pagar con un objeto accesorio es sólo un *medio de liberación* o una manera de desobligarse que se reserva en el título para el deudor dejando de pagar el objeto principal; por ello, bien decían los romanos que lo accesorio no está en la obli-

¹⁷⁶ Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 327, e, p. 430.

¹⁷⁷ Para nuestra doctrina esta definición es *apropiada*: Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 1055, p. 353; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 643, n° 1, p. 191.

¹⁷⁸ Como se verá luego, la facultad de sustituir se ejerce en el momento del pago y no antes por declaraciones que pudiera efectuar el deudor.

¹⁷⁹ Se podría ver una contradicción en la denominación "obligación facultativa" porque, una de dos, o el cumplimiento del deber de prestación es facultativo y entonces no habría, en realidad, obligación, o el cumplimiento de ese deber es jurídicamente obligatorio, en cuyo caso no se le puede llamar "facultativo". Atendiendo a esta equivocidad del término se ha propuesto llamarlas "obligaciones con facultad de sustitución", como entre nosotros lo ha hecho Borda (*Obligaciones*, 1.1, n° 531, p. 433) siguiendo al español J. Puig Brutau (*Fundamentos del derecho civil*, t 1, vol. II, p. 227). Pero, como se afirma en el texto, lo *facultativo* no se refiere al deber de prestación, sino a cumplir con la prestación principal o sustituirla por otra accesorio prevista en el título.

gación (*in obligatione*), sino únicamente es una facultad para el pago (*in facultate solutionis*;¹⁸⁰”.

b) *Naturaleza*

Precisamente, porque existe un objeto principal, la naturaleza de esta obligación o, si se prefiere, su régimen jurídico, será el que corresponda a ese objeto principal: “La naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella” (art. 644); así, será considerada como de objeto divisible o indivisible o como de dar cosa cierta o incierta, o de hacer o de no hacer, según lo sea, en cada caso, el objeto principal, sin tomar en cuenta el objeto accesorio. Estando determinado el objeto principal desde la constitución del vínculo obligatorio, también su naturaleza está definida *ab initio*; esto diferencia la obligación facultativa de la alternativa, porque en esta última, para conocer la naturaleza definitiva del objeto, es necesario esperar que sea *elegido* ”.

§ 452. CARACTERES Y ÁMBITO

a) *Caracteres*

La obligación facultativa tiene estos caracteres: 1º) el objeto del pago es *alterable* por el deudor. En efecto, si bien el objeto de la obligación y, por ende, el del crédito es *singular*, ya que coinciden en el objeto principal, el deudor puede alterar la identidad del pago entregando un objeto distinto, el accesorio¹⁸¹; 2º) como consecuencia de lo anterior, el acreedor no puede tener injerencia alguna en la opción que haga el deudor; esto marca una notoria diferencia con las obligaciones alternativas irregulares, en las que, como quedó antes expuesto, quien tiene el derecho de elegir el objeto con que desea ser pagado es el acreedor, 3º) por último, entre el objeto principal y el accesorio existe una relación de dependencia, lo que da lugar a importantes consecuencias.

¹⁸⁰ Expresión siempre presente en la doctrina, p.ej.: Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 530, p. 432.

¹⁸¹ Cfr. Uambías, *Obligaciones*, t. Ü-A, n° 1056, p. 355.

¹⁸² La doctrina afirma que la obligación facultativa es de objeto múltiple o plural; p.ej., Llambrías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1057, p. 355, y Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 530, p. 432; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 643, n° 4, p. 193. Sin embargo, el régimen jurídico de esta clase de obligaciones pone en evidencia que no hay tal pluralidad, sino —por el contrario— el objeto es singular; lo que la caracteriza, en todo caso, es que el deudor puede alterar el principio de identidad del pago, entregando un objeto distinto al debido, como lo he sostenido, *supra*, § 135, a).

b) Fuentes

Las obligaciones facultativas pueden nacer de la voluntad de las partes (contratos o testamentos), de una disposición de la ley e, incluso, de una decisión judicial, si así lo estimara el juez de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Cabe añadir que si bien la obligación facultativa puede ser creada por las partes en un determinado contrato, lo cierto es que no será eso lo más frecuente, porque no es común que el acreedor—que ha tenido en mira, seguramente, el objeto principal— le otorgue al deudor la facultad de cambiarlo por otro accesorio.

§ 453. CUÁNDO DEBE CONSIDERARSE EJERCIDA LA OPCIÓN DE PAGO POR EL DEUDOR

¿En qué momento se concreta la opción acordada al deudor? Se han dado distintas respuestas:

a) Tesis de la declaración

Para una primera opinión, el deudor ejerce su opción cuando su declaración de voluntad en tal sentido es recibida por el acreedor¹⁸³; esta tesis pretende guardar congruencia con lo sostenido a propósito de las obligaciones alternativas, pero desconoce la verdadera naturaleza de la obligación facultativa. Aquí no se trata de un problema de elección del *objeto debido*, que, en su caso, debe ser comunicada al acreedor, como ocurre en la alternativa; en la facultativa, el objeto debido está determinado *ab initio* de manera que no es necesario comunicarlo al acreedor. Lo que ocurre en la facultativa es que el deudor está autorizado a alterar el principio de identidad del pago. Tampoco esta facultad debe ser comunicada al acreedor porque, por hipótesis, ya lo sabe.

b) Tesis del cumplimiento

Para otra doctrina¹⁸⁴, que comparto, la facultad del deudor sólo puede ser ejercida en el momento del pago, ya que si el objeto accesorio no está "en la obligación" —porque es una mera facultad que tiene el deudor para desobligarse—, lo lógico es que únicamente pueda hacer uso de él en la oportunidad de hacer el pago; las declaraciones que pudo efectuar el deudor con anterioridad al pago, salvo que se trate de una renuncia, no pueden alterar esa facultad, aun-

¹⁸³ Cfr. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 379, p. 270.

¹⁸⁴ Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 643, n° 29, p. 444; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1061, p. 359.

que pueden constituir elementos útiles para valorar si su comportamiento contractual ha sido de buena o mala fe¹⁸⁵.

c) Renuncia del deudor a su facultad

Como quedó expuesto, las declaraciones hechas por el deudor antes del pago no son suficientes para modificar su facultad de alterar la identidad del pago, salvo que la declaración contenga una renuncia a esa facultad; siempre teniendo en cuenta que la intención de renunciar no se presume, según el art. 874, los términos de la renuncia deberán ser inequívocos¹⁸⁶.

§ 454. EFECTOS

Los arts. 645 a 650 del Cód. Civil están dedicados a los *efectos* de las obligaciones facultativas; salvo el art. 648 —que por su imprecisión requiere ser aclarado—, los restantes contienen innecesarias reiteraciones de las reglas generales que debieron ser evitadas.

Todo se explica a partir de la existencia de un objeto principal y de otro accesorio, como se verá.

a) Respetto de la nulidad; si el vínculo obligatorio se ha constituido con un "vicio inherente a la prestación principal", la obligación es íntegramente nula "aunque la prestación accesoria no tenga vicio alguno" (art. 645). A la inversa, cuando el motivo de la nulidad afecta únicamente al "objeto de la prestación accesoria", ese vicio "no induce nulidad en cuanto a la prestación principal" (art. 650).

b) El acreedor de una obligación facultativa únicamente puede demandar el cumplimiento de "la prestación principal" (art. 646); no puede pretender que se le pague la accesoria, porque por esta vía estaría adueñándose de una facultad que es exclusiva del deudor.

¹⁸⁵ Así, si el acreedor ha recibido una comunicación del deudor donde se le informa que cumplirá entregando el objeto accesorio y luego, al tiempo de pagar, entrega el principal, está claro que el acreedor no podrá oponerse, pero si con motivo de la comunicación anterior ha hecho gastos o de otro modo ha sufrido un perjuicio patrimonial, el deudor deberá repararlo.

¹⁸⁶ Un sector de la doctrina afirma que es necesario distinguir *a)* si el deudor declara que va a pagar con el objeto accesorio, esa declaración no le hace perder el derecho, cuando llegue el momento del pago, de pagar el principal; *b)* pero si ha declarado que pagará el principal, esa declaración importa una renuncia a la facultad de optar y, en consecuencia, no podrá después pretender pagar con lo accesorio: Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 533, p. 433. Cabe observar: la simple declaración de que pagará con el principal no puede ser interpretada *siempre* como una renuncia, si no es ésa la real intención del deudor; p.ej., si el deudor le informa al acreedor que ante la inminencia del día del pago entregará el principal, únicamente para evitar entrar en mora, puesto que no está seguro de obtener lo accesorio, y después de la declaración consigue lo accesorio, no sería razonable negarle la facultad de sustitución sólo por haber prevenido al acreedor la posibilidad de cumplir con lo principal.

c) En caso de pérdida total o de imposibilidad de cumplimiento sin culpa del deudor (caso fortuito), es necesario distinguir: 1º) si la contingencia afecta el objeto principal, la obligación se extingue, aunque el objeto accesorio estuviese intacto y sea de posible cumplimiento (art. 647); si el deudor hubiese sido constituido en mora con anterioridad al *casus*, el acreedor podrá demandar los daños y perjuicios pero no el objeto accesorio¹⁸⁷; 2º) si la contingencia afectó el objeto accesorio, la obligación subsiste respecto del principal (art. 649). La pérdida debe ser asumida por el deudor que, en suma, habrá perdido la opción.

d) Si se trata de imposibilidad, pérdida total, parcial o de un deterioro, *por culpa del deudor*, también es necesario distinguir: 1º) si la contingencia afecta la cosa principal, "el acreedor puede pedir el precio de la que ha perecido o la cosa que era el objeto de la prestación accesorio" (art. 648). Como se ve, la opción se traslada al acreedor, quien puede pedir el equivalente pecuniario de la principal o de la accesorio. Esta solución fue motivo de reiteradas críticas por parte de la mayoría de nuestros autores, que coinciden en señalar que no se justifica, porque, además de convertir la obligación facultativa en una alternativa, consagra una sanción injusta para el deudor¹⁸⁸. Sin embargo, no se trata nada más que de darle al acreedor mayores posibilidades jurídicas ante el incumplimiento culpable del deudor¹⁸⁹; si en un caso concreto el valor de lo accesorio es muy superior al del principal, podrá el juez morigerar la pretensión por razones de equidad; 2º) si la contingencia afecta la prestación accesorio, ninguna influencia ejercerá sobre la principal, que producirá sus efectos normales.

C) OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER

§ 455. MÉTODO

Las diferencias que resultan de comparar las obligaciones "de dar" con las "de hacer" y con las "de no hacer" ya han sido tratadas a propósito de la distinción —que cabe formular en cada caso— entre "prestación" y "objeto"¹⁹⁰.

¹⁸⁷ De acuerdo: Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 535, p. 434.

¹⁸⁸ Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 608, p. 515; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 510, nota; Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 648, n° 3-6, p. 448; De Gásperi y Morelio, *Derecho civil. Obligaciones*, t. II, n° 1140, p. 703; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 378, p. 269; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1070, p. 364; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 648, n° 1, p. 198.

¹⁸⁹ Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 535, b), p. 435. Galli, en sus anotaciones a Salvat (*Obligaciones en general*, 1.1, n° 608-a, p. 515), advierte que, en definitiva, si el acreedor opta por el equivalente de la accesorio, no le causará daños al deudor porque se supone que él mismo estaba dispuesto, llegado el caso, a cumplir con la accesorio.

¹⁹⁰ *Supra*, § 46, a), b) y c). También *supra*, aquí, § 415, c).

- . También se avanzó en el análisis del asunto al tratar lo referente a la ejecución forzada directa¹⁹¹. Corresponde aquí tratar el régimen jurídico específico que nuestro Código Civil les ha dispensado, a las de hacer en los arts. 625 a 631, y a las de no hacer en los arts. 632 a 634, dejando aclarado desde el comienzo que parte de ese régimen ya ha sido analizado.

I) OBLIGACIONES DE HACER

§ 456. LA OBLIGACIÓN "DE HACER". LOS TEMAS A CONSIDERAR

Considerando únicamente la prestación, esto es, el comportamiento del deudor, se puede decir que la obligación "de hacer" es aquella que consiste en la realización, por el deudor, de un hecho¹⁹² que reportará al acreedor una determinada *utilidad* que, según la tesis que aquí se sustenta, es el verdadero objeto del derecho de crédito. Pero a los fines de analizar la disciplina jurídica de las obligaciones de hacer, se atenderá solamente a la prestación; desde esta perspectiva, los temas a considerar son los siguientes: *a)* el cumplimiento específico (art. 625); *b)* el incumplimiento (arts. 625, *in fine* y 631) y sus derivaciones, ejecución forzada (art. 629) o ejecución por otro (arts. 626 y 630); y *c)* la imposibilidad de cumplimiento (arts. 627 y 628).

§ 457. EL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO O "IN NATURA"

a) Aplicación de las reglas generales

El hacer "útil" del deudor constituye *pago*; en consecuencia, deberá ser ejecutado respetando los principios propios del pago: integridad, identidad, puntualidad y localización. De allí que al disponer el art. 625 que "El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara", no hace otra cosa que reiterar las reglas generales que gobiernan el pago, relativas al tiempo, lugar y modo de cumplimiento, reglas que ya fueron analizadas y que no corresponde reiterar.

b) Prohibición para el deudor de optar por el pago de la indemnización

Consistiendo la prestación en un hacer del deudor y puesto que tal objeto es incoercible, es decir, no puede ser arrancado por la fuerza al deudor, se po-

¹⁹¹ *Supra*, §239, b) y e).

¹⁹² Cfr. Borda, *Obligaciones*, t. 1, n° 500, p. 413. Llambías (*Obligaciones*, t. II-A, n° 950, p. 258) habla de "energía de trabajo" para referirse al hacer del deudor.

dría suponer que se trata de un "deber libre". No es así, no obstante la incoercibilidad, es un auténtico deber jurídico: el deudor está obligado a hacer; si no lo hace, incurrirá en incumplimiento, tal como ocurre con el deudor de una obligación de dar, cuando no entrega lo que debe entregar. Es más, según el art. 631, "El deudor no puede exonerarse del cumplimiento de la obligación, ofreciendo satisfacer los perjuicios e intereses". Bien se ha dicho, para justificar esta norma, que la obligación de hacer no es una obligación alternativa, ni regular ni irregular —salvo que se pacte lo contrario—. Por ello, ni el deudor está autorizado a elegir el *objeto debido*, dejando de hacer lo que debe, para reemplazarlo por su equivalente pecuniario; ni el acreedor puede optar por la indemnización si el deudor quiere cumplir haciendo lo que debe i» Tampoco es, salvo que en el título esté dispuesto lo contrario, una obligación facultativa que daría al deudor el derecho de alterar la identidad del pago, entregando una suma de dinero en sustitución del hecho que debía realizar.

En definitiva, como en toda obligación, en la de hacer el pago debe concretarse *in natura* o en especie, siempre *que sea posible*; en su defecto, procederá la indemnización sustitutiva.

§ 458. EJECUCIÓN FORZADA

Ya se sabe que a falta de cumplimiento tiene lugar el incumplimiento. Pues bien, ¿procede la ejecución forzada en las obligaciones de hacer? Al respecto, el art. 629 dice: "Si el deudor no quisiere o no pudiese ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuese necesaria violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá pedir indemnización de perjuicios e intereses"¹⁹⁴.

En resumen, el sistema de nuestro derecho es el siguiente:

a) La ejecución forzada, en tanto persigue el cumplimiento en especie, procederá siempre que sea posible obtener del deudor el comportamiento debido, sin ejercer violencia sobre su persona; por ejemplo, mediante la imposición de *astreintes*, o cuando la *utilidad* que esperaba el acreedor se puede obtener por otros medios distintos del actuar del deudor.

b) Si no es posible obtener el cumplimiento en especie sin ejercer violencia sobre la persona del deudor, no procederá la ejecución forzada. El acreedor tendrá, en tal caso, derecho a ser indemnizado por el incumplimiento, por aplicación de las reglas generales, además de otros derechos que le confiere el ordenamiento, como la excepción de incumplimiento (art. 1201) o la resolución del contrato (art. 1294), etc.

De acuerdo: Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 955, p. 261.

La cuestión ha sido abordada, *supra*, § 239, b).

§ 459. EJECUCIÓN POR OTRO

a) *Cuándo procede*

¿Es factible la ejecución por otro? Si el hecho prometido es *fungible*, es decir, si puede ser realizado por otra persona distinta del deudor con igual utilidad para el acreedor, nada se opone a que el deudor sea subrogado por otro, siempre que con ello no se agrave la situación del deudor, como ocurriría por ejemplo si el reemplazante pretende cobrar el doble de lo que cobra el reemplazado. Al respecto, se lee en el art. 626: "El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales". La limitación salta a la vista: no procederá la ejecución por otro cuando el deudor es insustituible; en este caso, cabe la indemnización de daños y perjuicios.

b) *La autorización o venia judicial*

Según la opinión mayoritaria de la doctrina¹⁹⁵, para hacer ejecutar el hecho por otro, salvo en los casos de urgencia, el acreedor tiene que pedir autorización judicial, tal como está previsto en el art. 630 para evitar que el deudor haga justicia por propia mano: "Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor *podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero*, o solicitar los perjuicios e intereses por la inejecución de la obligación". Se ha cuestionado esta tesis con el argumento de que se debe permitir la autotutela del crédito por el acreedor, sin imponerle la gravosa carga de recurrir a un procedimiento judicial para requerir autorización que, por otra parte, tornaría más gravosa la situación del propio deudor¹⁹⁶. Cabe reconocer que la autorización judicial a la que se refiere el art. 630 sólo puede tener alcance residual; es decir, será exigible únicamente en aquellos casos en que sea necesaria la actuación del juez para resguardar el derecho de defensa del obligado, o se precise de una declaración judicial de certeza sobre los derechos de las partes. En cambio, si la ejecución por otro no vulnera la garantía del debido proceso o el derecho de defensa, nada impide que el acreedor proceda directamente sin requerir previamente la venia judicial. Es más, de hecho, en la mayoría de los casos el acreedor suele hacer ejecutar la obra por terceros sin pedir autorización

¹⁹⁵ Cfr. Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 630, n° 10, p. 370; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 534, p. 469; Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, t. II, n° 959, p. 87; Llam-bías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 960, p. 272; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 630, n° 2, p. 159.

¹⁹⁶ Cfr. Fernando Ldpez de Zavalía (h.), *La tutela de las obligaciones de hacer, y de no hacer en el derecho argentino*, en "Génesis. Revista de Direito Processuale Civil", Curitiba, maio/agosto de 1997, p. 428.

y luego, al demandar al deudor por daños y perjuicios, incluye entre los rubros de la indemnización el costo de lo pagado al tercero¹⁹¹.

Por último, considero importante señalar dos conclusiones: 1º) en los casos en que el acreedor decida proceder sin venia judicial o sin permitir la intervención del deudor, debe asumir el riesgo de no poder probar, luego, el incumplimiento del deudor o de infringir el derecho de defensa; 2º) *de legeferenda*, no estimo conveniente la supresión de la autorización a la que se refiere el art. 630, pues esa venia puede ser muy útil y necesaria cuando se pretende, por ejemplo, la destrucción de una obra, sea la obligación de hacer (art. 625), sea de no hacer (art. 633), como se verá enseguida.

§ 460. EL CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO Y SU SANCIÓN

En su oportunidad se dijo que el incumplimiento, en sentido lato, es "todo comportamiento opuesto a aquel en que se concreta el cumplimiento"⁹⁸. Pues bien, este concepto tiene concreta recepción en la última parte del art. 625, que, luego de afirmar que el "hacer" de que se trate debe ser ejecutado tal como las partes lo quisieron, en tiempo, lugar y forma, establece: "Si de otra manera lo hiciera, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho" (art. 625, *in fine*). La particularidad de esta disposición, impuesta por la misma naturaleza de la obligación de hacer, consiste en que como sanción, en caso de que el comportamiento del deudor sea opuesto al que debía, esto es, en caso de que incumpla, se lo considerará no realizado e, incluso, podrá destruirse lo hecho.

Pero la regla merece estos comentarios:

a) En primer lugar, no cualquier incumplimiento autoriza al acreedor a rechazar el pago y, menos todavía, a destruir lo hecho; debe tratarse de un incumplimiento importante, grave, que perjudique seriamente el interés del acreedor¹⁹⁹. Para determinar la gravedad del incumplimiento, son aplicables, por analogía, las reglas con las que se mide la gravedad de los vicios redhibitorios a los fines de conceder las acciones redhibitoria o *quantum minoris*, según la entidad del vicio.

b) Si el incumplimiento no es grave, no cabe el rechazo ni la destrucción; el acreedor tendrá derecho a una indemnización que cubra los perjuicios ocasionados por el cumplimiento defectuoso. Si el incumplimiento es grave y se

¹⁹⁷ Cfr. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 503, p. 416.

¹⁹⁸ *Supra*, § 205.

¹⁹⁹ Es la opinión predominante: Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 353, p. 255; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 504, p. 416; Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 625, n° 81, p. 348; Rezzónico, *Estudio de los contratos*, t. II, p. 700; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 957, p. 264; Ameal, en Belluscio (",-") y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 625, n° 11, p. 143.

justifica la destrucción, entonces el acreedor tendrá derecho a una nueva realización de lo mal hecho, por el propio deudor o "por urí tercero.

c) Si la diferencia entre lo realizado y lo que se debía realizar está originada en un modo de realización distinto del previsto, pero conocido o consentido por el acreedor, entonces no habrá lugar a reclamos y lo hecho tendrá el efecto cancelatorio del pago²⁰⁰.

d) En caso de que el acreedor pretenda la destrucción de lo hecho, ¿debe solicitar autorización judicial para llevar a cabo la destrucción o puede proceder directamente? Una importante doctrina²⁰¹ ha sostenido que para que el remedio de la destrucción sea eficaz no es necesario que el acreedor pida autorización o venia judicial para destruir lo mal hecho. Tratándose de una obligación de hacer²⁰², en la que se supone que el deudor ha hecho algo y lo que se debe determinar es, precisamente, si lo hecho por el deudor está bien o mal, estimo que la solución propuesta no es aceptable, no sólo porque equivale a autorizar al acreedor a que haga justicia por mano propia, argumento éste utilizado por la mayoría de la doctrina, sino porque de esta manera queda convertido en exclusivo juez del cumplimiento; es decir, sólo él, a su arbitrio, podría decidir si lo hecho por el deudor está bien o mal y proceder en consecuencia. En la mayoría de los casos, elementales razones de prudencia aconsejan darle intervención al deudor para que defienda lo hecho por él y, en su caso, para que aporte la prueba de sus dichos. Cobra aquí importancia la regla del art. 630 referida a la autorización judicial, pues si bien esa regla está prevista para la ejecución por otro, el mismo requisito le es exigible, incluso con mayor razón, al acreedor que pretende destruir lo hecho.

§ 461. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO

Refiriéndose a la imposibilidad de cumplimiento en las obligaciones de hacer, el Código Civil contiene dos normas que son meras reiteraciones de las reglas generales: a) por la primera se dispone que "si el hecho resultare imposible *sin culpa del deudor*," el contrato "queda extinguido para ambas partes, y el deudor debe volver al acreedor lo que por razón de ella hubiere recibido" (art. 627); b) por la segunda, "si la imposibilidad fuere *por culpa del deudor*, estará éste obligado a satisfacer al acreedor los perjuicios e intereses" (art. 628).

²⁰⁰ De acuerdo: Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 957, p. 264.

²⁰¹ Borda, *Obligaciones*, t-hn" 504, p. 416.

²⁰² Distinta es la cuestión, como se verá enseguida, cuando se trata de una obligación de "no hacer", porque en este caso no se debe juzgar si un hecho fue bien o mal realizado por el deudor, sino que el acreedor se encuentra con un hecho que nunca debió ser realizado.

II) OBLIGACIONES DE NO HACER

§ 462. LA OBLIGACIÓN DE NO HACER

En la obligación de no hacer, tomando exclusivamente en cuenta la prestación, el deudor está comprometido a una abstención, es decir, está obligado a no realizar un determinado comportamiento. El objeto del crédito está dado por la *utilidad* que esa abstención reportará al acreedor.

§ 463. LAS REGLAS APLICABLES

Son aplicables las siguientes reglas:

a) *Ejecución forzada o por otro*

La doctrina tiene establecido, desde el capítulo destinado a la ejecución forzada, que las obligaciones de no hacer se rigen por las mismas reglas que las de hacer²⁰³; en consecuencia, en tanto no se ejerza violencia sobre el deudor, el acreedor puede pretender la ejecución forzada de la abstención; por ejemplo, si un comerciante se obligó a no competir con otro, pero abre un negocio en el radio de influencia de su acreedor, éste puede pedir al juez la clausura del local de su competidor con el auxilio de la fuerza pública²⁰⁴. De la misma manera, siendo posible destruir lo que se hizo violando la prohibición, podrá ser autorizada a costa del deudor, en efecto, si el hecho fuere ejecutado por *culpa del deudor*, "el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor (art. 633). Pero si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho a pedir los perjuicios e intereses que le trajere la ejecución del hecho" (art. 634).

Por último, considero que no procederá la destrucción, ni aun existiendo culpa del deudor, cuando por sana razonabilidad no sea conveniente autorizarla; en tal caso, el acreedor deberá ser indemnizado por los daños que el incumplimiento le hubiese causado²⁰⁵.

²⁰³ P.ej., Busso, *Código Civil*, t. DX arts. 503-505, n° 56, p. 214; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 52; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. L n° 130, p. 201.

²⁰⁴ Sobre el tema, *supra*, § 239, c).

²⁰⁵ Con buen criterio, en el art. 729 del Proyecto de 1998 se propuso que en caso de incumplimiento, si bien el acreedor tiene derecho "a exigir la destrucción de lo indebidamente hecho", el juez, "según las circunstancias, y atendiendo al principio de conservación de bienes, puede limitar o rechazar la pretensión".

Si la omisión del hecho "resultare imposible *sin culpa del deudor*, o si éste hubiese sido obligado a ejecutarlo, la obligación se extingue" (art. 632). Aunque el Código no trae una norma al respecto, innecesaria por otra parte, por aplicación de la regla general, si la omisión ~~se hace~~ ^{se hace} ~~sin culpa~~ ^{sin culpa} ~~del deudor~~ ^{del deudor} ~~tiene derecho a la indemnización de los daños~~ ^{tiene derecho a la indemnización de los daños} ~~si éste~~ ^{si éste} ~~hubiese sido obligado~~ ^{hubiese sido obligado} ~~a ejecutarlo~~ ^{a ejecutarlo} ~~la obligación se extingue~~ ^{la obligación se extingue} ~~**~~ ^{**}.

CAPÍTULO XV
CLASES DE OBLIGACIONES CON RELACIÓN AL OBJETO.
OBLIGACIONES DE DAR DINERO

A) INTRODUCCIÓN

§ 464. UNA NECESARIA REFLEXIÓN PRELIMINAR

Quienes nos dedicamos a la docencia, a la investigación y a la práctica constante del derecho, por una exigencia categórica del método científico, estamos compelióos a hacer, cada tanto, un alto en nuestras tareas y reflexionar, con profundidad, acerca de aquello que estamos haciendo y de la función que cumplimos¹. Si hemos de abordar el estudio de las obligaciones de dar dinero,

¹ Esta reflexión me lleva a reiterar, en primer lugar, un par de afirmaciones que, según la tesis que profeso, considero incuestionables: la ciencia del derecho centrada exclusivamente en los conceptos, acaba convirtiéndose en un precioso e inservible edificio; una jurisprudencia esclava del texto legal termina por justificar sentencias injustas. Creo en el derecho "elaborado por quienes tienen la prudencia suficiente para detectar lo justo de las situaciones vitales", que valoren el derecho jurisprudencial, que es el "derecho vivo, hecho por juristas, como arte orientado a la síntesis fecunda entre los conceptos estables, productos históricos, modelos de racionalidad y lógica, y las exigencias empíricas de cada día adaptadas a las constantes transformaciones económicas": Llamas Pombo, *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*, p. 213.

Este método, atribuido por el autor citado a Alonso Pérez, se desarrolla en dos fases: una constructiva y otra aplicativa:

a) En la primera, todo debe comenzar por la observación de la realidad, su primer ingrediente es la experiencia jurídica, aprehender con fina sensibilidad los intereses necesitados de regulación, el aspecto sociológico con todas sus implicancias, entre las que debe tener especial relevancia el componente económico; el segundo ingrediente es la regulación normativa de tales contenidos vitales. El tránsito desde la captación empírica de la realidad (intereses y problemas) hacia la normativa, se realiza a través de una operación lógica esencialmente valorativa, en la que la prudencia, como síntesis de medida y experiencia, desempeña una función primordial: se debe proceder con hondo sentido de lo justo, contando con los precedentes. El tercer ingrediente de la etapa constructiva es dogmático, se debe recurrir al conceptualismo sin excesos.

b) En la segunda fase, aplicativa, se debe descender desde los conceptos hacia los problemas, éste es el verdadero acercamiento del derecho a la realidad que requiere un esfuerzo valorativo de fines, intereses y problemas, que más que una ciencia, es un arte.

esta reflexión preliminar no puede ser más oportuna². En este tema, como en pgeos-ott'es'.legmaiaente se equivocará el camino si se errcaraetexam«*deloS'-textos del Código Civil o de las leyes especiales o el análisis particularizado de las instituciones referidas al dinero, habiendo perdido de vista lo que es —en nuestros días— *el derecho civil como sistema*³.

Unas breves acotaciones al respecto, servirán de introducción.

a) *El derecho civil como categoría histórica*

No es posible negar que el derecho civil es esencialmente histórico, existencial⁴, contingente y convencional; hasta el punto que puede afirmarse que no existe *el* derecho civil, sino *distintos* derechos civiles que históricamente han tenido vigencia. Es verdad, también, que el derecho civil resultante de la codificación decimonónica, ya no responde a las actuales circunstancias, porque es obvio que desde los tiempos en que se sancionaron los códigos, mucho ha cambiado en el mundo. El nuevo orden social, económico, político y jurídico —que no se puede resumir en unas pocas líneas— produjo un impacto colosal en el derecho civil codificado de los siglos precedentes. El derecho civil no

² Es también ésta una cuestión metodológica. En razón de que en esta materia, en efecto, la influencia de las contingencias económicas sobre el derecho es de tal magnitud, bien haríamos en preguntarnos, como punto de partida: ¿cuál es el estado actual del derecho civil?; ¿cuál el método más apropiado para resolver los actuales problemas del derecho civil? Cfr. Llamas Pombo, *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*, p. 10. Luego, en particular, puesto que nos proponemos interpretar la legislación sobre obligaciones dineradas, corresponde que nos preguntemos, por ejemplo, ¿qué objetivo persigue el legislador?; ¿qué elementos de la realidad jurídica debe tener presente el juez? La invocación de una situación de grave emergencia económica, ¿justifica el abandono de los principios jurídicos que constituyen el cimiento de nuestra organización constitucional?

³ Me refiero al *derecho civil* y no al *Código Civil como sistema*. La diferencia es importante, porque en nuestros días el derecho civil no se agota, ni mucho menos, en el Código Civil. Esta conclusión es notoria en materia de obligaciones dineradas, en razón de la incesante legislación que se dicta respecto de ellas, legislación cuya letra nada tiene que ver con los principios del Código Civil y que, precisamente por eso, es necesario interpretar y simar dentro de sus justos límites.

⁴ Es verdad que toda reflexión sobre el derecho civil debe reflejar siempre una ideología, es decir, una forma de concebir la situación esencial y existencia! de nuestra disciplina. Una importante corriente de pensamiento, inspirada en la filosofía existencialista, sostiene que "una ideología sobre el derecho civil nunca puede ser adecuada si pretende captar apriorísticamente su naturaleza y rasgos esenciales, porque nuestra disciplina primero existe, se lanza al mundo, y recién después seioncibe, se esencializa": Llamas Pombo, *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*, p. 11. Esta idea sugiere que si bien estudiar cómo es el derecho civil en abstracto, saber cuál es su contenido estático o sus instituciones contribuirá al conocimiento teórico, mucho más efectivo y útil, aunque también mucho más complejo, es observar la realidad presente, su devenir constante, la mutabilidad de sus instituciones y atender a los problemas y sus soluciones con sensibilidad jurídica y en justicia

pudo ni puede permanecer impasible ante un fenómeno tan significativo; requiere una adaptación constante, uMiBvtfefftzaErr^^ Civil. En nuestra Argentina, en particular, ha cambiado varias veces el modelo económico⁵: y, a su turno, las contingencias económicas han hecho impacto pleno en el *régimen jurídico del dinero*.

b) La "descodificación". La legislación especial

La inadecuación del derecho civil codificado a la realidad siempre cambiante⁶ trajo consigo el fenómeno de la *descodificación*⁷, caracterizado por la proliferación de leyes especiales. Aunque los principios que la informan no necesariamente concuerdan o, si se quiere, no siempre respetan los principios y reglas del Código Civil⁸, esa legislación especial es necesaria y debe ser admitida. Pero entonces, ¿de qué se trata? Se trata de aceptar que el Código es insuficiente para albergar la cambiante realidad y que debe admitir a su lado, el número de leyes que sea necesario, siempre que sirvan para revitalizar de manera permanente el derecho civil, aun *fuera* del Código Civil⁹. Pero la legislación

⁵ En los días que corren, por ejemplo, se nota quizá más que, nunca una abrupta irrupción del "interés público" en las relaciones de derecho privado; los contratos sufren el embate del intervencionismo estatal, que ha reducido a poco o nada la autonomía privada, a pesar de que el propio Estado pregona, ¡vaya paradoja!, la economía de "libre mercado". Pero no sólo eso: ha cambiado la organización jurídica y constitucional; ha cambiado el enclave geopolítico de la región, baste la mención de la expansión de los mercados comunitarios, como el Mercosur, que pugna por instalarse definitivamente; han aparecido la fecundación *in vitro* y la procreación asistida; la donación y el trasplante de órganos son cada vez más frecuentes. Han cambiado muchos de los valores imperantes. En particular, cabe resaltar la superación del positivismo formalista, con sus consecuencias sobre el papel de la ley y el derecho. Hemos vivido el tránsito de la jurisprudencia de conceptos a la jurisprudencia de intereses y la necesaria mutación actual hacia una jurisprudencia integradora, valorativa y axiológica.

⁶ Cuando se verifica una *inadecuación* del viejo derecho civil codificado con las exigencias de la realidad presente, se habla de "crisis".

⁷ Es importante dejar aclarado que con la expresión *descodificación* aludo a la necesidad de poner el Código Civil del siglo XIX a la altura de estos tiempos, actualizándolo, revitalizándolo, pero no implica rechazar la codificación como método eficaz para llevar adelante la tarea actualizadora. Es más, integré la que se denominó "Comisión Federal de Juristas", cuyo Proyecto de Reformas al Código Civil fue aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación en 1993.

⁸ P.ej., el art 7º de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) que considera válida la oferta contractual aunque esté dirigida a un "potencial consumidor indeterminado", a pesar de que el art. 1048 del Cód. Civil requiere para la validez de la oferta en los contratos en general, que el destinatario sea una persona determinada; o los proyectos de ley sobre fecundación asistida que nos obligarían a aceptar que la existencia de las personas comienza desde su concepción, *dentro o fuera del seno materno*, a despecho de la regla contenida en el art. 70 del Cód. Civil.

⁹ Cada una de las leyes "especiales" constituye un microsistema integrando en conjunto, un polisistema de derecho civil, dentro del cual el Código Civil viene a convertirse en un instrumento más, en uno de los múltiples microsistemas que integran el polisistema. Precisamente así,

especial, que alguien calificó de abundante, torrencial y elefantiásica, tiene un límite: no debe ser admitida cuando pretende desconocer los derechos y las garantías que están consagradas no sólo en el Código Civil, sino también en la Constitución de la Nación. Ese desconocimiento de derechos esenciales es patético en algunas leyes dictadas en materia monetaria. Si bien, la legislación que se dicta en esta materia, viene con el rótulo "de emergencia", lo que hace suponer que es excepcional y transitoria, el abandono de los principios y de las reglas esenciales que esas leyes traen consigo amenaza con perpetuarse, con convertirse de legislación de emergencia, en estatuto de la "normalidad"; de allí la necesidad de reaccionar, de ponerle vallas a las inconsecuencias del legislador¹⁰. Por ello, cuando la legislación de emergencia amaga derruir el sistema, no conviene el abandono del Código Civil¹¹ porque, como bien se ha dicho, "en él permanece el más rico y refinado arsenal de instrumentos jurídicos; junto a la doctrina formada sobre su base, contiene los conceptos fundamentales del derecho privado y las categorías imprescindibles para hacer inteligibles las leyes jurídico-privadas"¹².

mediante la proliferación de las mal llamadas leyes especiales, el derecho civil vuelve a la normalidad natural y se nos presenta como un ordenamiento plural y complejo. La legislación, llamada "especial", termina por convertirse en el estatuto de la normalidad; por ejemplo, es poco o nada lo que el Código Civil dice respecto del deber de información en las relaciones contractuales, debiendo el intérprete acudir a las llamadas leyes especiales, de Defensa del Consumidor (ley 24.240), de Tarjetas de Crédito (ley 25.065), etc., para buscar allí los instrumentos jurídicos necesarios y resolver los problemas originados en una falta de información adecuada para uno de los contratantes. Es verdad que el principio de la buena fe negocial del art. 1198 del Cód. Civil, es un valioso instrumento, pero no se nieguen las reglas contenidas en la legislación especial ante los "vacíos" del Código Civil.

¹⁰ Refiriéndose a la tanda de leyes inconstitucionales dictadas en materia monetaria con el pretexto de paliar la grave crisis que vivió la Argentina en los primeros años del siglo XXI, se dijo: "Es deber de los intelectuales reaccionar, criticar, demoler las inconsecuencias del legislador y sobre todo abogar para que la enorme tristeza que hoy tienen los habitantes de este país pueda algún día transformarse en el goce de vivir en un ambiente donde se sientan respetados", Lorenzetti, *La emergencia económica y los contratos*, p. 12.

¹¹ Cuando el sistema está amenazado, por qué abandonar el Código Civil si, en definitiva, "es el heredero de toda la dogmática jurídica que, procedente del derecho común, fue trasvasada al derecho moderno precisamente a través de la codificación, por ello, ha sido y seguirá siendo la base del razonamiento y de las construcciones jurídicas": Bercovitz, *Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del derecho de obligaciones*, en "Centenario Código Civil", Madrid, 1990. Es oportuno advertir que más que impugnar el sistema de derecho que resulta del Código Civil, lo que cabe impugnar es el *exceso de dogmática* en el que incurrían algunos juristas, que se aferran a una dogmática petrificada; es decir, hacen un culto del derecho civil codificado al que presentan todavía hoy como un saber jurídico de estructura dogmática esencialmente apriorística e inmóvil, alejada de la experiencia jurídica, que no corresponde ni es un reflejo de la realidad social, que, como tal, es siempre contingente. No se trata, en definitiva, de rechazar los principios y conceptos, sino de rechazar la dogmática cerrada y apriorística alejada de la realidad.

¹² Irti, *La edad de la descodificación*, traducción de Rojo Ajuria, Barcelona, 1992, p. 84.

c) La constitucionalización del derecho civil

Cabe aquí introducir otra cuestión —de superlativa importancia y actualidad candente entre nosotros— que es la denominada *constitucionalización* del derecho civil. Por cierto que a partir del principio de supremacía constitucional, consagrado en el art. 28 de nuestra Constitución Nacional, tanto el Código Civil como las leyes que lo acompañan deben ajustarse a los preceptos y mandatos constitucionales, pero esto no agota, ni mucho menos, el tema en cuestión. Se trata de saber de qué manera las normas y principios constitucionales influyen sobre el sistema de derecho civil. En primer lugar se ha producido —por así decirlo— una entrada del Código Civil en la Constitución, con la incorporación a la carta magna de materias e instituciones que antes pudieron predicarse como propias del derecho civil y tratadas tradicionalmente por los civilistas, como, por ejemplo, la protección de la relación de consumo (art. 42); o la tutela del derecho a un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo humano (art. 41); o la protección de los datos personales (art. 43). En segundo lugar, una acentuada y directa influencia de disposiciones constitucionales sobre el derecho civil, derivada del reconocimiento constitucional de reglas y principios que han obligado a revisar los procedimientos tradicionales para la tutela de los derechos civiles, como, por ejemplo, la recepción constitucional de la acción de amparo, como vía expedita y rápida para la protección de los derechos consagrados en la misma Constitución y reglados en el Código Civil (art. 43).

d) Conclusiones

Las reflexiones que han sido expuestas me permiten formular algunas conclusiones que, al mismo tiempo, servirán de premisas para encarar el examen del régimen jurídico del dinero.

1º) El derecho civil actual ya no puede sustentarse en las bases que impulsaron la codificación decimonónica, ni las ideas y principios que la inspiraron pueden ser los mismos. Es necesario e imprescindible un reajuste y una actualización; la experiencia demuestra que esa actualización y revitalización ha tenido lugar mediante la proliferación de "leyes especiales", las cuales, junto al Código Civil, nos presentan el derecho civil como un ordenamiento plural y complejo.

2º) No toda legislación especial debe ser admitida. Aquella que pretenda desconocer derechos esenciales o vulnerar los derechos y las garantías que tienen rango constitucional no debe ser aceptada.

3º) La constitucionalización del derecho civil no siempre se logra interpretando los textos del Código Civil; es más, siendo éste una "ley nacional", puede ser modificado por otra ley, que puede no respetar la Constitución, como

ha ocurrido aquí. En la tarea de consolidar la constitucionalización del derecho, jugó un papel preponderante la jurisprudencia, abriendo una vía innovadora, y una pujante labor de los comentaristas¹⁴ elaborando doctrinas interpretativas que más de una vez han señalado el camino de retorno hacia el respeto de los textos constitucionales, a despecho de leyes inconstitucionales.

4^a) El civilista está obligado, hoy más que nunca, a mantener su mirada permanentemente atenta en los textos constitucionales, pues está claro que el conocimiento y aplicación de la Constitución es no sólo el punto de partida necesario para el análisis de toda materia civil, sino especialmente un recurso al último reducto normativo en procura de resguardar el sistema de derechos sobre cuya base se ha organizado nuestra sociedad. A tal punto se ha enfatizado la relación entre ambos órdenes, que se ha llegado a sostener la necesidad de consolidar la existencia de un *derecho civil constitucional*.

§ 465. LAS MATERIAS A TRATAR

Para ordenar la exposición, las distintas cuestiones a que da lugar el régimen jurídico del dinero, se las agrupará bajo los siguientes rubros: a) nociones generales; b) el problema del valor de la moneda. Nominalismo y valorismo; c) el régimen jurídico de los intereses. El anatocismo y la usura; d) algunas cuestiones a que dio lugar la emergencia económica decretada en enero de 2002.

B) NOCIONES GENERALES

§ 466. LA ECONOMÍA Y EL DERECHO. INCUMBENCIAS SOBRE EL DINERO

El dinero es objeto de consideración por la economía¹⁵ y por el derecho. Por cierto, si bien cada una de estas ciencias lo estudia según su punto de vista

¹³ Los procesos de emergencia dan lugar a una proliferación de normas; así, por ejemplo, durante la crisis monetaria de principios de siglo, se dictaron, en poco tiempo —desde noviembre de 2001 hasta julio de 2002— sucesivas leyes y decretos que, en general, han merecido la tacha de inconstitucionalidad por nuestros tribunales.

¹⁴ Sólo para mencionar algunos, con especial referencia a la crisis del régimen jurídico de las obligaciones ameritadas de principios de siglo: Lorenzetti, *La emergencia económica y los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002; Gil Domínguez, *Constitución, emergencia y amparo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002; Peyrano, Méndez Sierra, Domingo, Moscariello, *Efectos de la emergencia económica en las relaciones jurídicas*, Nova Tesis, Rosario, 2002; Mosset Iturraspe, Falcón y Piedecasas, *La frustración del contrato y la pesificación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

¹⁵ Existe coincidencia en que durante el siglo XIX, como consecuencia del desarrollo del industrialismo y del capitalismo, el dinero se convirtió en la principal materia de estudio de la economía política; el interés de los economistas por la "teoría del dinero" perdura, incluso incre-

y de acuerdo con su método, ambas se *implican mutuamente*, en el sentido, de que existe entre ellas un recíproco cónfido¹⁶. Existe coincidencia en la doctrina en señalar que el jurista no puede encarar el análisis o la interpretación de las normas jurídicas que se refieren al dinero, prescindiendo de las conclusiones sentadas por los estudios económicos¹⁷. Pero es también de suma importancia evitar que la mutua implicancia traiga consigo confusiones y errores que conduzcan a aprobar, cuando se trata de zanjar conflictos originados en el uso del dinero y que deben resolverse mediante la aplicación de normas jurídicas, soluciones injustas o reñidas con la lógica del "deber ser"¹⁸, con fundamento aparente en conclusiones económicas o con argumentos que pretendan justificar el desconocimiento o, lo que es peor, la directa violación del orden jurídico por "razones económicas". Repárese en la hipótesis más frecuente: cuando el Estado, mediante una ley, establece el valor de la moneda lo hace, se supone, fundado en determinadas razones económicas; luego, si esas razones desaparecen, el Estado afrontará un problema económico y si considera que puede superarlo mediante una *devaluación* 2°, tomará esa decisión —de política

mentado, hasta nuestros días: Bonet Correa, *Las deudas de dinero*, p. 38. Es más, puesto que otras disciplinas, como la filosofía, la sociología o la matemática financiera también se ocupan del dinero, asignándole algún lugar dentro de los temas propios de sus respectivos objetos, se puede decir que el dinero constituye un objeto de análisis multidisciplinario.

¹⁶ Cfr. Rosseti, *Introducción a la economía*, p. 19.

¹⁷ Por todos: Bendixen, *La esencia del dinero*, traducción al castellano de J. Pérez Bances, Revista de Occidente, Madrid, p. 38.

¹⁸ Si se me dijera que el orden jurídico, en tanto "supraestructura ideológica", está *determinado* por la "infraestructura económica" y, en consecuencia, si por razones económicas, en un caso concreto, no se puede entregar dinero, el derecho no puede desconocer y en todo caso, nada puede hacer frente a esa imposibilidad, respondo: si una persona está jurídicamente obligada a pagar una suma de dinero y luego cae en completo estado de insolvencia, esa insolvencia (razón económica) determinará, seguramente, que el pago no pueda tener lugar, pero esto, de ninguna manera supone que la sentencia del juez dejará de declarar que el pago "debe ser" realizado porque quien por una causa lícita está obligado (razón jurídica) "debe pagar", aunque de hecho, no lo haga

¹⁹ Al conjuro de las contingencias económicas, el Estado, en procura de resolver problemas económicos o "situaciones de emergencia", dicta leyes o decretos que, en más de una ocasión, se presentan ante el ciudadano común como marchas y contramarchas que desorientan, le quitan credibilidad a las decisiones de gobierno y desatan una ola de conflictos judiciales; así, el problema económico genera un problema jurídico que deberá ser resuelto según las pautas y con los métodos propios de la ciencia del derecho. Valga este ejemplo: la ley 25.466, promulgada en septiembre de 2001, dispuso en su art. 2° la intangibilidad de los depósitos de dinero en estos términos: "el Estado en ningún caso, podrá alterar las condiciones pactadas entre el o los depositantes y la entidad financiera,..." y, sin embargo, nada impidió que apenas dos meses más tarde, el 1° de diciembre de 2001, se dictara el decreto 1570/2001 que vino a modificar, precisamente, los contratos de depósitos celebrados entre ahorristas y los bancos y entidades financieras, impidiendo a los primeros el libre retiro de los fondos depositados.

²⁰ También puede suceder lo contrario, es decir, que el Estado decida defender el poder adquisitivo del dinero para facilitar la importación, aunque ello traerá aparejados otros problemas internos.

económica— y dictará otra norma que, directamente o por elipsis, dará un menor valor a la moneda, la que quedará, así, depreciada, devaluada²¹. Cualesquiera que sean los motivos con los que se quiera justificar la devaluación, sea que se diga que era necesaria para corregir errores del sistema monetario o del modelo económico anterior a ella sea que la decisión se haya tomado simplemente para tapar con una cortina de humo la bancarrota del Estado, lo cierto e incuestionable es que, invariablemente, la pérdida de valor de la moneda produce un monumental impacto en el campo jurídico²².

Los problemas jurídicos que las decisiones de política económica referidas al dinero traen consigo son innumerables y complejos. El principal problema consistirá en determinar en qué situación jurídica se encuentran los acreedores y deudores de obligaciones "de dar dinero" frente a tales decisiones, sea que éstas consistan en alterar el valor de la moneda, o en decretar la indisponibilidad de los depósitos de dinero que se hubiesen efectuado en bancos o entidades financieras o en prohibir que se incluyan en los contratos cláusulas estabilizadoras²³ o, en fin, en cualquier otra que imponga la conyuntura económica o social²⁴. Los problemas jurídicos deben resolverse según reglas y principios jurídicos, aunque sus soluciones no satisfagan las expectativas u objetivos perseguidos por la economía política o por la autoridad económica a cuyas instancias se dictaron las leyes o decretos que dieron lugar a aquellos problemas jurídicos.

Pero precisamente por eso, es exigible al jurista el máximo de prudencia y la mayor atención para discriminar, en cada caso concreto, hasta dónde llega el ámbito de dominio propio de la economía y dónde el orden jurídico debe imperar restableciendo la equidad, la justicia conmutativa y el respeto por los derechos esenciales.

§ 467. CONCEPTO DE DINERO (PAPEL MONEDA). IMPORTANCIA

El dinero²⁵ conocido como "papel moneda" pertenece al género de las cosas fungibles y, dentro de él está demostrado, ése es su rasgo específico, que es útil en

²¹ La pérdida de valor de la moneda, medida esa pérdida en comparación con las divisas extranjeras, produce una seria alteración en la relación de precios, interiores y exteriores, repercute en la balanza comercial y, en general, afecta todos los contratos, en tanto, actos jurídicos de contenido patrimonial.

²² Como con todo acierto lo ha sostenido Schoo, *Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales*, p. 8.

²³ Cfr. Trigo Represas, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, p. 5.

²⁴ Como, por ejemplo, lo que ocurrió con la ley 24.283, conocida como Ley de *Desindexación*, con la que se buscó poner un límite a los abusos y excesos de la teoría valorista, cuestión que se abordará más adelante.

²⁵ Se suele definir el dinero haciéndolo consistir en "un medio de pago", sin embargo, esa descripción contiene un vicio lógico pues, como bien se ha dicho, cuando se define el dinero como *medio de pago* se está presuponiendo ya conocida la idea del dinero, que es —precisamen-

el tráfico de los negocios, no por lo que físicamente es, como ocurre con las otras cosas fungibles, sino porque simboliza una fracción (múltiplo o submúltiplo) de una unidad ideal, un peso, un dólar, etc. Aceptado esto, se puede definir como dinero "aquellas cosas fungibles que en el tráfico jurídico se entregan o reciben, no como lo que físicamente son, sino como una fracción (múltiplo o submúltiplo) de una unidad ideal de moneda emitida y autorizada por el Estado"²⁶.

Desde el punto de vista puramente teórico, bien se puede decir que esas cosas fungibles en las que se corporiza el dinero representan una idea, un símbolo, un producto de la razón humana, concebido como la unidad de medida y medio de pago en las relaciones patrimoniales que se gestan, nacen y extinguen constantemente en una sociedad de división del trabajo²⁷. Resulta ser una de las conquistas con que cuenta el hombre el haber cultural de su civilización, que permanece y se mantiene a lo largo de su historia, pues el dinero, hoy como ayer, es el medio útil y necesario para facilitar el intercambio y distribución de bienes y servicios. En efecto, nadie puede dudar de la necesidad de que los bienes de consumo sean *intercambiables*; pues bien, ¿cuál es el medio más eficaz para facilitar el intercambio? Hay una sola respuesta: el uso del dinero » Es conocido por todos que en los más diversos contratos (compraventas, locaciones, mutuos, depósitos, sociedades, etc.) el valor de los bienes o servicios que una parte debe dar o prestar, se mide por cierta cantidad de *dinero* que la otra parte debe pagar como precio o contraprestación. Pero, precisamente por eso, el mayor problema jurídico que plantea el dinero es la *alteración* de su valor, que torna imprecisa su función de "medida de valor" de los bienes objeto de intercambio.

A través del dinero, en suma, el hombre construye, desarrolla, modifica y hasta —desgraciadamente en ocasiones— destruye su vida social. He ahí su importancia.

§ 468. OBLIGACIONES DE DAR DINERO

Desde el punto de vista jurídico, cuando el dinero (papel moneda) es utilizado como *objeto* en una relación de obligación, surge la llamada obligación de dar una suma de dinero u obligación pecuniaria. Con el propósito de dar una

te— lo que se quiere definir: Nussbaum, *Teoría jurídica del dinero*, traducción de Luis Sancho Seral, p. 30. También ha sido definido, destacando sus funciones, como "la moneda que autoriza y emite el Estado, con la finalidad primordial de servir como unidad de medida del valor de todos los bienes, como instrumento de cambio y como medio de pago de relaciones patrimoniales": Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, § 157.

²⁶ La definición propuesta por Nussbaum, *Teoría jurídica del dinero*, p. 33, dice: "aquellas cosas que en el comercio se entregan y reciben, no como lo que físicamente son, sino solamente como fracción, equivalente o múltiplo de una unidad ideal".

²⁷ Cfr. Bonet Correa, *Las deudas de dinero*, p. 11 (Introducción).

²⁸ J. Puia Brutau. *Fundamentos del derecho civil*. 1.1. vol. II. o. 321.

definición de estas obligaciones, definición que cuenta con el aval de importantes doctrinarios que son "aquellas que, desde su origen, tienen por objeto la entrega de una suma de dinero, entendido éste como la moneda autorizada por el Estado". Pero el concepto no estaría completo si no se aclarara que, siendo el dinero una cosa representativa de un valor, el objeto de la obligación pecuniaria es *el valor* que el dinero entregado como precio representa.²⁹ Claro que el dinero cumple realmente su función de tal, cuando su valor se mantiene estable.

Respecto del método, cabe decir que la civilística argentina, también la española e italiana, después de abordar las obligaciones genéricas, emprende el estudio de las obligaciones de dar dinero como una modalidad o especie de aquéllas. Así resulta, en nuestro derecho, del art. 616 que contiene el referido reenvío: "es aplicable a las obligaciones de dar sumas de dinero, lo que se ha dispuesto sobre las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, y sobre las obligaciones de dar cantidades de cosas no individualizadas".

§ 469. CARACTERES DEL DINERO

El dinero o papel moneda presenta los siguientes caracteres:

- a) Es una *cosa mueble*, en los términos del art. 2311.
- b) Es *representativa de un valor*.
- c) Es *fungible*, por cuanto cualquier billete o pieza metálica es intercambiable por otro de la misma especie, siempre que represente igual valor.
- d) Es *consumible*, porque una vez usado deja de existir para quien lo usa. En este sentido, "usar" el dinero implica *desprenderse* de él; por ello, su carácter consumible se asocia a *gasto*.³⁰ En suma, se consume cuando se gasta.
- e) Es *divisible*, porque puede ser fraccionado indefinidamente, aunque falten los billetes o piezas correspondientes a las fracciones resultantes; por ejemplo, es perfectamente posible pactar que una cosa cuyo precio es de \$ 10 se pagará en 3 cuotas iguales de \$ 3,33 cada una, aunque no existe un único billete o pieza metálica que represente exactamente ese valor.
- f) El papel moneda es de *curso legal*, en el sentido de que de su nominación y valor debe estar determinado por una ley del Congreso y su circulación autorizada y controlada por el Estado. No les es posible a los ciudadanos "crear" dinero, al margen del sistema monetario establecido por el "derecho monetario". La moneda de curso legal tiene fuerza cancelatoria y es irrecusable; es decir, los

²⁹ Llambías, *Obligaciones*, t TÜ, n° 885, p. 169.

³⁰ Trigo Represas, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, p. 36.

³¹ El dinero es esencialmente *consumible* porque se trata de un bien destinado al *cambio*: por estar destinado a la enajenación, su uso natural consiste en gastarlo. Cfr. Garrigues, *Contratos boticarios*, Madrid, 1975, p. 69.

particulares están obligados a entregar y recibir la moneda de curso legal, como medio de pago.

g) El papel moneda es de *curso forzoso*, cuando es inconvertible. En efecto, la doctrina considera de curso forzoso a la moneda *inconvertible* pues, se dice, el *tenedor* del dinero no puede dirigirse al *emisor* y exigirle que le dé el equivalente en metálico o en la divisa (por ejemplo, el dólar) que sirve de respaldo a ese dinero. El dinero inconvertible debe, forzosamente, circular.

En conclusión: queda entendido que el dinero es una cosa mueble valiosa, fungible, consumible y divisible, a la cual la autoridad pública le ha atribuido la función de unidad de medida del valor de todos los bienes, razón por la cual tiene curso legal y forzoso.

§ 470. FUNCIONES DEL DINERO. ANÁLISIS CRÍTICO

Según la teoría jurídica tradicional³², el papel moneda dinero cumple tres funciones esenciales:

1*) Es *medida del valor* de los bienes o servicios; se dice, en efecto, que el dinero permite que el valor de los bienes o servicios (un inmueble, la atención al paciente por parte de un equipo quirúrgico, etc.) se exprese en determinado número de unidades monetarias. Es en este sentido que el dinero sirve como *patrón*³³ que mide el valor de los bienes.

• 2*) Es un *instrumento de cambio*. Se dice que la utilidad específica del dinero es servir como instrumento de intercambio y como "portador de opciones"³⁴. Su aceptación general por la comunidad, asegurada por el Estado que debe controlar su circulación, lo convierte en el medio apto para facilitar los intercambios.

3*) Es, por último, un *medio de pago*, en razón del poder *cancelatorio* que le confiere el Estado al dotarlo de curso legal y forzoso. Algunos autores añaden que sirve también como *instrumento de ahorro* y de *acumulación de riquezas*, ya que posibilita la reserva de valores, a través de la conservación de lo ganado y no gastado y su proyección temporal, lo que a su vez permite que pueda ser utilizado como un medio de pagos diferidos³⁵. Sin embargo, se ha negado que éstas sean funciones del dinero, pues éste está destinado a circular, no a ser conservado o retenido³⁶. Por otra parte, en las economías afectadas por procesos inflacionarios no es posible atesorar dinero con fines de ahorro.

³² Por ejemplo, Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 890, p. 180.

³³ En una de sus acepciones, la palabra *patrón* designa "un pedazo de metal que se toma como tipo para la evaluación de la moneda en un sistema monetario".

³⁴ Cfr. Rosseti, *Introducción a la economía*, 15ª ed., Haría, San Pablo, 1994, p. 169.

³⁵ P.ej., Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. L § 157, c).

³⁶ Al respecto, Trigo Represas hace suya la opinión de quienes piensan que siendo la *circulación* la primordial función de la moneda, si se la usa como "medio de ahorro", dejaría de ser

Pero, quien afirme que el dinero cumple esas tres funciones, debe dar respuesta a estas objeciones:

a) En primer lugar, está demostrado que tales funciones sólo se conciben cuando el valor de la moneda es *estable* o, en otros términos, cuando su valor no sufre alteraciones importantes con el transcurso del tiempo.

b) En segundo lugar, tampoco se puede desconocer que los gobiernos han convertido el dinero en un "instrumento de política económica y social"; por ejemplo, cuando se usa la emisión de moneda para intentar mejorar los salarios y con ello incrementar el consumo, aunque corriendo el riesgo cierto de provocar un brote inflacionario, con la consiguiente distorsión de los precios³⁷.

c) A partir de las premisas que anteceden, se ha llegado a sostener que, como consecuencia de la alteración del valor de la moneda, provocada por hechos económicos o decisiones políticas, la moneda ha dejado de cumplir las funciones tradicionales que se le atribuyen³⁸. En la Argentina, salvo durante los períodos de estabilidad monetaria, nuestra moneda no ha podido cumplir eficazmente las funciones de ser medida del valor de los bienes, instrumento de intercambio o medio de pago cancelatorio, en razón de su constante desvalorización o depreciación³⁹.

§ 471. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA MONEDA

a) *Del trueque a la aparición de la moneda*

Cuando el hombre primitivo comenzó a agruparse en comunidades más o menos pobladas, recurrió para satisfacer sus necesidades elementales (alimentación, vestimenta, etc.) al trueque o cambio de cosa por cosa. Esta simple combinación económica —permuta o trueque— se nos presenta, así, como el contrato de cambio más antiguo de la historia⁴⁰. Pero la permuta pronto mostró sus

moneda para convertirse en "mercadería", pues saldría de circulación para convertirse en objeto de atesoramiento: en *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, p. 26.

³⁷ Es indudable, y los argentinos lo sabemos muy bien, que el dinero suele ser un instrumento de determinadas decisiones políticas con fuerte incidencia en la vida social. En diversas oportunidades se ha implementado por el gobierno de turno una política económica fundada en una dirección preponderantemente monetarista, como ocurrió, por ejemplo, con el régimen de convertibilidad basado en la paridad un peso igual a un dólar. La política económica resultante de la convertibilidad ha merecido elogios (Llach, *Otro siglo. Otra Argentina*, Ariel, Buenos Aires, 1997) y fuertes críticas (Curia, *La trampa de la convertibilidad*. Realidad Argentina, Buenos Aires, 1999).

³⁸ Trigo Represas, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, p. 33.

³⁹ Cfr. Trigo Represas, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, p. 26; Lorenzetti, *La emergencia económica y los contratos*, p. 20.

⁴⁰ Ver José L. Lacruz Berdejo, su "Prólogo" a la obra de Merino Hernández, *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978.

limitaciones⁴¹. Para superar esas dificultades, apareció la moneda, que fue *ideada* por los hombres para facilitar el intercambio: "Se convino en dar y recibir en los cambios —relata Aristóteles— una materia que, además de ser útil por sí misma, fuese fácilmente manejable en los usos habituales de la vida y así se tomaron el hierro, por ejemplo, la plata u otra sustancia análoga, cuya dimensión y cuyo peso se fijaron desde luego, y después, para evitar la molestia de continuas rectificaciones, se las marcó con un sello particular, que es el signo de su valor"⁴². Se estima que la moneda metálica se institucionalizó ocho siglos antes de Cristo⁴³.

b) De la moneda metálica a la moneda de papel

Con el transcurso de los siglos, el volumen de la moneda metálica en circulación comenzó a aumentar considerablemente, en especial después de la Revolución Industrial. Debido a los riesgos inherentes al uso de metales valiosos y a las dificultades en el transporte, sobre todo cuando se trataba de volúmenes considerables, empezaron a surgir serias complicaciones en el manejo del dinero metálico, lo que dio lugar al florecimiento de casas de custodia y depósito, en las que se ha visto el embrión de los sistemas bancarios. Dice Samuelson⁴⁴ que, en su origen, esos establecimientos se asemejaban a simples casas de guarda de valores que operaban así: el depositante dejaba allí su oro para resguardo y se le daba un certificado; luego, cuando necesitaba el metal, no tenía más que presentar el certificado, pagar una pequeña suma por la custodia y el oro le era restituido. Al principio el certificado se extendía a nombre del depositante (era *nominativo*) y el oro guardado quedaba inmovilizado, de manera que se restituían las mismas piezas que habían sido guardadas. Pero más tarde, al incrementarse los depósitos y los retiros, se perdió la identidad física de las monedas depositadas y ya no se restituían las mismas piezas, sino

⁴¹ Jevons ilustra las dificultades del trueque con el siguiente relato, ya clásico: "Hace algunos años, mademoiselle Zélie, cantante del *Théâtre Lyrique* de París, ofreció una recital en las Islas Society. En pago por su actuación, le correspondía la tercera parte del ingreso. Hechas las cuentas, se verificó que le tocarían 3 cerdos, 23 pavos, 44 gallinas, 5000 cocos, además de una considerable cantidad de bananas, limones y naranjas. En París, la venta de esos animales y frutas podría haberle proporcionado un ingreso de 4.000 francos. Pero en las Islas Society, al no haber otras formas de moneda, mademoiselle Zélie se vio obligada a consumir una parte de esos pagos en especie, alimentando a los animales que había recibido, con el resto de las frutas". Stanley W. Jevons, *La monnaie et le mécanisme de l'échange*, 5ª ed., Librarie Germain Baillié, París, 1891.

⁴² Aristóteles, *La política*. Capítulo III, "De la adquisición de los bienes".

⁴³ Según Heródoto, fueron los lidios los primeros en producir monedas metálicas y fue Fídón, rey de Argos, el primer soberano que imprimió su sello oficial en los pedazos de metal utilizados como moneda que circulaba en sus dominios. Se menciona este episodio como el inicio del uso de monedas de emisión oficial y de curso legal.

⁴⁴ Paul Samuelson, *Introdução à análise econômica*, 8ª ed., Rio de Janeiro, 1975.

otras de la misma especie y en igual cantidad. Este proceso culminó cuando los certificados de depósito dejaron de ser nominativos y las casas de depósito comenzaron a emitirlos al portador. El público, puesto que confiaba en el total respaldo de los certificados, comenzó a hacerlos circular, y ante su generalizada aceptación, cobró forma un nuevo instrumento monetario: la *moneda de papel*, que contaba con pleno respaldo porque el valor total de los certificados en circulación era exactamente igual al valor total del metálico depositado. Por ello, la moneda de papel es esencialmente *convertible*.

c) De la moneda de papel al papel moneda

Generalizado el uso de la moneda papel, por la experiencia que acumularon las casas receptoras de depósitos, pronto se advirtió que la cantidad de oro que debía permanecer guardada como respaldo para garantizar los retiros de los depósitos no debía ser necesariamente igual al total de los certificados en circulación, puesto que nunca ocurría que *todos* los depositantes fueran al mismo tiempo a retirar el oro; además, si bien se realizaban continuos retiros, también se registraban nuevos depósitos, de manera que *siempre* quedaba guardada una importante cantidad de oro. Constatada esta realidad, las casas de depósito, que a partir de entonces se convirtieron en casas bancarias, comenzaron a otorgar créditos, dentro de ciertos límites, extendiendo certificados o notas bancarias a personas que no habían depositado el metal. Las personas a quienes se entregan estos documentos se convertían en portadoras de *papeles* que podían ser canjeados por la cantidad de metal que en ellos se mencionaba mediante su presentación ante la entidad emisora. Nació así el papel moneda o *moxitá&fiduciaria*, nombre que indioaque su aceptación se fundaba en la *e* o *confianza* que los ciudadanos tenían en que las casas emisoras tenían metálico suficiente para responder por esos papeles emitidos sin previo depósito.

d) La moneda de curso legal y forzoso

El sistema de la moneda fiduciaria funcionó aceptablemente hasta que se incurrió en emisiones excesivas. Cuando el valor representado en los papeles bancarios en circulación pasó a ser notablemente mayor que el valor del metálico depositado, desapareció la plena garantía de convertibilidad, es decir, de cambiar aquellos papeles por metal. Ello, sumado al uso imprudente de las emisiones, generó incertidumbre en la población que "corrió" a los bancos a retirar sus depósitos en oro y ante la imposibilidad de atender todos los reclamos, se produjo el derrumbe del sistema, con cierres y quiebras de bancos⁴⁵. Ante la pérdida de confianza

⁴⁵ La historia registra numerosas crisis de esta clase. Incluso, una de ellas ocurrió en la Argentina a comienzos del siglo XXI, cuyo sistema financiero se derrumbó, derrumbe que dio vida

en las casas bancarias, el Estado decidió reglamentar la emisión de papel moneda, creando una entidad oficial, llamada en casi todos los países *Banco Central*, controlada por el Estado. Al comienzo, las emisiones del banco central tuvieron respaldo metálico, sirviendo al efecto las reservas en oro existentes en el Tesoro Nacional; luego, los papeles emitidos por el banco central dejaron de tener respaldo metálico y pasaron a tener un *valor garantizado* por el propio Estado mediante una ley específica funcionando por esa razón como papel moneda de *curso legal*; al mismo tiempo, al haber desaparecido el respaldo metálico de la moneda, el Estado decidió que ésta fuera *inconvertible*, es decir, no canjeable por metálico, razón por la que se le asignó *curso forzoso*. Al cabo de esta evolución, se llega al papel moneda, de curso legal y forzoso que hoy se conoce⁴⁶.

§ 472. CLASES DE MONEDAS

Tal como resulta de la reseña efectuada, la teoría jurídica del dinero menciona la existencia de las siguientes clases de monedas:

a) *Moneda metálica*

Es la acuñada en metales nobles, oro, plata u otros, cuyo valor es el de la cantidad de metal empleado en su acuñación. Se dice que tiene valor *intrínseco*, es decir, vale por sí misma según el valor del metal en que está hecha. En rigor, siempre vale un poco menos porque nunca el metal empleado es puro sino que contiene otros elementos necesarios para la aleación. En la actualidad, esta moneda tiene escasa o casi nula circulación. Cuando dejó de ser usada como moneda circulante, como se vio, pasó a cumplir la función de respaldar—guardada en cajas o depósitos— a la moneda de papel.

b) *Moneda de papel*

En su origen, fue un certificado de depósito en donde constaba que su titular tenía una determinada cantidad de metal a su disposición que podía retirar con la sola presentación de ese papel. Luego, pasó a ser un billete cuyo ente emisor garantizaba al portador *su conversión* por la cantidad de oro, plata o del metal a que se refiriese el billete. Tratándose de una moneda con pleno respaldo metálico, es *convertible*, en oro, plata, etc., según el metal que la respalde.

al denominado "corralito" financiero, nombre con que el ingeniero popul ar denominó esa crisis caracterizada porque los fondos o depósitos quedaron encerrados en la entidad financiera o bancaria, "acorralados", sin poder los ahorristas retirarlos.

⁴⁶ En la historia reciente del sistema monetario argentino, mención aparte merece la moneda de la ley 23.928, de convertibilidad, que rigió hasta el 6 de enero de 2002, que era *convertible* en dólares a la paridad 1 peso 1 dólar.

c) Moneda fiduciaria

Cuando los entes emisores de moneda papel comenzaron a emitir papeles sin respaldo, esos papeles pasaron a ser moneda fiduciaria, ya que su aceptación se generalizó en razón de que los ciudadanos confiaban en que podían ser convertidos en metálico. Esta moneda constituyó un *punte* entre la moneda papel y el papel moneda.

d) Papel moneda

Es el billete emitido por el Estado, sin respaldo en metálico y, por ende, inconvertible. El Estado garantiza el valor que le atribuye al billete, dotándolo de poder cancelatorio de las deudas de dinero, por eso tiene curso legal y, por ser inconvertible, tiene curso forzoso.

e) Moneda escritural, giral o bancaria

Al papel moneda y a las monedas metálicas *en poder* de los particulares se los denomina *efectivo*. A los papeles bancarios, cheques, letras de cambio, etc., con los que se mueven los depósitos a la vista existentes en los bancos se los conoce como moneda bancaria o *escritural*". Si bien estos papeles no constituyen dinero, *sensu strictu*, cumplen una importantísima función, facilitando el intercambio y las transacciones.

f) La cuasimoneda

Al concepto de cuasimoneda se llega considerando la importancia que tienen determinados "activos financieros" de alta liquidez, como son los capitales que se forman con depósitos de dinero efectuados por los particulares en bancos y entidades financieras, tales como los depósitos a plazo fijo, en cajas de ahorro, en fondos comunes de inversión, etc. Estos activos son de alta liquidez, en el sentido de que el tenedor de un certificado de depósito de esta clase puede convertirlo rápidamente en moneda, con bajo costo y por lo general sin pérdida de valor. Desde el punto de vista de la liquidez de los activos, no es lo mismo tener un inmueble que un certificado de depósito a plazo fijo, pues si bien ambos son "activos patrimoniales" y pueden convertirse en dinero, es obvio que en el caso del inmueble, se requiere mayor tiempo, de una negociación más compleja y se depende de las condiciones del mercado inmobiliario; el certifi-

cado de depósito, en cambio, es *fácilmente* y *normales*. A estos valores se les aplica el concepto de cuasimoneda

§ 473. CIRCULACIÓN MONETARIA: DISTINTAS ESPECIES

Tomando en cuenta las distintas clases de monedas, la doctrina suele distinguir distintos tipos de *circulación* monetaria. Así.

a) *Curso legal*

Una moneda tiene curso legal cuando su valor ha sido establecido y garantizado por el Estado, teniendo por ello fuerza cancelatoria irrecusable. Circula como medio de pago obligatorio. El curso legal rige las relaciones acreedor-deudor; entre ellos es irrecusable. La moneda de curso legal puede ser, a su vez, de curso forzoso o de curso convertible.

b) *Curso forzoso*

El curso forzoso rige las relaciones entre el tenedor del dinero y la entidad emisora; una moneda es de curso forzoso cuando es *inconvertible*, es decir, cuando su tenedor no puede reclamar del emisor que convierta su billete en metálico o en otra divisa.

c) *Curso convertible*

Una moneda de curso legal es además convertible, cuando su tenedor puede dirigirse al ente emisor (banco central) y exigirle su conversión en metálico u otra divisa extranjera.

§ 474. SÍNTESIS DEL SISTEMA MONETARIO. ARGENTINO

a) *Las monedas*

Una visión diacrónica de nuestro régimen monetario, con referencia a las monedas de los argentinos desde fines del siglo XIX hasta el presente, podría sintetizarse así:

1) En 1881 se dictó la ley 1130, que creó un sistema monetario bimetalista, ordenando la emisión, como moneda metálica del peso de oro y del peso de plata. En 1883 se dictó la ley 1354 por la que se dispuso que se emitieran, como moneda convertible "billetes pagaderos en pesos moneda nacional oro", lo que significó

el fin del sistema bimetalista anterior y su reemplazo por un sistema de moneda papeft <S^poriere^resalto'que la ley 1130 de 1881 nunca fue derogada.

2) En 1885 se dictó la ley 1734 que decretó la inconvertibilidad de la moneda; con esta ley los billetes circulantes se hicieron de curso legal y forzoso. Desde entonces coexistieron dos especies de moneda de curso legal en todo el territorio de la República: el peso oro de la ley 1130 de 1881 (moneda metálica) y el peso moneda nacional, papel inconvertible de la ley 1734 (papel moneda)⁴⁹, aunque el peso oro prácticamente no fue usado como moneda circulante.

3) Por efecto de la inflación, el peso moneda nacional se depreció a tal punto que en 1970 se dictó la ley 18.188, por la que se creó el 'peso ley 18.188' que reemplazó al peso moneda nacional a una paridad 1 peso ley 18.188 = 100 pesos moneda nacional.

4) El peso ley 18.188 también se depreció y fue reemplazado a partir del 1° de junio de 1983 por el "peso argentino", creado por decreto 1025/1983, a la paridad 1 peso argentino = 10.000 pesos ley 18.188.

5) El peso argentino subsistió hasta 1985 en que fue reemplazado por el "austral", creado por decreto 1096/1985, a una paridad 1 austral = 1.000 pesos argentinos.

6) El 1° de abril de 1991 entró a regir la ley 23.928 que declaró la convertibilidad del austral con el dólar norteamericano a una paridad 1 dólar = 10.000 australes. Luego, por decreto 2128/1992, el austral convertible fue reemplazado por el peso convertible a una paridad 10.000 australes = 1 peso. A partir de entonces el peso circuló como moneda convertible con el dólar norteamericano a una paridad 1 peso = 1 dólar. Luego, la ley 25.445 declaró la convertibilidad del peso, según el promedio simple de un dólar norteamericano y un euro de la Unión Europea, en lo que se denominó "canasta de monedas".

7) La convertibilidad del peso a la paridad uno a uno con el dólar subsistió hasta el 6 de enero de 2002 en que entró en vigencia la ley 25.561 que declaró la inconvertibilidad del peso, para permitir la emisión monetaria sin depender de la existencia de reservas en dólares⁵⁰.

b) El régimen monetario a través de tres períodos

El régimen monetario argentino puede ser mirado a través de tres períodos bien diferenciados:

1) *Período anterior a la convertibilidad.* — Con anterioridad a la convertibilidad, se debe señalar lo siguiente: a) salvo el peso oro de la ley 1130 de

⁴⁹ Cfr. Trigo Represas, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, p. 47.

⁵⁰ Sobre la reseña del régimen monetario argentino: Lorenzetti, *La emergencia económica y los contratos*, p. 23.

1881, nuestra moneda, con distintas denominaciones, fue papel moneda inconvertible; de curso legal y forzoso; b) esa moneda estuvo regida por el principio nominalista, aunque durante las décadas de los años setenta y ochenta fue virtualmente reemplazado por el valorismo, a causa de la inflación crónica de nuestra economía; c) la obligación en moneda extranjera era considerada como obligación de dar cantidades de cosas; se usaba como cláusula de ajuste. El deudor tenía el derecho de conversión, que le permitía pagar en moneda nacional al cambio del día del pago.

H) *Período en que rigió la Ley de Convertibilidad.* — La ley 23.928 tuvo un trámite vertiginoso. El 20 de marzo de 1991 el Poder Ejecutivo nacional envió el proyecto al Senado de la Nación, cuerpo que el día 22 lo aprobó y el día 23 lo giró a Diputados; allí fue aprobado sin modificaciones y el día 27 fue promulgado por el Ejecutivo. El 1° de abril de 1991 entró en vigencia⁵¹. Durante el período en que rigió la Ley de Convertibilidad (1° de abril de 1991 hasta el 6 de enero de 2002), se constata que:

a) El austral, luego reemplazado por el peso, era moneda de curso legal y convertible con el dólar norteamericano a la paridad un peso = un dólar.

b) Esa moneda estuvo sometida a un nominalismo rígido; se prohibió rigurosamente el uso de mecanismos indexatorios o de cláusulas de actualización. La ley 23.928, en efecto, ordenó volver al nominalismo, mediante la eliminación de todas las fórmulas de ajuste, procurando con ello borrar para siempre las prácticas indexatorias. El art. 7, todavía vigente, dice que el deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes —debe entenderse que están comprendidas todas las obligaciones de dar dinero— cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. La ley dispone que en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, repotenciación de deudas, haya o no mora del deudor. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo dispuesto.

c) La moneda extranjera fue considerada como obligación de dar dinero. Se suprimió el derecho de conversión. Quien se obligaba a pagar moneda extranjera debía cumplir pagando "la especie designada".

⁵¹ ¿En qué consistía la convertibilidad? En síntesis: el art. 1° de la ley declaraba la convertibilidad del austral con el dólar norteamericano, a una relación de 10.000 australes por cada dólar. El art. 2° imponía al Banco Central de la República la obligación de vender las divisas que le fueran requeridas, a la relación antes establecida. Estas disposiciones autorizaban a afirmar que cualquier ciudadano podía convertir los australes que poseía en dólares; con la seguridad de que un dólar no podía superar el tope de 10.000 australes. Si bien antes de la Ley de Convertibilidad también se podía cambiar australes por dólares, la diferencia está en que bajo la vigencia de la convertibilidad, si la banca privada se negaba a cambiar moneda o pretendía un precio mayor al establecido en la ley, el Estado estaba obligado a entregar dólares al precio legal predeterminado.

DI) *La legislación de emergencia de 2002.* — Según la legislación de emergencia dictada a partir de enero de 2002: a) se decretó la inconvertibilidad del peso, con lo cual éste vuelve a ser papel moneda de curso legal y forzoso no convertible; b) se pretende mantener el principio nominalista, pero con carácter atenuado o flexible, pues si bien se confirma la prohibición de usar mecanismos indexatorios o cláusulas de actualización, se han implementado *coeficientes estabilizadores* que cumplen una disimulada función indexatoria; c) las obligaciones en dólares contraídas con anterioridad a la ley 25.561 han sido pesificadas a la paridad 1 peso = 1 dólar o 1 dólar = 1,40 pesos, según distintos supuestos que prevé el decreto 214/2002; d) las nuevas obligaciones que se contraigan pueden ser asumidas en dólares, en cuyo caso, al mantenerse vigente el art 617 del Cód. Civil según la versión de la Ley de Convertibilidad, deben ser consideradas como obligaciones de dar dinero sin derecho de opción para el deudor.

§ 475. LA INFLACIÓN Y EL PAPEL MONEDA. LOS EFECTOS ECONÓMICOS

Con la palabra "inflación" se designa el fenómeno que tiene lugar cuando se deprecia el valor del papel moneda, depreciación que se traduce en la pérdida de su poder adquisitivo. El asunto suele ser explicado en los siguientes términos: en toda economía regularmente organizada, la cantidad de papel moneda circulante, más los depósitos existentes en bancos y entidades financieras, debe guardar *equivalencia* con el volumen total de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Cuando esa equivalencia se rompe, sea porque aumenta la cantidad de moneda circulante, sea porque haya escasez de bienes o servicios, se producen importantes distorsiones en el valor de la moneda y en los precios. En ese marco, se puede decir que hay inflación cuando se incrementa la cantidad de papel moneda en circulación o en depósitos bancarios, superando el volumen de los bienes existentes, con lo cual la cantidad de circulante excede las necesidades normales del comercio⁵². Esa distorsión se refleja en la pérdida de valor del papel moneda con la consiguiente disminución de su poder adquisitivo, por ejemplo, si con \$ 10 pesos podía comprar 10 kilos de harina, al aumentar la cantidad de moneda circulante y no los bienes, con esos \$ 10 sólo podré comprar ahora 7 kilos de aquella misma harina. La cara visible de la inflación es el aumento generalizado y sostenido de los precios.

a) *La emisión monetaria como causa de inflación*

La inflación es uno de los fenómenos económicos más antiguos y polémicos⁵³; se han ensayado las más diversas teorías procurando explicar sus causas

⁵² Cfr. Trigo Represas, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, p. 17.

⁵³ Para una historia de la inflación en la Argentina: Trigo Represas, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, p. 23.

y efectos⁵⁴. Por lo general, la expansión de los medios de pago (aumento del dinero circulante) se produce por la decisión del gobierno de incrementar la emisión de papel moneda. Ese aumento de la cantidad de papel moneda en circulación, cuando no va acompañado de un aumento equivalente o proporcional del volumen de los bienes existentes, tiene inevitables efectos inflacionarios. Se ha señalado que en las economías en desarrollo una de las causas principales por las que se decide aumentar la emisión de dinero como último recurso⁵⁵ es la necesidad de cubrir el déficit presupuestario del Estado, provocado por diversas causas que van, desde la realización de fuertes inversiones en infraestructura, hasta la irresponsable administración de los fondos públicos.

b) Clases de inflación

No todos los procesos inflacionarios tienen la misma intensidad, ni se desarrollan de la misma manera.

Así, la historia registra:

I) Inflaciones *moderadas*, caracterizadas por que la pérdida del valor de la moneda es mínima, en algunos casos —incluso— llega a ser casi imperceptible. Se menciona como ejemplo de variación mínima, la ocurrida en la economía de Estados Unidos durante la década de los 50, en que la depreciación del dólar fue de apenas el 1% anual.

II) Inflaciones *galopantes*, caracterizadas por una importante y sostenida variación en alza del nivel general de los precios. Es ésta la forma de inflación más frecuente y perniciosa, pues se extiende durante largo tiempo, desquiciando el dinero como medida de valor y como medio de pago.

HI) Hiperinflaciones, caracterizadas por el estallido de los precios que llegan a niveles inalcanzables en breve lapso, a veces de la mañana a la noche, como ocurrió en varios países de Europa después de la Primera Guerra Mundial⁵⁶; la hiperinflación destruye las bases de la organización económica, porque prácticamente hace desaparecer la moneda como instrumento de cambio, tornando forzoso el retomo al trueque.

⁵⁴ Ocurre que las causas de la inflación difieren de un país a otro: Rosseti, *Introducción a la economía*, p. 184.

⁵⁵ Se supone que antes de decidir el aumento de emisión monetaria, el Estado busca financiar su déficit recurriendo al crédito interno o externo; pero, cuando ese financiamiento ya no es posible, por ejemplo, cuando ya no hay mercado activo para la colocación de "títulos de la deuda pública", el Estado se ve forzado a cubrir sus necesidades mediante un aumento de la emisión de papel moneda.

⁵⁶ En Alemania se registró la mayor hiperinflación de que se tenga noticia; entre 1914 y 1923, los precios aumentaron un trillón de veces.

c) Principales consecuencias económicas

Las principales consecuencias económicas de la inflación son, en síntesis, las siguientes:

I) La inflación produce el crecimiento generalizado de los precios, con la consiguiente disminución o pérdida del *poder adquisitivo* del papel moneda. Es ésta una consecuencia que padecen con acentuado rigor todas aquellas personas que viven de un *ingreso fijo*, ya que, por lo general, los sueldos o salarios se mantienen sin incrementos, pese a la persistente alza de los precios.

U) Otra de las consecuencias económicas más notorias es el profundo trastorno que acaece en el mercado de créditos y en el sistema financiero. Los procesos inflacionarios tienden a hacer desaparecer el crédito al consumo, con el consiguiente efecto recesivo.

fl3) Se ven afectadas las inversiones y, en general, los procesos de producción de bienes; al caer la inversión y la producción, se acentúa la disminución del empleo. Se prefiere la especulación en desmedro de la inversión productiva.

§ 476. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA INFLACIÓN

Es obvio que la inflación afecta la *relación* de obligación, al quebrar el equilibrio o la equivalencia patrimonial que, por regla, debe existir entre acreedor y deudor. La distorsión, siempre, favorece a uno y perjudica al otro. Por eso bien se ha dicho que es una fuente constante de *injusticias*⁵¹¹. Desde el punto de vista del derecho, se combátela inflación procurando el restablecimiento del equilibrio patrimonial perdido o, al menos, aliviando sus injustas consecuencias. La tarea consiste, en suma, en encontrar los instrumentos jurídicos que sean eficientes para alcanzar ese objetivo.

He dicho que la inflación rompe el equilibrio entre acreedor y deudor, favoreciendo a uno y perjudicando al otro. Esto merece ser aclarado.

a) Perjuicio para el acreedor

I) Cuando la inflación irrumpe como hecho extraordinario e imprevisible, dejando atrás un período en que el valor de la moneda se ha mantenido más o menos estable, el directo perjudicado es el acreedor. Se entiende: si después de haber pactado un contrato bajo un régimen de moneda estable se produce, por ejemplo, una devaluación del 60%, el acreedor que esperaba recibir \$ 1.000 de la moneda estable, si solo obliga a recibir esos \$ 1.000 sin actualización estará recibiendo, en realidad, apenas \$ 400 en razón de la pérdida del poder adquisitivo provocada por la devaluación. El perjuicio para el acreedor es evidente. Esa hipótesis de

pérdida es generalizable a todo acreedor, a «j, por ejemplo, el propietario que alquiló o vendió un inmueble, el comerciante que otorgó créditos para consumo, recibirán como precio moneda envilecida, los trabajadores (empleados del Estado, de empresas privadas, contratados, etc.) que son acreedores del sueldo o salario que perciben, ven cómo día a día, ese salario pierde poder adquisitivo.

II) Una vez iniciado el proceso inflacionario, los *nuevos* acreedores, es decir, quienes se constituyan en acreedores conociendo la tendencia inflacionaria, seguramente pactarán cláusulas que les permitirán actualizar periódicamente sus créditos y quedar así a salvo de los efectos de la depreciación de la moneda. Claro que no a todos los acreedores les es posible la actualización de sus créditos, como le ocurre a la mayoría en Argentina ya que, como se dijo, aquí se mantiene vigente la prohibición de actualizar las deudas de dinero (arts. 7 y 10, ley 23.928 y art. 619 del Cód. Civil). Para los imposibilitados de actualizar sus créditos, la inflación equivale a empobrecimiento constante.

b) Perjuicio para el deudor

La inflación no perjudica únicamente a los acreedores, también puede afectar a los deudores. En efecto, ya se dijo que cuando el proceso inflacionario se torna crónico, los acreedores buscan resguardar el valor de sus créditos recurriendo a cláusulas de ajuste o mecanismos de indexación mediante los cuales se revaloriza periódicamente el monto de los créditos. Pues bien, el uso y abuso de los mecanismos indexatorios ha provocado no pocas veces, verdaderas situaciones de despojo respecto de los deudores obligados a pagar precios que, por efecto del reajuste, superan ampliamente el valor *real* de la cosa objeto del contrato. A tal punto llegó el abuso de los mecanismos indexatorios en la Argentina durante la década de los 80, que fue necesario el dictado de la ley 24.283, llamada "Ley de Desindexación", cuyas normas tenían por objeto limitar los excesos de la indexación⁵⁸. Por otra parte, nuevamente los asalariados vuelven a ser víctimas de la inflación, esta vez no como acreedores del salario, sino como deudores de las obligaciones de dinero que contraigan, porque —por lo general— los acreedores de esas obligaciones deciden la automática actualización o indexación de los créditos, sin considerar que los salarios de los deudores se mantienen en el mismo nivel.

Éstos son, en síntesis los problemas que crea la inflación y que el derecho debe resolver. Bien vale anticipar que ante la evidencia de que la inflación termina por afectar tanto a los acreedores como a los deudores, sus problemas se deben resolver de acuerdo con un criterio inspirado en la idea de solidaridad social: el del "esfuerzo compartido".

Sobre la ley 24.283, *infra*, § 491.

C) TEORÍAS SOBRE EL VALOR DE LA MONEDA

§ 477. TEORÍAS SOBRE EL VALOR DE LA MONEDA. ENUNCIACIÓN

Antes de empezar la búsqueda de los instrumentos jurídicos aptos para corregir los desequilibrios creados por la inflación, corresponde preguntarse: ¿cuál es, para el derecho, el valor de la moneda?

Se han ensayado tres respuestas, que paso a enunciar:

a) *El metalismo*, o teoría del valor metálico, según la cual el valor de la moneda es el del metal en que está acuñada, por lo tanto, su valor estará determinado por la cantidad de oro o plata que contenga (valor intrínseco). Esta teoría sólo es eficaz en un sistema cuya moneda fuese de metal (oro o plata), sistema que prácticamente ha desaparecido en el mundo. Si la moneda circulante es papel moneda no convertible, la teoría *metalista* resulta de imposible aplicación.

b) *El nominalismo*, o teoría del valor nominal, según la cual el valor de la moneda es el que le atribuye el Estado. Esta teoría ha sido receptada en el art. 619 del Cód. Civil y será, como la teoría valorista, objeto de análisis en los párrafos que siguen.

c) *El valorismo*, o teoría del valor de cambio o corriente, según la cual el valor de la moneda es el que resulta del precio que la moneda tiene en el mercado, medido en función del valor de los bienes. Hay que distinguir, valor *interior*, que es el poder adquisitivo que la moneda tiene dentro del país y valor *exterior*, que es la cotización de la moneda nacional con respecto a las monedas extranjeras.

Cabe examinar las dos últimas teorías: nominalismo y valorismo.

§ 478. EL NOMINALISMO. DEFINICIÓN

Se llama *nominalismo* al sistema monetario en el cual una obligación de dinero se paga entregando la *misma cantidad o suma* que se encuentra consignada en el título como debida, aunque la moneda que se entregue haya sufrido variaciones en su valor o haya perdido poder adquisitivo⁵⁹. Para el nominalismo, el valor de la moneda está determinado por el Estado; se trata, por lo tanto, de un valor legal, siempre constante, siempre igual a sí mismo. Esta ficción legal, que supone el mantenimiento del valor de la moneda, permite al deudor de una deuda pecuniaria liberarse pagando una suma numéricamente igual a la que se obligó, aunque económicamente su valor sea inferior⁶⁰.

El principio nominalista —imperante en la mayoría de las legislaciones contemporáneas—⁶¹ se expresa en la afirmación: un peso vale siempre un peso;

⁵⁹ Cfr. Bonet Correa, *Las deudas de dinero*, p. 43.

⁶⁰ Cfr. I. Garrigues, *Contratos bancarios*, p. 76.

⁶¹ En derecho comparado, el sistema nominalista está establecido, entre otros, en los Códigos

es así, porque para este sistema el valor de la moneda es el que expresa la cifra o número inscripto en la moneda o billete.

§ 479. FUNDAMENTOS DEL NOMINALISMO

Los fundamentos sobre los que reposa el nominalismo, son los siguientes:

I°) La prerrogativa que tiene el Estado para crear, por ley, el signo monetario y atribuirle un valor determinado. En nuestro derecho, esa potestad estatal está consagrada en el art. 75, inc. 6, de la Constitución Nacional. Se argumenta que el Estado tiene interés en la vigencia del principio nominalista, en virtud de que cualquier alteración en el valor de la moneda puede traer consigo un impacto inflacionario. El argumento es cuestionable, pues según la doctrina económica, la inflación es causada, salvo hipótesis excepcionales, por actos del propio Estado, que por acción u omisión, permite el incremento de los medios de pago mediante la emisión excesiva de papel moneda y autoriza su puesta en circulación.

2°) La voluntad de las partes. Se sostiene que si las partes han contratado sobre la base del valor nominal del dinero, deben respetar lo pactado (*pacta sum servando*) por imposición del dogma del *poder normativo* de las partes (art. 1197). Según este argumento, en definitiva, cuando en el contrato se estipula pagar cien, se deben pagar cien, ni más ni menos.

3°) Pero el principal y más importante argumento que invoca el nominalismo es la seguridad jurídica. Se afirma, en efecto, que la seguridad se vería constantemente amenazada si el deudor concreto desconoce qué cantidad de dinero deberá pagar. En los sistemas en los que impera el sistema *valorista*, se dice, el deudor de una obligación dineraria no debe uña *suma determinada y cierta*, sino debe "un valor" que puede traducirse en cualquier número. Por ello se considera conveniente mantener el valor nominal, aun cuando se corre el riesgo de causar una injusticia al acreedor.

En definitiva, de los dos valores fundamentales en que se polariza el derecho —justicia y seguridad— el nominalismo prefiere a la seguridad.

§ 480. NOMINALISMO ABSOLUTO Y NOMINALISMO MODERADO

Se han practicado dos versiones del nominalismo:

a) Nominalismo absoluto o rígido según el cual no existe ninguna posibilidad de alterar *la cantidad* de moneda en la que consista la obligación. Si se ha contraído una obligación de pagar \$ 100, se la cancela pagando \$ 100. El valor

gos Civiles de Francia (art. 1895), de Italia de 1942 (art. 1277), de Portugal de 1966 (art. 550), de Chile (art. 2199), de Uruguay (art 2199), de Bolivia de 1974 (art. 404), de Paraguay de 1988 (art 474) y de Perú de 1984 (art. 1234).

de la moneda *moneddrüMQyWL^9^ái9^M^{WICO}* « Prende, inalterable; no les es permitido a las partes incluir cláusulas de ajuste o de actualización que impliquen la alteración de la cantidad nominal. Se entiende que este sistema rígido sólo puede funcionar eficazmente en aquellas economías cuya moneda se mantiene estable". En la Argentina, la ley 23.928, llamada de Convertibilidad impuso como sistema el nominalismo absoluto.

b) Nominalismo relativo o flexible es aquel en que la paridad nominal está impuesta únicamente como *regla general*, pero la propia ley —o en su caso la jurisprudencia— deja abierta la posibilidad de actualizar las deudas dinerarias cuando la desvalorización de la moneda lo torna necesario para restablecer el equilibrio patrimonial de la relación crédito-deuda. En un régimen de nominalismo flexible se permite a las partes incluir cláusulas de ajuste o la actualización de los créditos mediante la utilización de diferentes índices. En las economías afectadas por procesos inflacionarios, el nominalismo no puede ser sino flexible.

§481. EL VALORISMO

El valorismo es una respuesta de oposición al nominalismo. Se sustenta en que el objeto de una obligación dineraria está dado no por una suma nominal de moneda, sino por el valor *real* de esa moneda, que es el que tiene en el mercado en función de su poder adquisitivo. El sistema valorista, en definitiva, busca garantizar que el acreedor reciba, en el momento del pago, una cantidad de dinero que sea suficiente para adquirir la misma cantidad de cosas que habría podido adquirir con el importe nominal que el crédito tenía al momento en que nació la obligación, por ejemplo, una persona compra a crédito un televisor cuyo valor es, al tiempo de la compra, de \$ 500, el comprador queda obligado a pagar ese "valor" dentro de dos meses, llegado el tiempo de pago, el televisor vale \$ 650 por efecto de la inflación, pues bien, el comprador debe pagar ese "valor". El "valor", se dice, es el mismo, aunque se exprese en números distintos.

El sistema valorista tiene su punto de apoyo en el valor adquisitivo o valor real de la moneda. Es por ello que el deudor debe cumplir la obligación haciendo entrega del mismo "valor", cualquiera que sean "los números" que lo representen.

En el plano axiológico, el valorismo afirma darle prioridad a la justicia, antes que a la seguridad que dice resguardar el nominalismo.

⁶² Bien se ha dicho que el nominalismo absoluto sólo pueden practicarlo "... aquellos pueblos que, conscientes del compromiso y responsabilidad que inician con su postura exclusivamente fiduciaria, por su laboriosidad y organización social, obtienen un potencial económico e industrial a corto plazo... capaz de lograr bienes y riquezas reales", Bonet Correa, *Obligaciones de dinero*, p. 47.

WJtQMQtett&M* WALORISMO EN NUESTRO DERECHO**§ 482. EL PRINCIPIO NOMINALISTA EN EL CÓDIGO CIVIL**

El sistema nominalista ha quedado consagrado en nuestro derecho positivo. Vélez Sarsfield redactó el art. 619 en los siguientes términos: "Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación". El nominalismo, en la versión del codificador —que estaba referido exclusivamente a la moneda *corriente nacional* y excluía toda especie de moneda extranjera⁶³— subsistió, como derecho positivo, desde la entrada en vigencia del Código Civil en 1871, hasta abril de 1991, en que entró a regir la Ley de Convertibilidad 23.928.

La ley 23.928 modificó el art. 619, dándole una redacción que hasta hoy permanece vigente, no obstante la grave emergencia económica desatada a fines del año 2001 y comienzos de 2002. El art. 619 vigente dice: "Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada', el día de su vencimiento". La ley 23.928, en definitiva, suprimió toda referencia a la "moneda corriente nacional", pero confirmó el principio según el cual una obligación de pagar una cierta cantidad de dinero, se cancela pagando esa misma cantidad.

Es incuestionable que, en períodos de estabilidad económica, el nominalismo es el sistema que debe imperar.

El legislador argentino, siempre que le tocó legislar sobre las obligaciones dinerarias, optó por el nominalismo, aunque lo hizo por distintas razones. Así:

I) El texto originario del art. 619 redactado por Vélez consagraba en claros términos el nominalismo, porque —como se desprende de la nota al citado artículo— el codificador consideró que el valor de la moneda circulante entonces, siendo *metálica* (oro o plata), no podía ser alterado por una ley del Congreso. Sin embargo, también aclaró en la misma nota que si se alterara el valor de la moneda, aceptaría una regla *valorista*, como la de los arts. 988 y 990 del Código de Austria que allí cita⁶⁴.

⁶³ Cfr. H. Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, t. U, n° 1047, p. 154.

⁶⁴ Bien se ha dicho que "el dinero" al que se refiere Vélez en su Código no es el mismo "dinero" que hoy circula. La moneda que Vélez consideró para sentar el principio nominalista era *metálica*, de pleno contenido, con *valor intrínseco*; para esa moneda impera el nominalismo, no para el dinero —meros papeles emitidos por el Estado— que hoy es nuestro dinero. Cfr. Moisset de Espanés, *Interpretación del derecho e interpretación de hechos. Reflexiones a raíz del valorismo judicial*, "Revista Semanario Jurídico", Córdoba, 16 de septiembre de 1977.

⁶⁵ Cuando la constante desvalorización de nuestra moneda, especialmente en las décadas de los años setenta y ochenta, puso en jaque el nominalismo del art. 619, algunos autores interpretaron que ese artículo toleraba el valorismo, en tanto permitía que el deudor pagara "dando la es-

2°) El legislador que dictó la ley 23.928 en 1991 que corifirmó el principio nominalista, lo hizo porque tuvo el propósito explícito de implementar ese sistema como instrumento legal para combatir la inflación. En el Mensaje de Elevación de la ley al Congreso de la Nación, se lee, en efecto, que esa ley tenía por objeto "asegurar el poder cancelatorio de la moneda nacional o extranjera, debilitado y perturbado en el pasado por la desaparición del nominalismo. Se trata de una vuelta a las fuentes, a la sensatez jurídica y económica". Se pretendía, en definitiva, una vuelta al nominalismo absoluto.

3°) La ley 25.561, que entró a regir el 6 de enero de 2002 y declaró al país en estado de emergencia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, dejó vigente el art. 619 del Cód. Civil con la intención, como se verá luego, de mantener el nominalismo procurando preservar cierta estabilidad, pese a la fuerte devaluación operada.

§ 483. DE UN NOMINALISMO ABSOLUTO A UN NOMINALISMO FLEXIBLE

Con anterioridad a 1991, durante mucho tiempo, una importante doctrina interpretaba que en nuestro derecho, en razón del art 619 del Cód. Civil, imperaba un nominalismo rígido o absoluto, que no toleraba modificar el valor nominal de los créditos, ni aun cuando se hubiese producido una importante o casi total pérdida de su valor adquisitivo. Como prueba de esa doctrina bien vale transcribir este párrafo de Llambías, escrito en 1975: "Cuando el desajuste es muy grande sin duda intervendrá el legislador para instaurar la corrección que estime justa. Mientras no lo haga corresponde estar a la índole de la obligación, que asegura al acreedor la obtención de la cantidad de dinero esperada, y al deudor su liberación, mediante el pago de esa cifra, cualquiera sea la actual capacidad adquisitiva de la moneda en cuestión". Y remataba Llambías su interpretación con el siguiente ejemplo: "Así, un deudor que ha recibido en el año 1960 un préstamo de un millón de pesos, se desobliga pagando esa misma cifra en 1974, aunque los pesos de este último año sólo alcancen al 1/25 del valor de aquellos otros"⁶⁶.

Semejante rigidez ha provocado, no pocas veces, situaciones de intolerable injusticia para con aquellos acreedores que, competidos a recibir moneda depreciada, tenían que desprenderse de sus bienes a cambio de poco o nada⁶⁷. Pero tales injusticias no podían perpetuarse. Para mitigar los perniciosos efectos de la infla-

pecie designada, *u otra especie* de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación", si la suma nominal que se debía pagar estaba envilecida por la inflación, se afumaba que el deudor debía pagar *otra* moneda "nacional" no depreciada, como podía ser el peso oro. Ver, por ejemplo, la solución que proponía Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 451-a, p. 402.

⁶⁶ Llambías, *Obligaciones*, t. JJ-A, n° 896, p. 190.

⁶⁷ Nuestra jurisprudencia registra numerosos casos en donde se patentiza la injusticia de la que se habla.

ción, agravados por el nominalismo rígido, la doctrina y la jurisprudencia comenzaron a encontrar alternativas a esa rigidez, abriendo así el cauce a la teoría *valorista* que se convirtió en una solución dominante, salvo durante el período en que bajó la vigencia de la Ley de Convertibilidad (rigió desde 1° de abril de 1991 hasta el 6 de enero de 2002) el valor de nuestra moneda se mantuvo estable. Durante este último período tuvo lugar "el retorno" del nominalismo.

La teoría valorista se sirvió de: 1°) la distinción entre obligaciones de dinero y obligaciones de valor; 2°) las cláusulas de actualización; 3°) los mecanismos indexatorios.

I) DEUDAS DE VALOR Y DEUDAS DE DINERO

§ 484. DEUDAS DE DINERO Y DEUDAS DE VALOR

a) Planteo de la cuestión

Ya se dijo que en períodos de estabilidad monetaria, cumpliendo el dinero sus tres funciones clásicas (medida de valor, instrumento de cambio y medio de pago) el nominalismo es el instrumento eficaz para gobernar jurídicamente la relación crédito-deuda. Sin embargo, una vez iniciado e instalado un proceso inflacionario que produce el permanente deterioro del valor del dinero, con la consiguiente pérdida de su poder adquisitivo, el nominalismo deja de ser útil para transformarse en fuente de injusticias. Se hace necesario, entonces, salude él. Pero, ¿cómo "salir" del nominalismo si se mantiene vigente el art. 619 que ordena que si un deudor debe cierta cantidad de dinero cancela su obligación pagando esa misma cantidad? Es obvio que corresponde al legislador corregir la distorsión⁶⁸. Pero si no lo hace, ¿podrá hacerlo entonces el juez? En la Argentina los jueces sí lo han hecho, sin violentar el principio de división de poderes, a través de una laboriosa y fecunda tarea interpretativa, creadora de normas jurídicas individualizadas para cada caso concreto.

La obligación "de valor", en efecto, es una creación de la jurisprudencia respaldada en la doctrina de los autores⁶⁹.

⁶⁸ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 896, p. 190.

⁶⁹ La expresión "deudas de valor", según Trigo Represas, fue utilizada por primera en el año 1952 por el camarista platense Dr. Simón P. Safontás al fundar su voto en un fallo dictado el 15 de abril de 1952 por la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de La Plata ("*Delgado v. Mattegani*", "L.L.", 66-659). Cfr. Trigo Represas, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, p. 67.

b) Obligación "de dinero" y obligación "de valor". Conceptos

Cuando a mediados del siglo XX las secuelas de la inflación comenzaron a tornar impracticable el nominalismo en nuestro derecho, la jurisprudencia comenzó a usar esta distinción, que si bien ya era conocida⁷⁰, no había cobrado el auge que alcanzó durante las décadas de los años setenta y ochenta.

1) Una deuda es de dinero cuando se expresa, *desde su origen y hasta su extinción, en una suma determinada de dinero*; aquí, el dinero está en la obligación, ya que constituye su objeto y por ello es lógico que se cancele pagando *esa cantidad de dinero*. Se dice: el dinero está *in obligationi* y además, está *in solutione*; con ello se quiere decir que, desde el origen mismo de la obligación, *se debe dinero (in obligationi)* y sólo se cumplirá *si se paga dinero (in solutione)*⁷¹. Un ejemplo típico de la especie es el mutuo bancario que consiste en un préstamo en dinero que el banco le otorga a uno de sus clientes; el cliente ha recibido cierta cantidad de dinero y debe devolver esa misma cantidad dinero, más los intereses⁷².

2) Según la más calificada doctrina, una obligación es de valor cuando su objeto no se expresa en números, sino que *se refiere a un valor abstracto, constituido por bienes*, que luego, a la hora en que debe ser cumplida, recién habrá que medir en una cantidad de dinero. En otros términos: al nacer la obligación no se debe dinero, sino un "valor" abstracto, que se apreciará en dinero al tiempo del cumplimiento. El dinero no está *in obligationi*, sino sólo *in solutione*⁷³. Un ejemplo típico de obligación de valor es la de indemnizar los daños causados por un hecho ilícito; si bien esa obligación nace cuando se comete el ilícito, en ese momento no se debe una determinada suma de dinero, sino "el valor" del daño causado; luego, cuando se cuantifique ese daño, se sabrá cuánto dinero deberá pagar el deudor. En una obligación de valor, el deudor no sabe *cuánto* tendrá que pagar hasta que se liquide la deuda y se determine cuál es la cantidad de dinero que debe pagarse.

c) Importancia de la obligación de valor

¿Para qué sirve la categoría obligación "de valor"? Sirve para escapar del nominalismo. En efecto, como en el momento en que nace una obligación de valor no se debe *dinero*, mal se podría decir que está sujeta al principio nominalista, en consecuencia, el acreedor está a salvo de las alteraciones que sufra

⁷⁰ Por ejemplo, ya se ocupa de ellas A. Nussbaum, *Teoría jurídica del dinero*, p. 236, edición en español, 1929.

⁷¹ J. Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, t.1, vol. II, p. 330; Elias P. Guastavino, *El derecho civil ante la inflación*, "L.L.", 116-1080.

⁷² Sobre la aplicación del principio nominalista al mutuo bancario, en tanto se trata de un contrato que crea una típica obligación de dinero: J. Garrigues, *Contratos bancarios*, p. 80.

⁷³ Cfr. J. Bonet Correa, *Las deudas de dinero*, p. 314.

„la motjeda porque su crédito consiste en un valor que, por hipótesis, semantendrá invariable hasta el momento en que ese "valor" se traduzca en números. Se explica entonces por qué los jueces, ante la necesidad de escapar de la "camisa de fuerza" que significa el nominalismo en épocas de inflación, recurrieron al concepto de obligación de valor.

d) ¿Hasta cuándo la obligación es de valor?

Ahora bien, en algún momento el valor del crédito debe traducirse en una suma dinero. Ello sucede de diversas maneras: 1) por acuerdo de las partes; 2) por sentencia judicial; 3) por aplicación de una cláusula de liquidación prevista en el contrato; 4) por dictamen de peritos. Una vez que el crédito se traduce en números, ¿la obligación de valor se habrá convertido en obligación de dinero? ¿Quedará a partir de entonces sujeta al principio nominalista del art. 619? Se han defendido dos respuestas:

1º) La primera, respaldada por una importante doctrina⁷⁴, considera que cuando la obligación del deudor es una *deuda de valor*, pasa a ser una *deuda de dinero* luego de practicada la determinación del monto. A partir del momento en que el valor del crédito se fija en una suma de dinero, queda sujeto de allí en más al principio nominalista. Repárese en que esta tesis toma en cuenta el momento de la liquidación del valor, no el del pago, con el consiguiente riesgo para el acreedor, en efecto, si una vez efectuada la liquidación el deudor no paga, el crédito ya traducido en números seguramente se devaluará.

2º) La segunda, que cuenta también con el aval de prestigiosos juristas⁷⁵, afirma que una obligación de valor es *siempre* una obligación de valor y admite, por lo tanto, sucesivas liquidaciones; la última y definitiva liquidación es la que tiene lugar en el momento del pago. Esta tesis, en concreto, sostiene que nunca una obligación de valor pierde su carácter ni se transforma en una de deuda de dinero.

e) Tesis según la cual toda obligación es de valor

Por aplicación de la teoría de las obligaciones de valor, los acreedores de tales obligaciones quedan a salvo de los estragos inflacionarios. Pero, ¿cómo resolver la situación de los acreedores de deudas de dinero sometidos a la rigidez del nominalismo? Sin duda éstos se encuentran en desventaja, pues deberán aceptar pagos en moneda depreciada. Esto puede ser motivo para impugnar la clasificación entre deudas de valor y de dinero, y afirmar que toda obligación es de valor. El dinero en sí mismo es un valor. Lo que ocurre es que se trata de

⁷⁴ En especial, A. E. Salas, *Época a la que debe establecerse el importe del daño causado por un hecho ilícito*, "J.A.", 1955-1-33?.

⁷⁵ A. M. Morello, *Revisión del daño resarcible y revalorización del monto de la condena*, "LA.", 1975-0-478; I. Bustamante Alsina, *Indexación de deudas de dinero*, "L.L.", 1975-D-591.

un valor *establecido por el Estado* que las partes no pueden modificar. He ahí la ficción y la arbitrariedad. Supóngase la compraventa de un inmueble cuyo precio es de \$ 50.000 al tiempo del contrato, si bien la obligación del comprador de pagar ese precio *es de dinero*, ¿podría alguien negar que se ha tasado *en relación con el valor* del bien vendido? Y siendo así, ¿por qué negarle al acreedor del precio el derecho de que su monto se fije, en el momento del pago, de acuerdo con el valor que tenga el inmueble vendido también en ese momento? Si, por hipótesis, el precio del inmueble se mantiene inalterado, mientras que el valor del dinero se ha depreciado, ¿por qué el precio ha de ser inferior a ese valor en el momento del pago?

Una importante doctrina ha propuesto la supresión de la distinción para evitar el tratamiento desigual que se dispensa a los acreedores de deudas de dinero. Para esa doctrina, en suma, toda obligación es de valor⁷⁶.

§ 484 BIS. LA SUBSISTENCIA DE LA CLASIFICACIÓN

El de obligación de valor ha sido, y seguramente continuará siendo, un concepto útil para mitigar las injusticias del nominalismo. Por eso precisamente, rindió sus mejores frutos en los períodos de persistente inflación. Durante la década en que rigió la ley de Convertibilidad que nos trajo estabilidad monetaria, estabilidad que es siempre saludable, la distinción entre deudas de dinero y deudas de valor perdió el vigor que antes tenía y se redujo su aplicación práctica. Ello, porque en períodos de estabilidad económica, para conservar el equilibrio patrimonial de la relación crédito-deuda, resultaba imprescindible el nominalismo.

La cuestión, no obstante, fue intensamente debatida por nuestra doctrina, cuando debió interpretar la Ley de Convertibilidad-23.928, para establecer los alcances del nominalismo que ella establecía.

Los juristas se agruparon en dos posiciones:

a) Una primera opinión, que se podría denominar *antinominalista*, planteó, inmediatamente después de la entrada en vigencia de aquella ley (1° de abril de 1991), serias dudas acerca de su eficacia para aportar soluciones jurídicas a los problemas inflacionarios. Esta tesis se resume en estas palabras de Atilio Alterini, pronunciadas el 12 de abril de 1991, es decir, el mismo mes en que se ponía en vigencia la convertibilidad: "En lo que concierne al derecho, si la depreciación monetaria no cesa, los operadores jurídicos deberemos responder a la realidad con un sistema indudablemente nominalista. La nueva ley ha querido

⁷⁶ Si bien la tesis cuenta con el respaldo de importantes juristas, quien la ha defendido con enjundia es Trigo Represas, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, ps. 153 y ss. Otros autores han sostenido que la asimilación de las deudas de dinero a las obligaciones de valor es insostenible, por cuanto existe entre ellas una diferencia ontológica. Sobre este tema: A. Orgaz, *Los jueces y las leyes injustas (a propósito del reajuste de las deudas de dinero)*, "ED.", 75-757.

no dejar espacio para el valorismo, ni para los recordados debates y las consiguientes soluciones jurisprudenciales que tuvieron por marco a los años setenta. Si tal cosa sucede seguramente quedaremos entrampados en un régimen desacorde con la realidad, y —para peor— sin salida”⁷⁷. Sostenía también este mismo autor que como la ley 23.928 no contenía referencia alguna a las obligaciones “de valor”, debía interpretarse que el nominalismo que sus normas proclamaban era aplicable sólo y exclusivamente a las obligaciones de dinero y no a las obligaciones de valor. Con ello se pretendía, en definitiva, dejar abierta la puerta para que en las obligaciones de valor pudiera procederse a actualizar, indexar, repontenciar, etc., no obstante haber cesado el proceso inflacionario.

b) Otra opinión que admitía que la inflación, mal o bien, había cesado, consideró por el contrario que el sistema nominalista de la ley no era un régimen desacorde con la realidad, sino al revés: pareció muy pronto amoldado a la realidad económica que vivieron los argentinos durante esa década. Quienes - descreyeron de esa ley son los mismos que siempre —con inflación o sin ella— tienen dudas y temores acerca de la eficacia del nominalismo. Son agoreros del desequilibrio patrimonial, que están siempre augurando que el nominalismo tarde o temprano “hará agua” y que será necesario volver a los remedios que en las décadas de los años setenta y ochenta sirvieron para actualizar, indexar, repontenciar. Es lógico, entonces, que esta doctrina insista en mantener vivo el concepto de “obligación de valor”, aun en épocas en que*o hay inflación.

Por nuestra parte no nos oponemos a que el concepto subsista, es más, el concepto de “obligación de valor” es siempre necesario para individualizar determinadas obligaciones y dotarlas de un régimen jurídico acorde con su naturaleza. Para ello, el concepto estará siempre vigente. Pero, en cambio, sí cabe formular oposición a la prédica que ensalzando ese concepto se levanta contra el nominalismo en épocas de estabilidad⁷⁸. El concepto de “obligación de valor” subsiste, y subsistirá para sus fines propios y será aun más importante cuando la economía padezca los efectos de la inflación.

§ 485. PRINCIPALES SUPUESTOS DE OBLIGACIONES DE VALOR

La siguiente es una nómina, que de ninguna manera puede ser taxativa⁷⁹, de aquellas hipótesis que nuestra jurisprudencia ha considerado como “obligaciones de valor”.

⁷⁷ A. A. Alterini, *Desindexación. El retomo al nominalismo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 10.

⁷⁸ Way ar, *La convertibilidad del austral y las obligaciones de dar dinero*, en L. Moisset de Espanés (coord.), *Convertibilidad del austral*, 1ª serie, Zavallia, Buenos Aires, 1991, p. 205.

⁷⁹ Se trata de una mera enunciación. El análisis profundizado de cada uno de los supuestos enunciados corresponde a las monografías sobre el tema.

Son tales:

^

a) La obligación de reparar los daños causados por hechos ilícitos de naturaleza extrancontractual.

b) En materia de responsabilidad contractual es necesario discriminar:

1º) La obligación de indemnizar el daño causado por el incumplimiento absoluto e imputable de obligaciones, por ejemplo, si el deudor de dar una cosa cierta la pierde, debe pagar en dinero al acreedor pagando "el valor" de la cosa, más la indemnización de los daños que hubiere causado.

2º) La obligación de indemnizar el incumplimiento relativo, por ejemplo, si el inquilino restituye la cosa alquilada con daños que obligan al propietario a realizar gastos para repararla, la obligación de restituir esos gastos es "de valor", por ende, el monto de la restitución será el que corresponda al valor de la reparación medido al tiempo en que se reembolsen aquellos gastos⁸⁰. En cambio, no es de valor la indemnización del incumplimiento de una obligación cuyo objeto originario era una suma de dinero, por ejemplo, la de restituir un préstamo en dinero; en este caso, la obligación de indemnizar el daño causado por el incumplimiento "es de dinero" y, por ende, debe ser cubierto por los intereses moratorios.

3º) La obligación de reparar el daño moral, sea de naturaleza contractual o extrancontractual, es siempre de valor, su monto debe ser establecido en la sentencia.

c) La obligación de indemnizar las expropiaciones que disponga el Estado.

d) La obligación de resarcir el enriquecimiento sin causa, como, por ejemplo, la del propietario de reembolsar el valor de las mejoras que por error, un tercero introdujo en la cosa propiedad del deudor de tales mejoras.

e) La obligación que nace de la revocación de una donación, así como las obligaciones de colación y de reducción de las donaciones inoficiosas.

f) La obligación de prestar alimentos.

g) La obligación de saneamiento originada en la evicción o en los vicios redhibitorios.

h) La obligación de restituir originada en la resolución de un contrato por aplicación del llamado pacto comisorio, respecto de las prestaciones no dinerarias.

i) La obligación de la sociedad de restituir los aportes no dinerarios hechos por los socios.

j) La obligación de pagar el valor de la medianería, con una particularidad: el valor de la medianería debe computarse, no al momento en que ha sido constituida, sino a la fecha de la demanda o constitución en mora (art. 2736)«».

⁸⁰ Sobre este tema: Juan J. Casiello, *La deuda de valor*, "L.L.", 104-965.

⁸¹ Los casos de obligaciones de valor no se agotan en la nómina enunciada en el texto, como se comprueba en los repertorios de jurisprudencia.

Ü) LOS MECANISMOS INDEXATORIOS. LAS CLÁUSULAS DE ACTUALIZACIÓN

§ 486. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

Cuando la economía sufre las consecuencias persistentes de la inflación, la teoría de la obligación de valor sirve para poner a salvo del nominalismo un importante número de obligaciones, denominadas, como se vio, obligaciones "de valor". Pero, ¿qué ocurre en épocas de inflación con las obligaciones de dinero? Una aplicación rígida del art. 619 llevaría a la ruina a los acreedores. Por ello, la doctrina, la jurisprudencia, y en algunos casos la propia ley, han propuesto para las obligaciones dinerarias distintos *correctivos* del nominalismo, a saber: a) mecanismos o procedimientos indexatorios; b) cláusulas de estabilización; c) aplicación de las teorías de la lesión (art. 954), de la imprevisión (art. 1198) o del abuso del derecho (art. 1071).

§ 487. LA INDEXACIÓN. LOS PROCEDIMIENTOS INDEXATORIOS

Con la palabra *indexación* se puede designar la acción y el efecto de corregir o reajustar los números de una obligación dineraria, con el objeto de que éstos, una vez reajustados, representen el mismo valor que antes se expresaba con un número menor «².

La indexación, o con mayor rigor, los procedimientos indexatorios, fueron utilizados por los jueces para corregir el nominalismo que, en épocas de inflación, afecta a las obligaciones de dinero. Al comienzo, estos procedimientos no se aplicaban a las deudas dinerarias cuyo cumplimiento se verificaba en término, eran utilizados únicamente para reajustar aquellas deudas en las que el deudor se encontraba en mora. Se asociaba la idea de indexación a la de *indemnización* por el daño que le causaba al acreedor la pérdida del poder adquisitivo del dinero, como consecuencia de la mora en el pago³. Pero, ante la persistencia del fenómeno inflacionario, no tardó demasiado en abrirse paso la tesis de que la indexación era procedente en toda clase de deuda dineraria, estuviera o no en mora el deudor. La indexación dejó de ser considerada como una indemnización, y se dijo que ella era, simplemente, la "expresión del valor del di-

² La palabra *indexación* es un barbarismo, cuya raíz sé halla en la voz *index* de origen inglés, que en nuestro idioma quiere decir *índice*. Según el diccionario de la lengua inglesa, *index* significa, en una de sus acepciones, "índice matemático que se usa como corrector financiero" y sirve para arreglar la pérdida del poder adquisitivo del dinero originado en los desequilibrios de la economía. Cfr. Llambías, *¿Hacia la indexación de las deudas de dinero?*, "E.D.", 63-871, nota n° 3.

³ Esta tesis, la de posibilitar la indexación únicamente en las deudas dinerarias *en mora*, fue respaldada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Vieytes de Fernández v. Provincia de Buenos Aires", "E.D.", 69-186; "J.A.", 1976-IV-368.

ñero en números distintos" w. Llegó un momento en que *toda obligación* de dinero era sometida a distintos procedimientos indexatorios, de manera que mes a mes, el deudor debía pagar una suma cada vez mayor⁸⁵.

§ 488. LAS CLÁUSULAS DE ACTUALIZACIÓN

Otro de los remedios a los que se acudió para superar los efectos que la inflación provocaba en las deudas de dinero, fueron las llamadas *cláusulas de actualización*, que no son otra cosa que una estipulación inserta en un negocio jurídico, en cuya virtud el deudor acepta que el monto de una obligación de dinero a su cargo se reajuste al vencimiento de cada período de pago, generalmente mes a mes⁸⁶, de acuerdo con un índice determinado que refleje, según el interés común de las partes, la tasa inflacionaria o que represente el valor *constante* de la prestación dineraria debida. Las cláusulas más utilizadas son las que toman como patrón *standard* el precio del oro (cláusula oro), la paridad con una moneda extranjera, generalmente el dólar norteamericano (cláusula dólar), el precio de determinados productos (azúcar, legumbres, etc.), el nivel *general* de los precios (cláusula nivel de vida) o, en fin, el nivel salarial del deudor (índice salario) ⁸⁷.

Al comienzo se cuestionó la validez constitucional de estas cláusulas, con el argumento de que no les está permitido a las partes determinar el *valor* del dinero, ya que ésta es una atribución que le corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación. Pero esa impugnación no tuvo éxito⁸⁸. La mayoría de la doctrina aceptó la legitimidad de estas cláusulas invocando la necesidad de resguardar, por un lado, la intangibilidad de la propiedad privada respecto del acreedor y, por otro, la plena vigencia de la justicia conmutativa.

⁸⁴ Uno de los principales expositores de esta corriente fue el jurista platense Trigo Represas, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, ps. 153 y ss., tesis que en su hora tuvo amplia repercusión en la jurisprudencia.

⁸⁵ La tesis de la indexación generalizada fue receptada en los pronunciamientos de la CSJN, "L.L.", 1988-E-678; "U.L.", 1988-D-597; "L.L.", 1988-C-585.

⁸⁶ En épocas de inflación galopante o hiperinflación, se suele pactar en los contratos la indexación semanal o incluso diaria de las deudas de dinero.

⁸⁷ Se ha dicho, también, que las cláusulas de estabilización son aquellas que insertan las partes en los actos jurídicos (generalmente los contratos) con la finalidad de preservar, en forma progresiva y real, el valor de las prestaciones de dar dinero que se proyectan en el tiempo y de susstraerlas del rigor del principio nominalista: Lorenzetti, *La emergencia económica y los contratos*, p. 160.

⁸⁸ Bien se ha hecho notar que no hay que confundir la facultad de crear moneda y fijar su valor, que sí corresponde al Estado, con la de cuantificar el objeto de un contrato, que sí es una facultad que puede ser usada por los particulares: J. M. López Olaciregui, "J.A.", 1951-IV-284.

§ 489. PROHIBICIÓN DE INDEXAR Y DE PACTAR CLÁUSULAS DE ACTUALIZACIÓN

La tesis de la indexación *generalizada* (aplicable a toda especie de obligación de dinero, con o sin mora del deudor), sea mediante procedimientos judiciales, sea en virtud de cláusulas de actualización, extendió su vigencia hasta la promulgación de la ley 23.928, en abril de 1991, que vino a suprimir los mecanismos indexatorios y a prohibir las cláusulas, abriendo un proceso inverso: de desagio o desindexación.

En efecto, la supresión de los mecanismos indexatorios y la prohibición de pactar cláusulas estuvo clara e incuestionablemente consagrada en los arts. 7 y 10 de la ley 23.928⁸⁹. Esa supresión y esa prohibición subsisten hoy, pues no obstante la emergencia económica decretada por el gobierno en enero de 2002, que se tradujo en devaluación y ruptura de la paridad cambiaria, la ley 25.561 y el decreto 214/2002 dictados a propósito de esa emergencia, decidieron mantener vigente, al menos en la letra de la ley, la prohibición de indexar y de pactar cláusulas de actualización.

Si bien la ley 25.561 modificó el texto del art. 7° de la ley 23.928, aquellas prohibiciones quedaron intactas: "El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto"⁹⁰.

§ 490. OTROS INSTRUMENTOS USADOS PARA CORREGIR EL NOMINALISMO

Ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda como consecuencia del flagelo inflacionario, si no funcionan en el caso concreto los procedimientos indexatorios o si no se pueden invocar cláusulas de actualización, al acreedor de una deuda dineraria le queda todavía la posibilidad de hacer uso de los

⁸⁹ El art. 7 de la ley 23.928, según su redacción originaria, decía: 'El deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1° del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo dispuesto'.

⁹⁰ Sobre las correcciones que requiere el nominalismo ante la situación creada por la ley 25.651 y el decreto 214/2002, *infra*, § 517.

instrumentos jurídicos que le provee el derecho civil, en tanto derecho común, tales como: pedir la nulidad del contrato invocando *lesión* (aiL.954.)⁹¹ solicitar la resolución del contrato por aplicación de la *teoría de la imprevisión* (art. 1198); o pedir el reajuste de su crédito probando que en caso contrario se estaría autorizando al deudor a ejercer *con abuso* su derecho a pagar, violando la prohibición legal (art. 1071); e, incluso, hasta se ha aceptado la invocación de la teoría de la *frustración delfin* del contrato⁹¹.

Pero como el flagelo inflacionario puede también perjudicar al deudor, como ocurre cuando con motivo de sucesivas actualizaciones su deuda se toma para él excesivamente onerosa, creo que también el deudor está habilitado para hacer uso de tales remedios siempre, claro está, que concurren los requisitos pertinentes, por ejemplo, no encontrarse en mora para poder invocar la teoría de la imprevisión, salvo que, en el caso concreto, la mora sea irrelevante.

§ 491. LOS EXCESOS DEL VALORISMO. LA DESINDEXACIÓN

a) *Planteo del problema*

Si bien, *de lege lata*, el principio nominalista se mantiene vigente, la devaluación ocurrida a partir de enero de 2002 puede desembocar, de nuevo, en el empleo generalizado de los mecanismos indexatorios⁹². Si esto ocurre, es también probable que se incurra en los excesos que el valorismo absoluto o desenfrenado ya ha provocado en la Argentina. Por otra parte, una prestigiosa doctrina económica ha destacado que la indexación es un mecanismo que, generalizado, puede realimentar la inflación. Distingue esta doctrina entre las "presiones inflacionarias básicas", que serían aquellas causas que realmente provocan inflación y los "mecanismos de propagación", entre los cuales se co*loca a los procedimientos indexatorios y a las cláusulas de reajuste *constante* de los créditos y de los precios. De esta manera, las actualizaciones autoprovocadas con el argumento de que constituyen la única forma de restablecer el equilibrio que ya ha sido roto, suelen transformarse en una de las causas que impulsan el crecimiento de la inflación e impiden que se detenga el proceso. El diputado Martínez Raymonda, al fundar uno de los proyectos que precedieron a la ley 24.283, sostenía en 1993 que "...la generalización indiscriminada del mecanismo indexatorio puede llevar, y los ejemplos en este sentido en el ám-

⁹¹ Existe consenso entre los autores en admitir que el acreedor puede invocar los institutos de la lesión, la imprevisión o el abuso del derecho. Cfr. Lorenzetti, *La emergencia económica y ios contratos*, ps. 213 y ss.; Mosset Iturraspe y Falcón y Piedecasas, *La frustración del contrato y la pesificación*, ps. 65 y ss.

⁹² Tal como ha sido explícitamente propuesto: F. Junyent Bas y C. Molina Sandoval, *El retomo al valorismo*, "L.L.", Suplemento especial sobre pesificación, suspensión de las ejecuciones y ley antigoteo, junio 2002, p. 21.

bito judicial son numerosos, a sustituir prestaciones de cualquier naturaleza por equivalentes de dinerarios' $t^{\wedge}(k^{\wedge}d) \dot{M}^{\wedge\wedge\wedge 0} \backslash tT$ con su valor real", porque: "...la constante indexatoria puede granearse mediante una línea siempre ascendente aunque en diversos grados y ritmos según los ciclos de inflación, pero ascendente al fin, en tanto que el valor real de los bienes se gráfica, en relación con la referida indexatoria, como una línea quebrada según las fluctuaciones propias que ocurren en diversas etapas"⁹³.

b) Se mantiene vigente la ley 24.283

La ley 24.283, llamada Ley de Desindexación, fue publicada en el Boletín Oficial del 21 de diciembre de 1993 y entró en vigencia el 30 de diciembre de ese año. Tuvo por objeto corregir los excesos de la indexación en todas aquellas obligaciones que, habiendo sido contraídas con anterioridad a abril de 1991, eran por ello indexables⁹⁴ y se encontraban pendientes de cumplimiento, en todo o en parte, al tiempo en que entró a regir esta ley 24.283 w. Sin embargo, puesto que la norma no contiene distingos o límites temporales, debe interpretarse que está dirigida a toda clase de obligaciones indexables; si bien es verdad que durante la vigencia de la convertibilidad la aplicación de la Ley de Desindexación se redujo a supuestos particulares, puede recobrar importancia relevante si la inflación desemboca en indexaciones galopantes. Por eso ahora, ante la posibilidad de un retorno al *valorismo* y, seguramente, al uso generalizado de mecanismos de indexación y cláusulas de actualización, es pertinente afirmar que la Ley de Desindexación se encuentra vigente y que, llegado el caso, podrá ser aplicada *

⁹³ Fundamentos del proyecto de ley presentado por el diputado Rafael Martínez Raymonda a la Cámara de Diputados, proyecto que precedió al dictado de la ley 24.283.

⁹⁴ Es indudable que la ley 24.283 estuvo dirigida a las obligaciones que se habían contraído con anterioridad a abril de 1991 y que por esa circunstancia eran "indexables", pues respecto de las contraídas con posterioridad a la convertibilidad, estaba prohibido el uso de mecanismos indexatorios o la inclusión de cláusulas de actualización. Sin embargo, aún durante la vigencia de la convertibilidad, la ley 24.283 fue invocada en toda hipótesis en que se detectaba una indexación encubierta.

⁹⁵ La doctrina según la cual la actualización no debía hacer más onerosa la obligación del deudor, había sido sostenida con anterioridad a la ley 24.283 por C.S.J.N., 11/9/1990, *in re* "Preñar S.A.MI. v. Provincia de Buenos Aires", *Fallos*, 308:815 y C.S.J.N., *in re* "López v. Explotación Pesquera de la Patagonia S. A." "L.L.", 1992-E-48.

⁹⁶ Los autores que profesan la tesis valorista absoluta, obnubilados con la prédica de que los créditos deben estar constantemente actualizados, le dirigieron a la Ley de Desindexación severas críticas, muchas de ellas injustas, procurando reducir su campo de aplicación a poco o nada; por ejemplo, Atilio Alterini, *Desindexación de las deudas. El valor real actual de lo debido según la ley 24.283*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

c) La interpretación de la ley 24.283

La ley consta de un solo artículo, que dice: "Cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago.

"Ta presente norma será aplicable a todas las situaciones jurídicas no consolidadas".

Estimo pertinente proponer las siguientes pautas interpretativas:

I) *Ámbito de aplicación.*—Entiendo, en primer lugar, que la ley se aplica tanto a las obligaciones dinerarias como a las de valor⁹⁷, siempre que la obligación se encuentre sujeta a actualización o indexación, por aplicación de índices convencionales, legales o judiciales.

JJ) *Qué se entiende por "situaciones jurídicas no consolidadas".*—Esta frase contenida en el segundo párrafo de la ley 24.283 ha dado motivo a más de un reproche. Sin embargo, está claro que el legislador ha querido que la ley se aplique a las obligaciones en curso de ejecución y no a las obligaciones ya extinguidas. Así, si un comprador concreto, deudor del precio, acepta pagar lo que se le pide, aunque se trate de una suma excesivamente alta con relación al valor real y actual de la cosa que compró, no podrá luego intentar repetir lo pagado invocando la Ley de Desindexación.

ni) *El monto actualizado debe superar el valor real y actual de la contraprestación.* — La ley funciona cuando la suma actualizada que debe pagar el deudor supera el valor real y actual de la contraprestación '«..Esto supone que para saber si la deuda debe ser desindexada es necesario cotejarla con el "valor" de la contraprestación, sea que ésta consista en una cosa, en un bien o en una obra o servicio. La compraventa proporciona un ejemplo útil: supóngase la compra de un departamento que, al tiempo del contrato, vale \$ 100.000, estando sujeta esa deuda a un determinado mecanismo indexatorio, llegado el momento del pago, la deuda indexada es ahora de \$ 250.000, pues bien, para saber si debe ser desindexada, es necesario cotejar ese precio con el valor real y actual del inmueble comprado, por lo tanto, si en el mercado inmobiliario un departamento de similares características se consigue por \$ 200.000, quiere decir que

⁹⁷ De acuerdo, J. Mosset Iturraspe, *Límites a la indexación. La ley 24.283*, p. 84; Colombres Garmendia y Colombres Garmendia (h.), *La desindexación de las relaciones creditorias*, "L.L.", 1994- A-976; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, § 164, e). En contra, sostiene que las deudas dinerarias no están comprendidas: A. Alteran, *Desindexación de deudas*, p. 74.

⁹⁸ Cfr. C.S.J.N., 16/5/1995, *in re* "Bolaño, Miguel Ángel v. Benito Roggio e Hijos S.A."; "Ormas S.A., Unión Transitoria de Empresas, Proyecto Hidra", "E.D.", 163-277.

esees —por hipótesis— su valor *real* y *actual*, en consecuencia, aquella deuda deberá ser desindexada.

TV) *¿Cómo debe establecerse el valor real y actual de la contraprestación?* — La doctrina ha debatido este punto. La mayoría entendió que ese valor debía establecerse tomando como referencia el valor de la moneda norteamericana. Sin embargo, todo dependerá de las circunstancias de cada caso concreto y, en especial, de la naturaleza de las prestaciones involucradas.

V) *Están comprendidas las deudas fiscales.* — También se ha señalado que la desindexación comprende los créditos del Estado, como son las obligaciones fiscales, pues no existe razón alguna que justifique excluir al Estado de su deber de desindexar

IIU) LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

§ 492. LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL, EN LA LEY DE CONVERTIBILIDAD Y EN LA LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA DE ENERO DE 2002

a) *El Código Civil (la primera versión del art. 617)*

El art. 617 fue redactado por Vélez Sarsfield en los siguientes términos: "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar *cantidades de cosas*". La obligación de dar moneda extranjera no era considerada como de dar dinero, sino como de dar cantidades de cosas. Ello, por cierto, no era obstáculo para que se pactaran contratos en moneda extranjera que quedaban sujetos, según la dictrina y la jurisprudencia mayoritarias, a las siguientes reglas: 1*) en principio, el acreedor no podía exigir la entrega de la moneda pactada; 2*) el deudor tenía la opción, llamada *derecho de conversión*, de pagar entregando la moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional al cambio existente en el momento del pago¹⁰⁰; 3*) en virtud del derecho de conversión, se consideraba que la obligación de pago en moneda extranjera funcionaba, en rigor, como cláusula de ajuste; 4*) sólo por excepción era exigible la entrega de la moneda extranjera, cuando no era considerada, por los contratantes, como moneda sino como cosa o mercancía, por ejemplo, cuando se la compraba para colección o exhibición¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. Colombres Garmendia y Colombres Garmendia (h.), *La desindexación de las relaciones creditorias*, "L.L.", 1994-A-976.

¹⁰⁰ Que la conversión debía hacerse en el momento del pago fue la conclusión que tuvo consagración en nuestra jurisprudencia: C.N.Com., en pleno, "E.D.", 21-758.

¹⁰¹ La compraventa en moneda extranjera dio motivo a opiniones dispares. Para unos (Spota,

. b) *La Ley de Convertibilidad 23.928*

La Ley de Convertibilidad vino a dar un giro fundamental en esta materia, modificando el art. 617 que quedó redactado así: "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de *dar sumas de dinero*". La obligación de dar moneda extranjera dejó de ser considerada como de dar cantidades de cosas y pasó a ser considerada como de dar dinero. La principal consecuencia que derivó de esta reforma fue la supresión del *derecho de conversión* que antes se le reconocía al deudor, es decir, quien se obliga a pagar moneda extranjera, debe cumplir dando la especie designada (art. 619).

c) *La legislación de emergencia de enero de 2002*

La legislación de emergencia dictada a partir de enero de 2002, haciendo gala de sus gruesas fallas técnicas, decidió, por un lado (art. 5°, ley 25.561), mantener la redacción que la Ley de Convertibilidad le dio al art. 617 por lo que la obligación de dar moneda extranjera debe seguir siendo considerada como de *dar dinero* y, por otro, *pesificar* las obligaciones que se habían contraído en dólares (art. I°, decreto 214/2002). No obstante, por las razones que expondré en el lugar oportuno¹⁰², entiendo que la obligación de dar moneda extranjera continúa siendo considerada como de dar dinero¹⁰³.

§ 493. SUPRESIÓN DEL DERECHO DE CONVERSIÓN

Una de las consecuencias más importantes de la reforma introducida al Código Civil por la ley 23.928, que subsiste a pesar de la emergencia de enero de 2002, es la supresión del derecho de conversión que se le reconocía al deudor durante la vigencia del art. 617 originario. En virtud del derecho de conversión, el deudor de moneda extranjera podía desobligarse pagando el equivalente en moneda nacional, al cambio existente el día del pago. La Ley de Convertibilidad vino a suprimir este derecho de opción del deudor, al establecer en el art. 619 que el deudor de moneda extranjera "cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento".

Instituciones. Contratos, t. IV, n° 800, p. 115) si el precio, se pactaba en moneda extranjera no había compraventa sino permuta o trueque. Según esta tesis, el obligado debía entregar la moneda extranjera pactada, no como "precio en dinero", sino como "cosa" dada en permuta de lo que él había adquirido. Para otra opinión, a la que en su momento adherí (Rezzónico, *Estudio de los contratos*, 1.1, p. 153; Borda, *Contratos, lia* 102, p. 86; Wayar, *Compraventa y permuta*, § 164, p. 256), el negocio no dejaba de ser compraventa aunque el precio se pactara en dólares, porque siempre el deudor, en definitiva, tenía el derecho de *conversión*, es decir, de pagar en moneda nacional al cambio existente el día del pago.

¹⁰² Sobre la interpretación de la legislación de emergencia, *infra*, § 515.

¹⁰³ Cfr. Lorenzetti, *La emergencia económica y los contratos*, p. 194.

Quiere esto decir que el deudor de moneda extranjera sólo puede desobligarse pagando la moneda extranjera prometida, ya no puede, por regla general, desvincularse mediante la entrega de un equivalente en moneda nacional. El deudor de una obligación en moneda extranjera, en definitiva, sólo se libera pagando "la especie designada" (art. 619, Cód. Civil).

§ 494. SOBRE "EL CURSO" DE LA MONEDA EXTRANJERA

La moneda extranjera, ¿tuvo, durante la vigencia de la convertibilidad, curso legal en la República Argentina?

Se han dado dos respuestas:

a) Tesis que le niega curso legal

Una primera opinión, que puede considerarse mayoritaria, afirma que la moneda extranjera no es técnicamente dinero en nuestro país y carece, por ende, de curso legal ¹⁰⁵. Se le reconoce solamente *curso voluntario*. Sus argumentos son los siguientes: 1) el curso legal exige que la moneda tenga fuerza cancelatoria *irrecusable*, de manera que el acreedor esté obligado a aceptarla como medio de pago de las obligaciones dinerarias; 2) la moneda extranjera no tiene fuerza cancelatoria con carácter general, ya que solamente es irrecusable cuando constituye "el objeto del contrato y, en tal caso, se les aplicará el régimen de las obligaciones dinerarias" ¹⁰⁶; 3) si bien la moneda extranjera es apta para extinguir una deuda contraída en esa especie de moneda extranjera, esa aptitud se explica por el principio de identidad del pago, pero no porque se le haya dado curso legal. Es más, se dice, las deudas contraídas en moneda nacional no pueden ser canceladas con moneda extranjera salvo que el acreedor voluntariamente la acepte ¹⁰⁶. El curso de la moneda extranjera, se concluye, no es legal sino *voluntario*.

b) Tesis que le reconoce curso legal

Para otra opinión, a la que en su momento adherí ¹⁰⁷, desde el punto de vista jurídico, la Ley de Convertibilidad impuso en el país un sistema monetarista dual o bimonetarista, al concederle a la moneda extranjera, por elipsis, curso legal.

¹⁰⁴ Cfr. Moisset de Espanés, *Aspectos económicos y jurídicos de la Ley de Convertibilidad*, en Moisset de Espanés (coord.), *Convertibilidad del austral*, primera serie, p. 43; L. Andomo, *Las obligaciones en moneda extranjera luego de la Ley de Convertibilidad del austral* 23.928, en Moisset de Espanés (coord.), *Convertibilidad del Austral*, primera serie, p. 60; Lorenzetti, *La emergencia económica y los contratos*, p. 181; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 11, § 170; Gerscovich, *Derecho económico monetario*, p. 75.

¹⁰⁵ Moisset de Espanés, *Aspectos económicos y jurídicos de la Ley de Convertibilidad*, en Moisset de Espanés (coord.), *Convertibilidad del austral*, primera serie, p. 44.

¹⁰⁶ Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, § 170.

¹⁰⁷ Mosset Iturraspe, *La frustración del contrato*, p. 207, Rubinzal-Culzoni, SantaFe, 1991;

Son sus argumentos:

a) Se ha de partir de estas premisas: 1) es innegable que, por expresa disposición del art. 617, la moneda extranjera debe ser considerada como *dinero*; 2) también es innegable que la moneda extranjera es *irrecusable*, es decir, tiene fuerza cancelatoria en aquellos contratos en los que así ha sido convenido, esta vez por expresa disposición del art 619. Ahora bien, si la moneda extranjera es considerada como dinero y tiene fuerza cancelatoria, ¿por qué negar que tiene curso legal?

b) No tiene curso legal, se dice, porque su fuerza cancelatoria no es *general*, lo que se pretende probar afirmando que las obligaciones de dar moneda nacional no se pueden cancelar dando moneda extranjera. Lo que no advierten quienes sostienen este argumento¹⁰⁸ es que, con idéntico criterio, tampoco la moneda nacional tendría fuerza cancelatoria general, porque no es apta para cancelar aquellas obligaciones que se han contraído en moneda extranjera. Ello, por cuanto el deudor no tiene ya el derecho de conversión. Según nuestro sistema, quien se obliga a pagar pesos sólo puede pagar pesos; quien debe dólares, sólo dólares; en consecuencia, así como el deudor de dólares no puede desobligarse pagando pesos, tampoco quien debe pesos puede desobligarse pagando dólares, y no por ello se ha de pensar que los pesos no tienen curso legal

c) Ya no se puede decir, como se decía antes de la convertibilidad, que la moneda extranjera no es dinero sino cosa. Sin embargo, ese argumento parece revivir en la afirmación según la cual el carácter irrecusable de la moneda extranjera no le es dado por su carácter de moneda de curso legal, sino por aplicación del principio de *identidad del pago*. En efecto, no es exacto que quien debe moneda extranjera debe pagar esa moneda porque así lo exige el principio de identidad del pago previsto en el art. 740; debe pagar en esa moneda porque así lo exige el principio nominalista impuesto en el art. 619. Y el principio nominalista, huelga decirlo, ps propio de las obligaciones dinerarias.

d) Desde que las partes son libres para decidir *la moneda en la que quieren pactar el contrato*, no es exacto sostener que la moneda extranjera tiene curso voluntario; lo voluntario es la elección de la moneda, no su carácter cancelatorio e irrecusable, que es impuesto por la ley (arts. 617 y 619). Se ha dicho, en efecto, que las partes, haciendo uso de su autonomía privada, pueden convenir que ciertas cosas que *no son dinero*, como la moneda extranjera, cumplan la función del dinero¹⁰⁹. Esta afirmación no es exacta: en virtud de su autonomía

R. Compagnucci de Caso, *Manual de obligaciones*, § 301, p. 363; Wayar, *La convertibilidad del austral y las obligaciones de dar dinero*, en Moisset de Espanés (coord.), *Convertibilidad del austral*, primera serie, p. 206.

¹⁰⁸ Por ejemplo, Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 11, § 170.

¹⁰⁹ No considero, aquí, las obligaciones en dólares afectadas por la pesificación dispuesta por decreto 214/2002; sobre este tema, ver *infra*, §515.

¹¹⁰ Dice Lorenzetti: "...las partes, en virtud de la autonomía privada, utilizan la divisa extrari-

privada, las partes **pueden elegir** la moneda de la elección, la moneda elegida, sea nacional o extranjera, tiene fuerza cancelatoria e irrecusable, no porque las partes lo hayan convenido así, sino porque así lo disponen los arts. 617 y 619 del Cód. Civil; estos artículos, por otra parte, integran —**lato sensu**— la legislación monetaria.

§ 495. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA OBLIGACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA

Las obligaciones en moneda extranjera están sujetas al siguiente régimen, propio de las obligaciones de dar dinero de curso legal:

a) En todo contrato en que se pacte la obligación de pagar moneda extranjera, esa moneda tendrá el carácter de "precio en dinero" (por ejemplo, la compraventa según el art. 1332). Es una consecuencia de considerar a la moneda extranjera como dinero (art. 617).

b) Impera el principio nominalista. En consecuencia, como ya se ha dicho, el deudor no tiene la facultad que antes tenía de pagar en moneda nacional al cambio que corra el día del pago. /

c) En caso de incumplimiento (**lato sensu**), el deudor constituido en mora debe los **intereses moratorios** que tienen, como se verá más adelante, carácter indemnizatorio. Se nota aquí, el carácter de **obligación dineraria** que tiene la de dar moneda extranjera, porque el régimen de intereses es propio de la especie.

d) Se ha hecho notar con toda razón, que la tasa de interés que debe pagarse por una deuda en moneda extranjera, en ausencia de convención o de disposición legal específica, debe guardar razonable relación con el tipo de moneda pactada y se deben tener en cuenta las tasas internacionales vigentes para esa moneda y la situación económica de nuestro país¹¹².

e) Las obligaciones en moneda extranjera son también susceptibles de pago **por consignación**, en tanto obligaciones dinerarias. Esta calificación es importante, porque al no ser considerado el dinero como **cosa**, no es necesario observar y cumplir los trámites previos que son propios de la consignación "de cosas", previstos en los arts. 764 y 765 del Cód Civil.

jera como medio de pago y al darle esta función dineraria a una cosa que no es dinero, la legitimación proviene de la obligación y no de la legislación monetaria" (*La emergencia económica y los contratos*, p. 182). Sin embargo, por las razones dadas en el texto, considero que esta afirmación no es exacta

¹¹¹ Cfr. Moisset de Espanés, *Aspectos económicos y jurídicos de la Ley de Convertibilidad*, en Moisset de Espanés (coord.), *Convertibilidad del austral*, primera serie, ps. 44 y 45.

¹¹² Cfr. Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, § 172.

E) RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS INTERESES

§ 496. INTERESES. CONCEPTO, CARACTERES Y CLASIFICACIÓN

El *interés* de que aquí se trata es objeto de estudio por la ciencia económica, por la matemática financiera y por la ciencia del derecho.

a) *Concepto económico*

Los economistas suelen decir que el interés es, simplemente, "la retribución del capital"¹¹³. Por "capital" se entiende no sólo el dinero en sí mismo, sino todo aquello capaz de producir bienes o prestar servicios, como un inmueble apto para la explotación agrícola o ganadera, una máquina cosechadora, un conjunto de aparatos para un gimnasio, etc. La utilidad o ganancia que ese capital puesto a producir debe reportar —sea que consista en dinero o en otros bienes— es, en términos económicos, "interés".

b) *Concepto jurídico*

Desde el punto de vista del derecho se puede afirmar que, si el análisis se limita a los textos de nuestro Código Civil, el intérprete encontrará un concepto de interés válido, en general, para las obligaciones dinerarias y un concepto específico para el contrato de mutuo no dinerario.

1) *El "interés" en las obligaciones dinerarias.* — Se ha dicho que en este caso, a partir de los arts. 621 y 622, los intereses son "los aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina, durante un tiempo dado, sea como precio por el uso de un dinero ajeno, o como" indemnización por un retardo en el cumplimiento de una obligación dineraria"¹¹⁴.

¹¹³ La cuestión puede plantearse en estos términos: el empresario dispuesto a invertir calcula los ingresos que espera de su inversión; se trata, por lo general, de cotejar una serie "de probables rendimientos" medidos en determinado tiempo (meses, años). Puede reducir esa serie de "probabilidades" a una sola *tasa de rendimiento* que expresa la "probable ganancia" de su inversión; esa tasa se llama *de eficacia marginal del capital*. Pero, ¿cómo sabrá el empresario si esa ganancia probable es una renta adecuada? Para saberlo, compara esa tasa de probable productividad de utilidades con la *tasa de interés* que le reportaría depositar su dinero en un banco en vez de volcarlo a una actividad productiva. Cfr. Heilbroner, *Comprensión de la macroeconomía*, Uteha, México, traducción de Pimentel Rogerio, p. 93; Gadner Ackley, *Teoría macroeconómica*, Uteha, México, traducción de Fernández Capero, ps. 148 y ss.

¹¹⁴ Es la definición propuesta por Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art 621, n° 4, p. 268 y que acepta, entre otros, Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t III, comentario al art. 621, n° 1, p. 115. Según Llambías, son "los aumentos paulatinos que experimentan las deudas de dinero en razón de su importe y del tiempo transcurrido, *prorrata temporis*. No brotan íntegros en un momento dado, sino que germinan y se acumulan continuamente a través del tiempo", Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 906, p. 203.

Es pertinente formular las siguientes observaciones: 1) el concepto se refiere a las deudas pecuniarias o deudas de dinero, esto no debe conducir al equívoco de suponer que las obligaciones "de valor" no producen intereses; 2) se dice que los intereses son *aumentos* de las deudas dinerarias, de donde se deduce que tales aumentos también deben consistir en *dinero*; 3) se dice, por último, que se pagan como precio por el uso del dinero o como indemnización por retardo, con lo que se abre un interrogante: ¿en qué carácter se pagan intereses en la indemnización por hechos ilícitos?

D.) *El "interés" en el contrato de mutuo no dinerario.* — En el mutuo no dinerario, es decir, cuando no se ha prestado dinero sino otras cosas fungibles, como trigo, harina, resmas de papel, etc., el "interés" que obtendrá el prestamista, según lo autoriza el art. 2241 del Cód. Civil, puede consistir en una cantidad proporcional de cosas de la misma naturaleza de las que prestó¹¹⁵. El interés en el mutuo no dinerario regido por el Código Civil demuestra dos cosas: 1) que no son únicamente las obligaciones de dar dinero las que generan intereses, también pueden producirlos las de dar cosas fungibles en general; 2) que el interés no siempre consiste en dinero¹¹⁶.

IU) *Descripción.* — Considerando las observaciones precedentes, estimo preferible describir los intereses como "la cantidad de dinero o de otras cosas fungibles que el acreedor puede exigir al deudor de un capital (dinero u otras cosas consumibles o fungibles), como compensación o indemnización y en proporción al valor adeudado y al tiempo en que el acreedor se vio privado de ese capital"¹¹⁷.

Son oportunas las siguientes aclaraciones:

a) Al afirmar que los intereses consisten en una cierta cantidad de dinero u otras cosas fungibles, queda comprendido el mutuo no dinerario; me hago cargo de que bastaría decir "cosas fungibles" porque el dinero es de esa clase de cosas, sin embargo, su inclusión apunta a destacar que los intereses *monetarios*¹¹⁸ o *dinerarios* son la especie más importante.

¹¹⁵ Cfr. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte especial*, t. V, p. 255 y Spota, *Instituciones. Contratos*, t. III, n° 1836, p. 424.

¹¹⁶ En el mutuo no dinerario entre comerciantes, el interés siempre debe ser pagado en dinero, según lo dispone el art. 563 del Cód. de Comercio: "Los réditos de los préstamos entre comerciantes se estipularán siempre en dinero, aun cuando el préstamo consista en efectos o género de comercio".

¹¹⁷ Comparar con la definición de Enneccerus: "La cantidad de cosas fungibles que puede exigirse como rendimiento de una obligación de capital en proporción al importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización del mismo", Enneccerus y Lehmann, *Derecho civil*, t. II, "Obligaciones", vol. I, § 8, traducción de Blas Pérez González y José Alger, p. 53.

¹¹⁸ Incluso una monografía sobre este tema lleva ese nombre: Barbero, *Intereses monetarios*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

b) Se *madempluj ti oasców puede exigir al* deudor, en dos sentidos:

- 1) el dinero no puede producir, por sí mismo, estos aumentos¹¹⁹; es necesario que la obligación de pagar intereses esté consignada en el título (el contrato o la ley);
- 2) el cobro de intereses es *facultativo*, ya que el acreedor puede condonarlos.

c) Los intereses se aplican a las obligaciones de dar, pero no a todas ellas, sino a las de dar cosas fungibles; es importante señalar, también, que son aplicables no sólo a la obligación de dar dinero, sino también a la obligación de valor.

d) Los intereses tienen función compensatoria o indemnizatoria, de allí que los llamados intereses *punitorios* (sobre la terminología *infra*, aquí, II, d) que tienen finalidad sancionatoria, más que intereses, son penas privadas.

e) La cantidad de intereses a pagar se mide en razón de una *tasa* o parte alícuota del capital. La tasa debe ser proporcional al capital y al tiempo.

f) Respecto del carácter en que se paga intereses en la obligación de indemnizar derivada de hechos ilícitos, ver, aquí, *infra*, § 503.

c) Caracteres

Las notas características de la obligación de pagar intereses son:

I) *Accesoriedad*. — Los intereses son accesorios del capital que se adeuda, de allí que, por aplicación de la regla de la accesoriedad, se tienen, entre otras, estas consecuencias: a) el pago de intereses implica reconocimiento de adeudar el capital (art. 721); b) si el acreedor recibe el capital sin reserva de cobrar accesorios, queda extinguida la obligación de pagar intereses (art. 624)¹²⁰.

II) *Proporcionalidad*. — Los intereses deben guardar, siempre, razonable proporción con el capital y con el tiempo en que el acreedor se ve privado de él.

ni) *Periodicidad*. — Los intereses se miden y se computan, siempre, por períodos.

d) Clases

La doctrina nos ofrece distintas clasificaciones de los intereses¹²¹, empleando una terminología que no es uniforme. De allí la necesidad de precisar ambas cuestiones.

¹¹⁹ Bien se ha dicho que una característica propia del dinero es su incapacidad para producir frutos naturales, es decir, el dinero por sí solo no produce intereses: J. Bonet Correa, *Las deudas de dinero*, p. 251.

¹²⁰ Se ha sostenido que los intereses moratorios no tendrían carácter accesorio: Mancini, María del Pilar y Pizarro, Daniel, *Reflexiones en torno a la indemnización del daño moratorio (Acerca de la relación entre la obligación originaria y la prestación indemnizatoria)*, en "J.A.", 2000-111-30. Sobre el tema, en rechazo de esa tesis, nuestro *Tratado de la mora*, § 93, c), Lex'isNexis, 2007.

¹²¹ Así, por ejemplo, para Ameal, se clasifican por el *origen*, en voluntarios o legales; aten-

I) Clasificación. — Los intereses se clasifican: *a) según su función económica, en compensatorios, moratorios y sancionatorios; b) según su origen, en voluntarios y legales*¹²². Ambas clasificaciones se complementan.

U) Terminología. — En cuanto a la terminología, con el único afán de simplificar la cuestión, precisaré que llamo: 1) *compensatorios*, a los denominados retributivos y lucrativos¹²³; 2) *moratorios*, a los denominados punitivos pactados, resarcitorios o indemnizatorios¹²⁴; y 3) *sancionatorios*, a los que se imponen por conducta procesal¹²⁵.

diendo a su *finalidad*, los primeros, a su vez, pueden ser lucrativos o punitivos y los segundos, retributivos o moratorios: Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t III, comentario al art 621, n° 2, p. 114. La terminología no es uniforme porque otros autores, sin considerar el distinto origen, identifican los lucrativos con los compensatorios y los punitivos con los moratorios; por ejemplo, Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 772, p. 260.

¹²² Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 907, p. 203.

¹²³ Comparar con la terminología que propone Molinaro, *Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas*, "L.L.", 43-1157. Ver, también, las correctas observaciones que al respecto formula, Barbero, *Intereses monetarios*, § 6, p. 22.

¹²⁴ Algunos llaman *punitivos* a los moratorios que han sido *pactados*, por ejemplo, el art 714 del Proyecto de 1998.

¹²⁵ Una muestra de la variada terminología que se usa en esta materia, se encontrará en el art 714 del Proyecto de Código Civil de 1998, inspirado en De Ruggiero (*Instituciones de derecho civil*). Se lee allí; "Intereses. Se denomina: a) Interés compensatorio, al que es debido por la indisponibilidad del capital, b) Interés moratorio, al que se aplica en las obligaciones de dar dinero a causa de la mora, c) Interés punitivo, al moratorio pactado, d) Interés resarcitorio, al que procede en la reparación de daños, e) Interés sancionatorio, el que se impone como sanción con fundamento en la ley. f) Interés retributivo, al que la ley establece en los casos en que corresponde el reembolso del valor de gastos, anticipos de fondos o inversiones". La clasificación de los intereses propuesta en el Proyecto de 1998 fue motivo de análisis en la Comisión n° 2 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001), la que aprobó, al respecto, los siguientes despachos: "Proyecto de 1998: a) Sería conveniente mantener la clasificación de intereses recomendada por la doctrina tradicional (mayoría); b) No es conveniente auspiciar la clasificación de intereses proyectada (mayoría); b 1) Es plausible la clasificación del Proyecto de 1998 (minoría). Agregado propuesto por el ponente Saravia: Propiciar la concreción de una clasificación que manteniendo el desarrollo doctrinario hasta el presente, contempla la siguiente clasificación: compensatorio, equivalente a retributivo; moratorio, comprensivo del denominado resarcitorio y punitivo; sancionatorio, el que se aplica como sanción prevista por el art 622, Cód. Civil (adhieren Rodríguez, Barroetaveña, Richeni de Bárrelo, Andino Dorato, Santarelli, Berrino, Casinelli, Giardullo)".

I) DISTINTAS CLASES DE INTERESES

§ 497. INTERÉS COMPENSATORIO. CONCEPTO. LA REGLA GENERAL

a) Concepto y justificación

Se suele definir el interés compensatorio como "el precio que se paga por el uso del dinero ajeno" o bien como el que "se adeuda como contraprestación o precio por la utilización de un capital ajeno"¹²⁶. Es el que debe pagar el deudor en el mutuo oneroso o el comprador a quien se le ha financiado el precio. No está relacionado con el *incumplimiento* de la obligación ni con la *culpa o dolo* del deudor. Se debe, en suma, por la utilización de un capital ajeno, por eso es llamado, también, interés *retributivo o lucrativo* ¹²⁷.

b) Regla general

Según la regla general imperante en nuestro derecho, las obligaciones de dinero no llevan intereses compensatorios, salvo disposición convencional o legal en contrario. Por eso se dice que impera la regla de la *ausencia* de intereses de esta clase. La regla enunciada se deduce de dos textos del Código Civil; *a)* el primer párrafo del art. 621 según el cual: "La obligación *puede llevar intereses...*", de donde se sigue que *puede no llevarlos*; *b)* el art. 2248, referido al mutuo oneroso, que dice "*No habiendo convención expresa sobre intereses, el mutuo se presume gratuito, y el mutuante sólo podrá exigir los intereses moratorios...*".

El mutuo regido por el Código Civil se presume gratuito: si las partes quieren incorporar una cláusula de intereses compensatorios, deben pactarlo expresamente. Está claro, en consecuencia, que si nada dicen al respecto, el mutuuario sólo deberá restituir la cantidad recibida en préstamo sin ningún incremento. Una aplicación de la regla de la gratuidad se encuentra en el art. 2249: si la restitución del capital debe hacerse en cuotas y el mutuuario, voluntariamente o por error, viene pagando intereses compensatorios que no estaban estipulados "...no está obligado a continuar pagándolos en adelante" (art. 2249), aunque tampoco tiene derecho a exigir la repetición de los que hubiere pagado.

¹²⁶ Por ejemplo, Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, § 172, p. 402.

¹²⁷ La Comisión n° 2 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001) que trató el tema "Intereses en las obligaciones de dar dinero", aprobó por unanimidad la siguiente conclusión: "Concepto de interés compensatorio: El interés es el precio del capital y su tasa requiere de una ponderación realista y circunstanciada de sus distintos componentes, entre los que cabe mencionar por su importancia, el rendimiento, ganancia o rédito que produce el capital, la prima por desvalorización de la moneda durante el tiempo que transcurra hasta el recupero del capital, el riesgo cambiario, la tasa de seguridad por el riesgo de restitución del capital, las cargas tributarias y demás costos operativos, el costo financiero en la tasa bancaria, etc."

§ 498. EL PACTO DE INTERESES COMPENSATORIOS LEGALES

El principio de la ausencia de intereses compensatorios no es absoluto. Por excepción, corren los intereses de esta clase, cuando media pacto de intereses y cuando la ley los establece en situaciones especiales.

a) *Pacto de intereses*

Según el art. 621, los intereses compensatorios pactados entre acreedor y deudor "*son válidos*". Si bien durante mucho tiempo, por influencia de los canonistas, se negó que el pacto de intereses estuviera justificado¹²⁸, hoy no hay dudas acerca de su legitimidad¹²⁹, aunque puede ser cuestionado en aquellos casos en que los intereses que de él resulten sean excesivos.

Tres razones justifican el pacto de intereses: 1) es justo que el acreedor, que se ve privado de su capital por un tiempo, tenga derecho a cobrar un *plus* por la indisponibilidad de su capital durante ese tiempo; 2) también es justo que el acreedor se ponga a cubierto de una eventual insolvencia del deudor, usando para ello la suma correspondiente a intereses para aplicarlos a un *seguro de caución*, es decir, para contratar un seguro contra la insolvencia del deudor; 3) en épocas de inflación, la tasa de interés compensatorio puede servir para reconstituir el capital, así, por ejemplo, si la inflación anual es del 40%, la tasa de interés puede fijarse en 47% anual, de manera que el 40% cubra la tasa inflacionaria y sólo el 7% restante se impute a interés lucrativo¹³⁰.

b) *Intereses compensatorios legales*

El interés compensatorio es también debido cuando la ley, en determinados casos, ordena que sea pagado atendiendo a que el deudor dispone o se beneficia con el capital ajeno durante un determinado tiempo, aunque no hubiese habido entre acreedor y deudor un acuerdo al respecto. Se instituyen por la ley por razones de equidad¹³¹. Se pueden mencionar los siguientes casos:

1) Si bien el mandante debe anticipar fondos al mandatario para que éste cumpla el mandato, bien puede ocurrir que el mandatario renuncie al derecho

¹²⁸ Sobre este tema: Barbero, *Intereses monetarios*, § 15, b), p. 44.

¹²⁹ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 909, p. 205.

¹³⁰ El porcentaje destinado a cubrir la tasa inflacionaria no es *interés*, sino *escoria*, según palabras de Molinario, *Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas*, "L.L.", 43-1156.

¹³¹ Es necesario no confundir el interés compensatorio legal, con el moratorio legal que se impone como sanción ante un incumplimiento o mora, por ejemplo, cuando el mandatario que ha cobrado dinero para su mandante, en vez de entregarlo lo gasta para sí, queda obligado a restituir el capital, más los intereses *moratorios* desde el día en que hizo el gasto indebido (art 1913), se trata de una sanción.

de exigir ese anticipo y ponga los fondos necesarios para iniciar su mandato de su propio peculio. En tal caso —si el mandatario hubiere hecho los anticipos— el mandante queda obligado a reembolsar lo gastado (art. 1949), más los intereses que corren desde el día en que los anticipos fueron hechos. Estos intereses tienen naturaleza compensatoria pues no se imponen como *sanción* por retardo, sino como *retribución*, porque el mandante se ha beneficiado con capital ajeno y debe, por ende, compensar a su mandatario. Estos intereses compensatorios son de origen legal, porque así está dispuesto en el art. 1950 del Cód. Civil.

2) En la gestión de negocios se presenta una situación similar ya que el gestor puede repetir del dueño del negocio todos los gastos que hubiese realizado para llevar adelante la gestión, *con los intereses desde el día en que los hizo* (art. 2298). También en este caso se trata de intereses compensatorios de origen legal.

3) El que hubiese hallado una cosa perdida y hubiese hecho gastos en ella para conservarla, tiene derecho a ser reembolsado por el propietario, más una recompensa equitativa (art. 2533). Pues bien, el reembolso de los gastos debe hacerse con intereses compensatorios a computar desde el día en que fueron hechos.

4) Según el art. 466 del Cód. Civil, "Los saldos de las cuentas del tutor *producirán el interés legal*". Se ha interpretado que se trata de un interés compensatorio, considerando que es debido desde que las cuentas han sido aprobadas judicialmente, no como sanción, sino como retribución a favor del acreedor.

c) Curso de los intereses compensatorios

¿Desde cuándo corren los intereses compensatorios? Para responder a este interrogante es necesario distinguir, por un lado, el momento a partir del cual se *devengan* y, por otro, el momento a partir del cual pueden ser *exigidos*.

I) *Devengamiento*. — Si devengar quiere decir "adquirir derecho a percibir...", el acreedor tiene derecho a percibir intereses a partir del momento previsto al respecto en el título de la obligación, por lo común, será desde que el deudor tiene la disponibilidad del dinero. El cómputo de los intereses, es decir desde cuándo y hasta cuándo se devengan, depende del tiempo que se le haya concedido al deudor para pagarle al acreedor. Generalmente se computa por períodos determinados, mensual o anual, aunque nada impide que sea menor, incluso diario.

II) *Exigibilidad*. — Si bien el acreedor puede tener derecho a los intereses a partir del momento en que el deudor tiene la disponibilidad del dinero, sólo tendrá derecho a exigir el pago de tales intereses, luego de transcurrido cada período previsto en el contrato, por lo común, se pagan mes a mes, junto con una parte del capital. Nada impide, no obstante, que se convenga el pago *anticipado* de los intereses.

§ 499. INTERÉS MORATORIO

a) *Planteo de la cuestión*

Las obligaciones de dar cosas genéricas o cantidades de cosas fungibles, entre las que se cuenta la de dar dinero, en razón de la peculiar naturaleza de su objeto, están sometidas a reglas particulares. En primer lugar debe destacarse que en estas obligaciones queda descartado el *incumplimiento definitivo*, pues se ha de tener presente que el género, como la cantidad, *nunca perece (genus nunquam perit)*¹³². El dinero —ha escrito Nussbaum¹³³— "existe siempre, si el deudor no se halla en situación de proporcionarlo, habrá una *impotencia* meramente subjetiva, que no puede actuar como causa de liberación". Esta indestructibilidad de la deuda pecuniaria, agrega, "responde a una necesidad jurídica y económica, y halla su complemento en las normas de la ejecución forzada". Se trata, en suma, de una característica propia de las obligaciones de género. Por otra parte, en todo sistema económico desarrollado, la inversión del dinero debe proporcionar en todo momento un producto, ya sea una renta directa, ya una ganancia indirecta, por esta razón la ley establece la presunción de que, al retener el deudor el dinero que debía entregar al acreedor, se priva a éste del beneficio de obtener aquella ganancia y esta pérdida debe recaer sobre el deudor >³⁴. Es ésta otra especialidad de las deudas de dinero: el deber de pagar intereses moratorios desde que se produce la mora y *sin que el acreedor esté obligado a probar que sufrió algún perjuicio*.

b) *Concepto. Diferencias con el compensatorio*

De acuerdo con las pautas precedentes, se puede decir que el interés moratorio "es el que se adeuda por la privación ilegítima del uso de un capital ajeno, por el hecho de no cumplir el deudor con la obligación de entregar la suma de dinero a su debido tiempo"¹³³. Estos intereses deben ser pagados en razón de la privación del uso del capital que sufre el acreedor, por la mora del deudor; cumplen por su naturaleza, una función resarcitoria, una forma de indemnización. Su función económica es resarcir al acreedor.

Los intereses moratorios se diferencian de los compensatorios, por lo siguiente:

1) El interés compensatorio se paga como precio por usar dinero ajeno; el moratorio se paga como indemnización por demorar la devolución del dinero ajeno.

¹³² Verju/>ra, §440.

¹³³ Nussbaum, *Teoría jurídica del dinero*, p. 130.

¹³⁴ Nussbaum, *Teoría jurídica del dinero*, p. 134.

¹³⁵ Es la definición de Molinario, *Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas*, "L.L.", 43-1157.

2) Por ello, el interés compensatorio forma parte del cumplimiento íntegro de la obligación; el moratorio, en cambio, es debido en razón del incumplimiento del deudor.

3) El interés compensatorio sólo se debe si ha sido pactado o si está impuesto por la ley para el caso concreto; el moratorio, en cambio, se debe aunque no haya sido pactado.

4) Los jueces no pueden imponer, en sustitución de las partes, intereses compensatorios; en cambio, sí pueden condenar al pago de intereses moratorios aunque no hubiesen sido previstos en el título de la obligación¹³⁶.

§ 500. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS INTERESES MORATORIOS

Según el art. 622 del Cód. Civil, "El deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Sino hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar".

Al interpretar este texto, la doctrina tiene establecidas las siguientes pautas:

a) Curso de los intereses

En lo que atañe al momento a partir del cual deben computarse los intereses moratorios, huelga afirmar que ellos corren desde el momento en que el deudor ha quedado constituido en mora. Con respecto a la *forma* de constitución en mora, debe estarse a lo que resulta del art. 509 ya analizado. Es oportuno recordar, también, que la *iliquidez* de la deuda no es obstáculo para que corran los intereses de esta clase¹³⁷.

b) Tasa de interés moratorio

En lo que respecta a la tasa de interés moratorio, la ley distingue tres supuestos: 1) si la tasa de interés ha sido prevista en el título de la obligación, debe estarse a la *tasa pactada*, siempre que ésta no exceda el límite permitido; 2) si las partes no han estipulado la tasa de interés, se deben los intereses legales, si es que existe una ley especial que fije dicha tasa para la obligación de que se trate; 3) si tampoco existe tal ley, los jueces determinarán la tasa aplicable.

Cfr. Barbero, *Intereses monetarios*, § 5, a), p. 19.

Ver Wayar, *Tratado de la mora*, § 94, p. 571.

¿¿iii Tasa judicial, ¿activa o pasiva?

Si la tasa ha sido pactada, o está prevista en la ley, sea activa o pasiva, ésa es la tasa que debe aplicarse " 8 . Pero, ¿qué ocurre cuando la tasa debe ser fijada por el juez? En esta materia ha tenido lugar una interesante evolución:

I) Hasta poco después de la entrada en vigencia de la Ley de Convertibilidad, la doctrina y la jurisprudencia no dudaban en afirmar que los jueces debían liquidar los intereses moratorios de acuerdo con la tasa "que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones normales de descuento"¹³⁹; es decir, se liquidaban a tasa activa, porque la tasa de descuento es tasa activa.

D) No había pasado un año desde la entrada en vigencia de la Ley de Convertibilidad, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación cambió de criterio y resolvió que los intereses moratorios debían liquidarse judicialmente de acuerdo con la *tasa pasiva promedio*. Tal criterio fue sentado en la causa "Yacimientos Petrolíferos Fiscales v. Provincia de Corrientes", del 3 de marzo de 1992¹⁴⁰ y luego reiterado en la causa "López, Antonio M. v. Explotación Pesquera de la Patagonia S.A.", del 10 de junio de 1992. Los fundamentos de estas decisiones¹⁴² fueron, en tosca síntesis, los siguientes: 1) se tuvo en mira combatir los resabios inflacionarios que, a pesar de la vigencia de la Ley de Convertibilidad, subsistían hacia 1992 mediante *indexaciones encubiertas* bajo la apariencia de una tasa activa; se consideró que la tasa activa, en efecto, contiene un porcentual destinado a mantener el poder adquisitivo del dinero y se vio en ese rubro una indexación encubierta; 2) la tasa activa está siempre incrementada por otros rubros que no son, *stricto sensu*, "intereses", tales como el llamado "costo financiero", que es el costo operativo de las entidades dedicadas a la intermediación de capitales, con el agravante de que se trata, por lo común, de un costo elevado por el sobredimensionamiento del sistema. También se incluye el importe para la cobertura del riesgo de una eventual insolvencia del deudor (seguro) que se toma también de la tasa activa y otros importes que Molinario calificó *escorias del interés*¹⁴³; 3) todos estos componentes (escorias) de la tasa activa, se concluye, no tienen por qué ser soportados por el deudor, ni aun encontrándose en mora.

¹³⁸ CN.Civ., en pleno, 2/8/1993, "L.L.", 1993-E-126; C.N.Com., en pleno, 27/10/1984, "E.D.", 160-205.

¹³⁹ C.S.J.N., «*L.L.", 34-638. Cfr. Wayar, *Tratado de la mora*, § 94, p. 571, nota n° 19 y jurisprudencia allí citada.

¹⁴⁰ C.S.J.N., "L.L.", 1992-B-216.

¹⁴¹ C.S.J.N., "L.L.", 1992-E-47. También la C.N.Apel. Civ., en pleno, 2/8/1993, *in re* "Vázquez, Claudia v. Bilbao, Walter y otros", "J.A.", 1993-IV-189, decidió liquidar intereses moratorios a tasa pasiva.

¹⁴² Para un comentario de las decisiones de Corte Suprema Nacional sobre la tasa pasiva, J. J. Casiello, *Sobre los intereses moratorios judiciales*, "L.L.", 1994-B-94.

Molinario, *Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas*, "L.L.", 43-1156.

IU) Pero la decisión de liquidar intereses moratorios a tasa pasiva no fue pacíficamente aceptada. Una importante doctrina y jurisprudencia¹⁴⁴, consideró que no se combate la inflación negándole al acreedor la tasa activa, si con ello se quiere evitar una indexación encubierta, porque la tasa pasiva, *también contiene* un porcentual tendiente a mantener el poder adquisitivo del dinero, es decir, también contiene un rubro indexatorio¹⁴⁵. En cuanto al "costo operativo" de un banco, se sostiene que es equivocado afirmar que incide sobre la tasa activa y no sobre la pasiva, porque un banco paga sus costos y obtiene utilidades por la *brecha* entre una y otra tasa, es decir, aquellos costos inciden sobre ambas tasas. Por último, liquidar a tasa pasiva equivale a premiar al deudor moroso o, en otros términos, a incentivar la mora del deudor¹⁴⁷, porque el deudor que ha tomado un préstamo en un banco y paga puntualmente sus cuotas, paga una tasa activa, y el que ha entrado en mora pagará una tasa pasiva¹⁴⁸.

d) Elplenario "Alaniz" (23/3/2003). Ratificación de la tasa pasiva

Producido el colapso de la convertibilidad (fines de 2001), declarada la emergencia económica, con devaluación y pesificación incluídas, pronto se sintió la necesidad de reexaminar la cuestión relativa a la tasa de interés moratorio. En ese marco, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, reunida en acuerdo plenario el 23 de marzo de 2003¹⁴⁹, vino a confirmar la doctrina vigente desde el 2 de agosto de 1993 (plenario "Vázquez") que había declarado que, a falta de convención expresa o ley especial que lo fije (art. 622, Cód. Civil) el interés aplicable a las obligaciones dinerarias en mora será el que corresponda "a la tasa bancaria pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina".

En el Plenario "Alaniz", en votación dividida, la mayoría del tribunal, al ratificar la aplicación de la tasa pasiva promedio, adujo que su pronunciamiento estaba dirigido a consolidar la justicia del caso concreto y no a premiar el in-

¹⁴⁴ Especialmente en el fuero comercial, por ejemplo, C.N.Com., Sala C, 10/5/1993, "L.L.", 1994-B-95.

¹⁴⁵ Este argumento es ampliamente desarrollado por Barbero, *Intereses monetarios*, § 20, p. 69.

¹⁴⁶ En resumen, dice Barbero, se debe desterrar de una vez por todas la idea de que la inflación, o los costos, o las utilidades sean la explicación de la cuantía de la tasa activa y no de la pasiva: Barbero, *Intereses monetarios*, § 20, p. 70.

¹⁴⁷ Casiello, *Sobre los intereses moratorios judiciales*, "L.L.", 1994-B-102.

¹⁴⁸ La comisión n° 2 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001) elaboró sobre este tema el siguiente despacho: "Los jueces deben aplicar: a) La tasa activa (mayoría); b) La tasa pasiva, salvo que de las probanzas de autos o en razón de la causa de la obligación dineraria incumplida (crédito laboral, alimentario, etc.) se justifique la aplicación de la tasa activa (minoría)".

¹⁴⁹ Sobre este plenario, ver el comentario de Gregorini Clusellas, Eduardo, *Plenario ratificando la tasa pasiva como interés ¿será justicia?*, "L.L.", 2004-C-783.

cumplimiento de las obligaciones. Luego de formular algunas consideraciones destinadas a destacar los rasgos de la crisis económica vivida, la mayoría señala que, salvo un período excepcional de comienzos del año 2002 en que fue negativa, la tasa pasiva cubre la inflación y es retributiva, superando tasas internacionales como la Libor y la Prime Rate. Comparando los componentes de la tasa pasiva y de la activa, la mayoría enfatiza que la tasa activa se determina en definitiva por elementos que atienden más al costo del dinero como mercancía, que a la justicia del resarcimiento, por lo que, se considera, no existen razones para que ese costo recaiga sobre el deudor, aun moroso. Añade que el desajuste económico financiero padecido no alcanza para descalificar la tasa pasiva, como resarcitoria, ya que por sus componentes, compensa al acreedor privado del capital, con la retribución financiera que invirtiéndolo hubiese obtenido¹⁵⁰.

La minoría, como se anticipó, se inclinó por abandonar la doctrina sentada en el plenario "Vázquez" y propuso que la tasa aplicable fuese la activa a partir del 6 de enero de 2001, fecha de la ley 25.561 que declaró la emergencia económica, administrativa, financiera y cambiaria. En sustancia, sostuvo que la devaluación, la pesificación y la inflación —no subsanada por las actualizaciones moderadas autorizadas por aplicación de índices (CER y CVS)— depreciaron el crédito, perjudicando al acreedor y beneficiando al deudor. Se dijo que esa dilación en el cumplimiento, agravada por las contingencias económicas, afecta la garantía del art. 18 de la Const. Nac, en tanto que a mayor contumacia mayor beneficio, quedando vulnerado el derecho de propiedad (arts. 17, 14 y 75, inc. 22, Const. Nac). Se argumentó también que la doctrina de la tasa activa fue adoptada por importantes tribunales, tanto de la justicia nacional como de las provincias, como la Suprema Corte de Buenos Aires o la Sala 1ª de la Suprema Corte de Mendoza, lo que demostraría su preponderancia a todos los deudores, salvo aquellos que tuvieran un régimen propio (como, por ejemplo, los titulares de tarjetas de crédito, cuyas deudas se liquidan a tasa activa); las mayores beneficiadas serían las empresas de seguros, en razón de que las indemnizaciones a las víctimas quedarían sujetas a la tasa pasiva.

e) Petición expresa

En materia de responsabilidad contractual por incumplimiento, los intereses moratorios deben ser reclamados expresamente por el acreedor, no le está permitido al juez concederlos de oficio¹⁵¹. En materia de obligaciones deriva-

¹⁵⁰ Seguimos en esta parte la síntesis de Gregorini Clusellas, E., *Plenario ratificando la tasa pasiva como interés moratorio ¿será justicia?*, "LL", 2004-C-783.

¹⁵¹ Cfr. C.S.J.N., "L.L.", 93-706; *idem*, "L.L.", 52-300; C.N.Civ., Sala D, "J.A.", 1956-V-250; C.: 4.Com., Sala C, 1675/1995, "J.A.", 1996-11-402. En cambio, tratándose de una acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad aquí liana y reclamándose en la demanda la repara-

Los hechos ilícitos para las que no rigen las reglas relativas a la indemnización de daños lleva implícito el pedido de intereses, los que se liquidarán desde que tuvo lugar cada perjuicio.

§ 501. LA EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO

¿La indemnización debe limitarse a los intereses moratorios, o es posible que el acreedor reclame la reparación del daño mayor que pudo haber sufrido? Se han dado dos respuestas:

a) Se responde hasta el límite de los intereses moratorios

Según la doctrina tradicional y mayoritaria i», el acreedor de una obligación dineraria no puede pretender otra indemnización que la concretada en los intereses moratorios. Es decir, el incumplimiento quedaría —según esta corriente doctrinaria— suficientemente reparado con el pago del capital originariamente debido, más lo que corresponda a los intereses moratorios por todo el tiempo que dure el retardo; el acreedor no puede reclamar una suma mayor arguyendo haber sufrido perjuicios mayores. Ése era el pensamiento de Pothier y Domat¹⁵³ que pasó al Código Napoleón (art. 1153) en términos explícitos y al cual se afilió el Código argentino en el art. 622.

La solución se apoya en los siguientes argumentos:

1) En primer lugar, la letra del art. 622 y su nota. El único precepto que dentro del capítulo destinado a las obligaciones pecuniarias se refiere a la indemnización del daño moratorio es el art. 622; allí el codificador ha decidido que los intereses moratorios constituyan la medida del resarcimiento. Es obvio que no ha previsto el cómputo de otra suma que no sean esos intereses para resarcir los daños derivados de la mora. Además, en la nota al citado artículo, Vélez Sarsfield escribió: "el interés del dinero en las obligaciones de que se trata corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso". Por consiguiente, como se ha dicho, la función resarcitoria que la indemnización de

ción integral de los daños, los intereses están implícitos en esa pretensión. Negar la procedencia de intereses moratorios si no han sido expresamente pedidos en la demanda de daños y perjuicios es llevar el rigorismo formalista demasiado lejos, contrariando la letra y el espíritu de los arts. 1069 y 1078 del Cód. Civil.

¹⁵² Cfr. la opinión de Bibiloni, *Anteproyecto*, L II, nota al art. 1093, p. 48; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 495; Boffi Boggero, *Sistema de responsabilidad civil en el Código argentino*, en "Estudios jurídicos", ps. 78 y ss.; De Gásperi y Morello, *Derecho civil. Obligaciones*, t. II, n° 1084, p. 648; Machado, *Exposición y comentario*, t. II, p. 198; en particular véase Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 917, p. 220.

¹⁵³ Domat, *Loi civile*, Libro III, Título V, t. II, p. 95; Pothier, *Tratado de las obligaciones*, nos 169 y 170. Cfr. Demolombe, *Cours*, t. XXIV, n° 618; Planiol y Ripert, *Tratado elemental*, t. II, n° 266, p. 96.

daños y perjuicios desempeña con relación a las obligaciones en general es desempeñada con relación a las obligaciones dinerarias por los intereses¹⁵⁴.

2) Paralelamente, se advierte la inexistencia de un texto legal que confiera al acreedor la facultad de reclamar daños mayores distintos de los intereses. No puede pretenderse la aplicación de lo dispuesto en los arts. 519 a 522 porque tales normas se refieren expresamente a los "daños e intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero". Tampoco se podría invocar el régimen imperante en materia de actos ilícitos, por la barrera contenida en el art. 1107, de modo que sólo tiene aplicación el art. 622, con el alcance fijado en el párrafo anterior.

3) Si en la fuente se hubiese estipulado un pacto de intereses moratorios, la doctrina estableció que esa convención tiene el significado de una cláusula penal, siendo así, parece irrefutable que por aplicación analógica del art. 655 *in fine* la indemnización no puede superar la suma pactada.

4) Lo dicho en los párrafos precedentes no vale sólo para los intereses moratorios convenidos, sino también para los legales o judiciales, puesto que cualquiera que sea la fuente de la cual derive, siempre tienen carácter moratorio que es lo que decide.

5) Por último, debe tenerse en cuenta que la solución contraria ha sido expresamente prevista por el legislador para ciertas obligaciones en particular; es lo que ocurre, por ejemplo, en el art. 1722, que castiga al socio que toma dinero de la sociedad con la obligación de devolver esa cantidad, más los intereses respectivos y la íntegra reparación de todo perjuicio; igual solución se ha establecido para el fiador que paga en lugar del deudor principal (art. 2030), la ley le confiere a aquél el derecho al reembolso de lo pagado, sus intereses y todo otro perjuicio.

Si el legislador consagró en las disposiciones citadas la reparación integral, debe concluirse que en la generalidad de los casos ello no acontece. "De otro modo —se ha dicho— no se explicaría que siendo siempre procedente esta indemnización, la ley sólo la apuntara al referirse a aquellos casos particulares que no necesitarían de ese agregado para quedar sometidos a un supuesto régimen común a todas las obligaciones de dinero que involucrase la reparación de todos los perjuicios sufridos por el acreedor. El hecho de que ese agregado aparezca sólo en los arts. 1722 y 2030 induce la convicción de que así se denota una particularidad de las obligaciones allí contempladas"¹⁵⁵.

Ahora bien, sentada la regla general que limita el rubro indemnizatorio a los intereses moratorios, se admite que existen tres excepciones, a saber. 1) cuando las partes hubiesen estipulado que el acreedor podrá reclamar una indemnización

¹⁵⁴ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 917, ps. 220 a 224.

¹⁵⁵ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 917, p. 224.

mayor para los daños no cubiertos por los intereses; 2) cuando la ley, en supuestos particulares, autorice una indemnización superior al monto de intereses; 3) cuando el deudor actúa con dolo al incumplir la obligación.

b) Se debe reparar el "daño mayor"

La tesis que queda expuesta es rechazada por otro sector de la doctrina¹⁵⁶. "¿Es equitativo —se pregunta Mosset Iturraspe¹⁵⁷— limitar el resarcimiento a los intereses moratorios? ¿Es equitativo dejar sin indemnizar daños mayores imputables al deudor? ¿Se justifica apartarse del resarcimiento integral? ¿No acordamos un incentivo al deudor malicioso para retardar el pago de lo debido?". Se responde a estos interrogantes afirmando que nada impide, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la admisión de una reparación integral que cubra la totalidad de los daños que sufra el acreedor, aunque ello rebase la cuantía de los intereses moratorios. Se piensa que el art. 622, si bien no autoriza al acreedor a reclamar una indemnización suplementaria, tampoco lo prohíbe expresamente, de manera que si aquél logra probar la existencia de un daño mayor debe concedérsele la posibilidad de obtener una plena reparación. La jurisprudencia aceptó con frecuencia esta solución.

Luego de un análisis de ambas posturas, estimo que es correcta aquella doctrina que postula que, por regla general, debe admitirse que la indemnización por incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero se encuentra limitada a la cuantía, de los intereses moratorios¹⁵⁸. Pero si el acreedor logra acreditar "un perjuicio especial y distinto de la mera improductividad del capital, debe reconocérsele, por excepción, derecho a reclamar la indemnización del daño mayor" i».

c) Los Intereses "punitivos" como especie de moratorios pactados

Es frecuente el pacto de intereses "punitivos" previstos para el caso de incumplimiento, tales "intereses" no son otra cosa que intereses moratorios *agrar*

¹⁵⁶ Cfr. Busso, *Código Civil*, t IV, comentario al art. 622, n° 60, p. 298; Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, 1.1, n°252, p. 233; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n°467, p. 393. Véase, también, Nussbaum, *Teoría jurídica del dinero*, p. 145. Cfr. C.S.J.N., 20/8/1947, "L.L.", 47-865.

¹⁵⁷ Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, t. I, p. 259; C.S.J.N., "L.L.", 47-754; C.Com., "L.L." 55-754.

¹⁵⁸ C.S.J.N., "L.L.", 47-747.

¹⁵⁹ La Comisión n° 2 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001), con relación al tema de los intereses moratorios y el daño mayor, aprobó los siguientes despachos! "a) En caso de incumplimiento, el deudor debe la indemnización de los mayores daños que pruebe el acreedor (mayoría); a. 1) Los mayores daños son debidos sólo en caso de dolo y hasta el límite del art. 521 del Cód. Civil (mayoría); b) Los intereses moratorios constituyen un tope indemnizatorio (minoría)".

vados. Tienen función compulsoria e indemnizatoria. Se caracterizan porque, como bien se ha dicho, en su composición interna, se encuentra —además del interés puro y de las resacas antes analizadas— "un componente adicional, que es el que define su perfil cualitativo: un *plus* económico que se proyecta a la tasa como pena o sanción"¹⁶⁰. Se asemejan, así, a una pena civil. Si bien son, en principio, lícitos, es imprescindible el control judicial para evitar excesos.

Si estos intereses punitivos son el producto del acuerdo de las partes, quedan configurados como una auténtica cláusula penal, sujetos por ende a su régimen específico. En caso de exceso, se reducirán por aplicación del art. 656, segunda parte, sin perjuicio de quedar incluidos en la órbita de los arts. 502, 953, 954 o 1071.

Cuando los intereses punitivos son impuestos por la ley, como sucede en materia impositiva, considero que también pueden ser objeto de reducción por los mecanismos previstos en el Código Civil.

§ 502. POSIBILIDAD DE ACUMULAR LOS INTERESES COMPENSATORIOS A LOS MORATORIOS

Los intereses compensatorios, ya se dijo, son el precio por el uso de capital ajeno; los moratorios, constituyen una indemnización por mora. Atendiendo a esta diversa naturaleza, se acepta en principio la posibilidad de acumular ambas tasas de interés. De ahí que es lícito que el acreedor pretenda la retribución del uso de su capital y el resarcimiento del daño causado por la mora en la restitución.

Admitida la posibilidad de acumular ambas tasas, se plantea este interrogante: ¿puede la acumulación ser total? La respuesta depende de la voluntad de las partes: si se hubiere pactado una tasa de intereses compensatorios y otra de moratorios, la acumulación debe ser total; en cambio, si se pacta la tasa de compensatorios, pero no de moratorios, la acumulación debe ser parcial, es decir, el acreedor podrá percibir la tasa convenida y si ésta es menor que la tasa legal o corriente en los bancos oficiales, también tendrá derecho a percibir la diferencia entre una y otra. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto al "respecto": "Si las partes pactaron un interés sobre la deuda, pero la obligada no canceló la deuda en el tiempo estipulado, la acreedora tiene derecho a los intereses convenidos y, además, después de la mora del deudor, puede aspirar a la diferencia existente entre la tasa convenida y la legal corriente correspondiente a los intereses moratorios"¹⁶¹.

¹⁶⁰ Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 11, § 172.

¹⁶¹ C.S.J.N., 6/2/1996, *in re* "Obra Social Aceros Paraná S.A. y otra v. Prov. de La Rioja y otro", "J.A.", 1996-111-237.

§ 503. LOS INTERESES Y LAS DEUDAS DE VALOR. ¿DESDE CUÁNDO CORREN LOS INTERESES EN LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR?*

a) *Planteo del problema*

En la deuda de valor, como ya fue analizado, el crédito se expresa en números recién en el momento del pago, esto significa que no es necesario utilizar la tasa de interés para corregir la pérdida del valor del dinero, pues el valor del crédito, por hipótesis, se mantiene *constante* desde que nace la obligación hasta que debe ser pagada. Pero esto no significa que la deuda de valor no lleve intereses; sí lleva intereses, pero a tasa *pura*, es decir, libre de la *escoria* de la tasa inflacionaria¹⁶². Aclarado esto, corresponde interrogarse: ¿desde cuándo corren los intereses en las deudas de valor? El problema se ha planteado, en particular, respecto de la obligación de indemnizar los daños causados por hechos ilícitos, que es una especie de deuda de valor. En efecto, repárese en que Vélez Sarsfield había adoptado el sistema de la reparación pecuniaria, según el cual las indemnizaciones derivadas de hechos ilícitos se pagaban en dinero; en consecuencia, se trata de saber si los intereses correspondientes a tales sumas corrían desde la comisión del hecho ilícito o desde la constitución en mora del deudor. Adviértase la importancia del problema: está en juego el principio en cuya virtud la reparación debe ser *integral y plena*.

b) *Evolución de la jurisprudencia*

1) Una primera orientación jurisprudencial, anterior a la reforma del año 1968, postulaba la necesidad de distinguir —a efectos de computar el curso de intereses— los *delitos* de los *cuasidelitos* civiles. Tratándose de los primeros, los intereses corren desde la fecha en que ocurrió el hecho; en los segundos, desde la notificación de la demanda. Este criterio fue sentado en un fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal, *in re* "Iribarren v. Sáenz Briónes" '63. De sus fundamentos, cabe destacar: 1) es necesario tomar en cuenta la diferente intención con que actúa aquel que comete un delito, que aquel que sólo es autor de un cuasidelito. Mientras el primero ha tenido el ánimo de dañar a la víctima, mostrando una evidente mala fe, el segundo ha provocado un daño sin tener la intención de hacerlo. En razón de esta diferencia, se dice, no es justo que se los juzgue con idéntico criterio; 2) la mala fe del autor de un delito jus-

¹⁶² No existe ningún impedimento para que la deuda de valor (deuda actualizada) lleve intereses, porque la actualización tiene por objeto mantener el poder adquisitivo de la moneda, en tanto los intereses se deben en razón de la indisponibilidad de ese capital para el acreedor hasta el momento del pago.

¹⁶³ C.Civ., en pleno, 15/3/1943, "J.A.", 1943-1-844 y "L.L.", 29-704. De acuerdo con este criterio: Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 128, p. 159, cita n° 87.

tífica que se lo considere en mora desde la comisión del hecho; la ausencia de mala fe en el autor de un cuasidelito justicá que se lo considere en mora recién a partir de la notificación de la demanda o, en su caso, desde la interpelación extrajudicial si ésta fue anterior a la demanda; 3) para los cuasidelitos la solución es justa, se afirma, porque toma en cuenta el momento en que el acreedor ejerce la acción, exteriorizando su voluntad de ser pagado. Ello evita que se agrave injustamente la situación del deudor, lo que ocurriría si el acreedor demora a su antojo la promoción de la demanda, y luego pretende percibir intereses por todo el tiempo en que él se mantuvo inactivo.

n) La tesis que distinguía los delitos de los cuasidelitos, consagrada en el plenario "Iribarren v. Sáenz Briones", quedó superada por otro plenario del 6 de diciembre de 1958 dictado *in re* "Gómez, Esteban v. Empresa Nacional de Transportes" ¹⁶⁴, en el que se declaró que los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de delitos o cuasidelitos "se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de reparación".

§ 504. INTERESES SANCIONATORIOS

Los llamados intereses *sancionatorios* son aquellos que se deben por imposición judicial y como consecuencia de una conducta procesal maliciosa del deudor. A ellos se refiere el art. 622 en su segundo párrafo, agregado al Código Civil por la ley 17.711: "Si las leyes de procedimiento no previeren sanciones para el caso de conducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero, los jueces podrán imponer como sanción la obligación accesorio de pago de intereses que, unidos a los compensatorios y moratorios, podrán llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios" ¹⁶⁵.

Este agregado de la ley 17.771 ha merecido una doble impugnación:

1) Se ha cuestionado su constitucionalidad, con el argumento de que se trata de una materia que es propia de los códigos procesales provinciales (art. 75, inc. 12, Const Nac). Sin embargo, la doctrina suele tratarlo entre las instituciones incluidas en el capítulo destinado a las obligaciones dinerarias.

2) Se ha propuesto su derogación, porque "impone una sanción absurdamente onerosa y no suple ninguna laguna que los códigos específicos ya no

¹⁶⁴ CCiv., en pleno, 6712/1958, "L.L.", 93-667.

¹⁶⁵ Idéntica sanción al deudor malicioso está establecida en el Código de Comercio. El art 565, segundo párrafo, de ese Código dice: "El deudor perseguido judicialmente y que litigue sin razón valedera, será condenado a pagar un interés de hasta dos veces y media del que cobren los bancos públicos, debiendo los jueces graduar en la sentencia el acrecentamiento de la tasa atendiendo a la mayor o menor malicia con que haya litigado el deudor...".

contemplan con mucha más propiedad". Además, la sanción que prevé "parece más bien, una convalidación de la usura por vía judicial" i«

a) Relación con los códigos de procedimientos

El segundo párrafo del art. 622 comienza: "*Si las leyes de procedimiento no previeren sanciones...*"; a partir de él la doctrina interpreta que el interés sancionatorio allí previsto sólo sería aplicable, en un caso concreto, si las leyes de procedimientos nada dijeran al respecto, tendría, pues, carácter subsidiario y supletorio. Pero como la mayoría de los ordenamientos procesales, incluido el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tienen previstas sanciones por conducta del deudor, la disposición del segundo párrafo del art. 622 quedaría reducida a letra muerta. De allí que se haya propuesto una interpretación distinta, tendiente a salvar el párrafo en cuestión: según esta interpretación, el art. 622, segundo párrafo, confiere al juez la posibilidad de optar, en el caso concreto, entre aplicar la sanción prevista en el ordenamiento procesal o el interés sancionatorio del art. 622. Lo que está prohibido al juez es aplicar a un mismo hecho, una doble sanción, es decir, no puede acumular la sanción procesal y la sanción civil, debe optar por una de ellas ¹⁶¹.

b) Requisitos

La condena a pagar un interés sancionatorio está prevista en el art. 622 para el caso en que concurran los siguientes requisitos:

1) Debe constatarse una "*inconducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento...*". Dada la gravedad de la sanción, debe tratarse de una conducta grave, no cualquier comportamiento es pasible de tal sanción. -

2) Debe tratarse de una conducta *procesal*, es decir, llevada a cabo durante el trámite del juicio, sea mediante argucias o maniobras tendientes a dilatar el cumplimiento, tal, por ejemplo, la de negar la autenticidad de una firma a sabiendas de que es auténtica.

3) La ley menciona un elemento subjetivo que el juez no puede en ningún caso soslayar: la conducta del deudor debe ser *maliciosa*. Como el dolo, la malicia se traduce en la *intención* de dilatar —sin derecho— el cumplimiento o, si se quiere, aparentando un derecho de que se carece.

c) Las facultades del juez

La imposición de intereses sancionatorios no es un imperativo para el juez, es sólo una facultad que el juez puede usar si considera que las circunstancias del

Ver proyecto de ley contra la usura del diputado Cañero.

Por ejemplo, Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, § 177.

caso aconsejan sancionar. Dado que la ley deja librada la decisión a la amplia discrecionalidad del juzgador, éste debe extremar la prudencia si decide aplicar esta sanción. Tendrá especialmente en cuenta la *sustancia penal* de la sanción prevista, para no vulnerar las garantías constitucionales del sancionado.

d) Los límites de la sanción

El interés sancionatorio del art. 622 tiene un límite preciso: no puede superar, sumado a los intereses compensatorios y a los moratorios que correspondieren "dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios".

§ 505. LA TASA DE INTERÉS

a) Clasificación

Con la palabra *tasa* se hace referencia al porcentaje del capital que, según una determinada unidad de tiempo, debe pagarse en concepto de interés¹⁶⁸. De acuerdo con su origen, esto es, según quién sea el que imponga la tasa, ésta puede ser, convencional, legal o judicial.

b) Distintas tasas

Es útil la mención —breve— de las distintas tasas de interés¹⁶⁹:

I) *Tasas activa y pasiva*. — Tasa de interés pasiva es la que los bancos o entidades financieras *pagan* a sus clientes por la captación de depósitos o ahorros; se llama *pasiva*, porque el banco es, en este caso, deudor. La tasa de interés activa es la que los bancos o entidades financieras *cobran* a sus clientes por los préstamos que les otorgan, se llama *activa*, porque el banco es, en este caso, acreedor. La diferencia entre la tasa activa y la pasiva se llama *spread*, que es la ganancia o utilidad del banco por su actividad de intermediación.

II) *Tasas positiva y negativa*. — Se llama tasa de interés *positiva* a aquella que supera la tasa de inflación, por ejemplo, si la inflación es del 30% anual, una tasa establecida en el 37% anual será positiva. Por el contrario, la tasa de

¹⁶⁸ Desde el punto de vista de la ciencia económica se ha definido la *tasa* como "la cantidad que se abona en una unidad de tiempo por cada unidad de capital invertido"; a partir de esta idea, se dice: "las tasas siempre miden la unidad en 'por uno' y que las medidas que indican los cambios en 'por ciento' o 'por miles' no son tasas y se llaman coeficientes o razones"; Richard, *Intereses. Un examen sobre su naturaleza, con particular énfasis en las tasas equivalentes, el anatocismo y como variable de ajuste*, en *Convertibilidad del austral. Estudios jurídicos*, primera serie, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1991, p. 143.

¹⁶⁹ De acuerdo: Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, § 173.

interés es *negativa* cuando es inferior a la tasa de inflación, en nuestro ejemplo, - tal sería la tasa establecida en el 29% anual.

HJ) *Tasas nominaly real*. — Desde el punto de vista jurídico, se hace presente aquí el nominalismo y el valorismo, pero referidos al interés. La tasa es *nominal*, cuando la suma de intereses se expresa en una cantidad determinada de dinero; así, si se depositan en el banco \$ 10.000 a una tasa nominal del 12% anual, el depositante sabe que, al cabo del año, su capital le habrá reportado \$ 1.200 de interés, sin perjuicio de la capitalización de esos intereses que pudo pactar con el banco. La tasa es *real* cuando la cantidad de intereses a percibir no se expresa en una suma determinada, sino a determinar en el momento del pago y de acuerdo con el rendimiento del capital medido en función del valor de determinados bienes o servicios. Por consiguiente, la tasa *real* debe contemplar siempre la tasa inflacionaria y ser positiva, de suerte tal que el interés real es el que se obtiene descontando la tasa de inflación y otras escorias¹⁷⁰.

TV) *Tasa simple e interés compuesto*. — La tasa de interés es *simple* cuando el capital al que se aplica se mantiene invariable desde el inicio de la operación, es decir, los intereses que se van devengando periódicamente no se capitalizan, de allí que el capital no varía. En la tasa de interés *compuesto*, en cambio, los intereses se van capitalizando período a período, de manera que el capital al que se aplica la tasa crece en la misma proporción que el monto de intereses que se le suma¹⁷¹.

V) *Tasa de interés anticipado y tasa de interés vencido*. — Existe consenso en que el interés anticipado es el que se cobra al inicio de la operación o al celebrarse el contrato, por eso se lo llama también *descuento*, porque el prestamista resta del capital que entrega en préstamo, el monto correspondiente a intereses. Los juristas miran con cierta desconfianza la tasa de descuento, porque, además de ser un pago del precio por anticipado, muchas veces se la usa para disimular altas tasas de interés. El interés vencido, en cambio, es aquel que debe ser pagado o, en su caso, capitalizado, a la finalización de un período determinado e, incluso, a la finalización del contrato.

VI) *Tasa de interés fijo y tasa variable*. — Se dice que el interés es *fijo*, cuando la tasa aplicable se mantiene inmutable desde el inicio hasta la finalización de la operación. En épocas de estabilidad monetaria, esta tasa es la más apta para mantener el equilibrio de la relación crédito-deuda. La tasa es en cam-

¹⁷⁰ Otros son los conceptos de tasa nominal y tasa efectiva para la matemática financiera que un autor (Barbero, *Intereses monetarios*, § 13, p. 39), cree que deben ser aceptados por el derecho como el enfermo debe aceptar la medicina que le receta el médico porque supone que el enfermo nada sabe de medicina..

¹⁷¹ Barbero, *Intereses monetarios*, § 12, p. 39.

bio *variable*, cuando para su determinación es necesario remitirse a otras tasas o cuando se ha pactado que para fijar la tasa se tendrá en cuenta "...la evolución periódica de la tasa de interés de plaza" (art. 623 *infiné*). También la tasa variable es mirada con desconfianza por el derecho, pues una cláusula de esta especie puede ser usada por el acreedor para atribuirse la facultad de fijar unilateralmente la cuantía de la tasa en desmedro del interés del deudor. De allí que una tasa variable será legítima sólo cuando sea establecida de acuerdo con "pautas objetivas de mercado" y no cuando sea el producto de la sola voluntad del acreedor.

VII) *Tasa de interés directo y sobre saldos*. — Dado un préstamo que debe ser restituido en cuotas, el interés puede ser pactado a tasa directa o sobre saldos. Es a *tasa directa*, cuando la totalidad de los intereses se calculan sobre el capital inicialmente adeudado, que a los fines del cálculo de intereses se mantiene inmutable, sin considerar los pagos parciales que pueda efectuar el deudor y que vayan disminuyendo el capital inicialmente adeudado. Es obvio que esta tasa resulta siempre más onerosa para el deudor. La tasa de interés es *sobre saldos*, cuando el cálculo se hace sobre el capital que efectivamente se adeude, es decir, se van descontando del capital, a los fines del cómputo de intereses, los pagos parciales de capital que vaya haciendo el deudor.

Vni) *Tasa de interés puro y tasa de interés bruto*. — El interés es *puro* cuando no contiene las escorias a las que se refiere Molinario, cuestión ésta que ya ha sido analizada. El interés es, en cambio, *bruto*, cuando contiene aquellas escorias: tasa de inflación, costo financiero, seguro de caución, gastos administrativos, etc.

IX) *Tasas de referencia*. — Son tasas de referencia aquellas que suelen mencionarse en los contratos con el propósito de utilizarlas como parámetros comparativos con la tasa pactada por las partes, para verificar su conveniencia o razonabilidad o bien para adaptarla al respectivo contrato. Así, por ejemplo, es frecuente la remisión a los "intereses de plaza" o a "los intereses corrientes" o a la tasa que resultare "del promedio de las operaciones bancarias que informe para cada período el Banco Central de la República Argentina", etc.

H) ACUMULACIÓN DE INTERESES. EL ANATOCISMO Y LA USURA

§ 506. CAPITALIZACIÓN DE INTERESES

a) *Noción*

Se dice que hay acumulación de intereses cuando por acuerdo de partes, por disposición de la ley o por decisión judicial, los intereses que se van devengando *se van sumando* período a período al capital (se capitalizan) para deven-

gar en lo sucesivo nuevos intereses. Por eso se asevera que la capitalización, conocida como *anatocismo*, permite que "los intereses produzcan nuevos intereses". El anatocismo acrecienta aceleradamente la deuda de dinero.

b) Régimen del Código Civil según la versión de Vélez Sarsfield

El codificador redactó el art. 623 en los siguientes términos: "No se deben intereses de los intereses, sino por obligación posterior, convenida entre deudor y acreedor, que autorice la acumulación de ellos al capital, o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo". Este texto fue derogado por ley 23.928.

Durante el siglo en que se mantuvo vigente el texto redactado por Vélez, la doctrina y la jurisprudencia establecieron las siguientes pautas interpretativas:

1) En nuestro derecho, con el carácter de regla general, estaba prohibida la capitalización de los intereses devengados; menos aún se podía pactar la capitalización de intereses todavía no devengados, pues por ser violatorios del orden público, tales pactos adolecían de nulidad absoluta.

2) El principio que vedaba la capitalización de los intereses para hacerles rendir nuevos intereses, no era absoluto. Tenía las siguientes excepciones: a) capitalización dispuesta por convención posterior al devengamiento de los intereses; b) capitalización resultante de condena judicial y subsiguiente mora del deudor en el pago de la suma liquidada; c) capitalización en ciertos supuestos de derecho comercial; d) capitalización autorizada por leyes especiales.

c) Régimen de la Ley de Convertibilidad

El régimen del Código Civil subsistió hasta 1991, año en que entró en vigencia la ley 23.928 que decidió derogar el texto del art. 623 de Vélez y reemplazarlo por el siguiente: "No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza".

La lectura de ambos textos, el viejo y el nuevo art. 623, permite apreciar tres diferencias fundamentales:

1) La primera radica en que, según el texto de Vélez Sarsfield, el acuerdo que permitía el anatocismo debía *ser posterior* al vencimiento de la obligación, en tanto que el nuevo texto autoriza pactar la acumulación de intereses, *ab initio*, al constituirse o nacer la obligación. En consecuencia, hoy son válidos, tanto el pacto anticipado de acumulación de intereses, como el pacto posterior.

2) La segunda está referida a lo siguiente: en el acuerdo por el cual las partes deciden acumular los intereses al capital, pueden convenir que esa acumulación sea *periódica*, posibilidad que no estaba prevista en el originario art. 623.

3) La tercera está contenida en el último párrafo del art. 623, agregado por la Ley de Convertibilidad, por el cual se consideran válidos los acuerdos de capitalización basados en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza.

§ 507. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CUESTIÓN

La acumulación de intereses es una cuestión que divide la opinión de los autores. Por un lado, se sitúan aquellos que se pronuncian a favor de una aceptación amplia de la acumulación y aplauden por ende la reforma de la ley 23.928; a esta tesis se la puede denominar "de la acumulación amplia". Por otro lado están quienes sólo admiten la acumulación por convención expresa y siempre que no implique excesos; a esta tesis se la puede denominar "de la acumulación moderada".

a) Tesis de la acumulación amplia

Para los sostenedores de esta tesis¹⁷², la prohibición de capitalizar intereses es una institución vetusta, lesiva de los intereses de los acreedores, que nada tiene que ver con la ciencia económica ni con la matemática financiera. Estos autores afirman que cuando se cuestiona la capitalización con el argumento de que "permite el crecimiento desmesurado de la deuda dineraria" o que "agobia y ahoga al deudor", se desconoce su verdadera función económica y se atenta contra la concepción dinámica del patrimonio; es más, para mostrar los "beneficios" de la capitalización, se ejemplifica con las abuelas que depositan sus magros ahorros en los bancos y se dice: no se les puede negar el derecho a la capitalización periódica y anticipada¹⁷³.

Esta doctrina interpreta que después de la reforma de la Ley de Convertibilidad, la regla se ha invertido en nuestro derecho: ahora, la capitalización está admitida como regla general, es decir, sostiene que la prohibición de capitalizar que antes estaba consagrada en el art. 623 de Vélez como regla, ha quedado expresamente derogada

¹⁷² Richard, *Intereses. Un examen sobre su naturaleza, con particular énfasis en las tasas equivalentes, el anatocismo y como variable de ajuste*, en *Convertibilidad del austral Estudios jurídicos*, primera serie, Víctor P. de Zavallía, Buenos Aires, 1991, p. 178; Villegas y Schujman, *Intereses y tasas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 156; Alejandro Borda, *Anatocismo (hasta la palabra es vieja)*, "L.L.", 1992-B-1021; Barbero, *Intereses monetarios*, § 49, p. 195.

¹⁷³ Ver, por ejemplo, Barbero, *Intereses monetarios*, § 49, p. 188. Este autor pretende demostrar que la capitalización que debe aceptar el derecho no es nada más que un procedimiento logarítmico, propio de la matemática financiera, que si bien hace subir la tasa, es un incremento apenas perceptible.

Para sostener que la regla general es la de la capitalización, se vale del siguiente razonamiento:

I) Al estar permitido el pacto *anticipado* de acumulación, en materia contractual ésa sería la regla, es decir, las partes son libres para pactar el anatocismo anticipado y periódico, según sus necesidades y conveniencias.

II) Si no hay pacto de anatocismo, rige entonces, se dice, la regla de origen legal, según la cual *si liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo*.

IÜ) Concluye que la capitalización está impuesta o por la voluntad de las partes o por disposición de la ley¹⁷⁴.

b) Tesis de la acumulación moderada

Para otra tesis, sostenida por prestigiosos civilistas¹⁷⁵ e importante jurisprudencia¹⁷⁶, a la que reitero mi adhesión¹⁷⁷, en nuestro derecho se debe aceptar una capitalización moderada o restringida, en dos sentidos: 1) porque sigue vigente la prohibición de capitalizar intereses, como regla general; 2) porque es deber de los jueces evitar que, usando el mecanismo de la acumulación como bandera, ciertos acreedores ejerzan con abuso su derecho creditorio.

I) *La prohibición como regla general*.—Se afirma que, por regla general, en nuestro derecho está prohibida la acumulación de intereses, con fundamento en las siguientes razones: 1) en primer lugar, la letra de la ley. Quiérase a no¹⁷⁸, el art. 623, al disponer en su primer párrafo que "No se deben intereses de los intereses, sino por...", emplea un giro prohibitivo, la conjunción adversativa "sino" indica con claridad que la prohibición sólo cede en determinados supuestos de excepción, ésta es, por otra parte, la tesis aprobada por las XV TJI Jor-

¹⁷⁴ Sobre el tema, es importante la opinión de Casiello en favor de la capitalización: Casie-Uo, J. J., en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Código Civil*, t. 2-A, comentario al art. 623, ps. 486 y ss.

¹⁷⁵ Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 436, p. 209; Busso, *Código Civil*, t IV, comentario al art. 623, n° 15, p. 326; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n°930, p. 235; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. O, n°794, p. 295; Moisset de Espanés, *Aspectos económicos y jurídicos de la Ley de Convertibilidad*, en *Convertibilidad del austral Estudios jurídicos*, primera serie, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1991, p. 50; Padilla, *Responsabilidad civil por mora*, p. 510.

¹⁷⁶ C.S.J.N., 6/2/1996, "L.L.", 1996-É-104 y "J.A.", 1996-III-237; S.C.B.A., 13/9/1994, in re "León Goldhar y Cía v. Provincia de Buenos Aires".

¹⁷⁷ Wayar, *La convertibilidad del austral y las obligaciones de dar dinero*, en *Convertibilidad del austral Estudios jurídicos*, primera serie, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1991, p. 50; Padilla, *Responsabilidad civil por mora*, p. 224.

¹⁷⁸ Dice al respecto Barbero: "A pesar de que ha conservado la primera frase del texto original (*no se deben intereses de intereses, sino*), es evidente que el principio general ha cambiado" (*Intereses monetarios*, § 49, p. 196). La afirmación sólo se explica por un error de interpretación.

nadas Nacionales de Derecho Civil¹⁷⁹; 2) una regla de derecho es *general* cuando tiene vigencia *residual*, es decir, cuando rige «epodas las hipótesis no previstas por reglas especiales. En este materia, la acumulación de intereses es posible sólo en dos casos, cuando ha sido pactada expresamente y cuando hay condena judicial a pagar una cantidad liquidada, en todas las demás hipótesis posibles, no hay acumulación; 3) así, en todo contrato en que no se haya pactado la acumulación, rige la regla general que la prohíbe, es más, aun si el deudor es demandado, no habrá acumulación si el juicio no llega a liquidación o condena, y es más todavía, aun habiéndose llegado enjuicio a liquidación y condena, no habrá acumulación si el deudor *no incurre* en mora. Ello, por cuanto la ley exige que para que haya acumulación el deudor debe estar en mora.

Ahora bien, de la regla general que prohíbe la acumulación de intereses se siguen importantes consecuencias: 1) las excepciones a la regla deben interpretarse restrictivamente; 2) en caso de duda, debe estarse por la no acumulación; 3) es aplicable, con mayor rigor, la regla de oro del art. 953¹⁸⁰.

II) *El plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial "Calle Guevara" (25/8/2003)* — En 1991, ya entrada en vigencia la Ley de Convertibilidad, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se reunió en la causa "Uzal S.A. v. Moreno"¹⁸¹, en acuerdo plenario, para resolver la cuestión: "Además de los supuestos explícitamente establecidos en el texto legal positivo, ¿existen otros en los que quepa la capitalización del interés devengado por un crédito cuyo obligado se encuentra en mora?". Por mayoría, el tribunal sentó doctrina legal en sentido afirmativo¹⁸², con lo cual pareció imponerse en nuestro derecho la tesis de la acumulación amplia. Sin embargo, transcurrida apenas una década quedó en evidencia la inconveniencia de mantener esa doctrina, teniendo en cuenta los resultados desproporcionados con re-

¹⁷⁹ Comisión n° 2 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001) con relación al tema del anatocismo, aprobó este despacho: Si bien, después de la reforma, el art. 623 del Cód. Civil autoriza la capitalización de intereses con un criterio más amplio que en la anterior redacción, la misma sigue limitándose a los supuestos mencionados expresamente en la norma. Por ende, rige el criterio de interpretación restrictiva en la materia (mayoría). Agregado propuesto por Wayar. El pacto de capitalización de intereses sólo es válido en el ámbito de los contratos paritarios. En los contratos por adhesión, el pacto de intereses no es exigible al deudor adherido.

¹⁸⁰ Cfr. Padilla, *Responsabilidad civil por mora*, p. 510.

¹⁸¹ CN.Com., «i pleno, 2/10/199 í.inre "Uzal S. A., v. Moreno, Enrique", "L.L.", 1991-E-404.

¹⁸² Se estableció como doctrina legal en el plenario "Uzal": "a) Además de los supuestos explícitamente establecidos en el texto legal positivo, existen otros en los que cabe la capitalización del interés devengado por un crédito cuyo obligado se encuentra en mora y b) así, cuando la decisión judicial remita al 'interés cobrado por los bancos públicos' —o concepto equivalente— y ello se refiera a una tasa de corto plazo —menor que el lapso de la mora— el acreedor está habilitado para liquidar el interés del modo en que lo hará la banca tomada como referencia de esa tasa".

lación a la realidad económica que ha arrojado la aplicación de tasas de interés capitalizables mensualmente, autorizadas por aquella doctrina. Esto motivó que, a instancias del fiscal general ante la misma Cámara en lo Comercial, doctor Raúl Calle Guevara, sé dispusiera la convocatoria a un nuevo acuerdo plenario que se reunió el 25 de agosto de 2003, con el propósito de reverla doctrina que se había fijado en la causa "Uzal v. Moreno". Con ese fin, el plenario se planteó las siguientes cuestiones: "1º) ¿Corresponde modificar la doctrina plenaria sentada en los autos 'Uzal S.A. v. Moreno, Enrique s/ejecutivo' del 2/10/1991? 2º) En caso afirmativo: ¿Además de los supuestos establecidos explícitamente en el texto positivo de la ley, corresponde en otros la capitalización de intereses devengados por un crédito cuyo obligado se encuentra en mora?; en su caso, ¿cuál debe ser la modalidad de la capitalización?". Por mayoría, esta vez, los jueces de Cámara sentaron la siguiente doctrina: "Además de los supuestos establecidos explícitamente en el texto positivo de la ley, no corresponde en otros la capitalización de intereses devengados por un crédito cuyo obligado se encuentra en mora" ¹⁸³. La jurisprudencia plenaria, como se ve, dio un giro de 180 grados, quedando establecida la tesis de la acumulación restringida. •

Son sus fundamentos:

1) En primer lugar, la doctrina sentada en "Uzal" fue reiteradamente descalificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, porque al convalidar la capitalización permanente y, en breves lapsos, lleva a una consecuencia patrimonial equivalente a un despojo del deudor, cuya obligación no puede exceder el crédito actualizado con un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres (arg. arts. 953 y 1071 del Código Civil). Por tales razones, aquella doctrina vulneraba garantías constitucionales y la sentencia dictada en su consecuencia debía ser descalificada como acto jurisdiccional (*Fallos*, 315:2980) ¹⁸⁴. Asimismo, consideró la Corte Federal que la capitalización de intereses consagrada en "Uzal" importaba autorizar "la violación de una norma expresa de orden público (art. 623, Cód. Civil) sin que concurren los supuestos legales de excepción, de modo que la resolución adoptada por el a quo aparece desprovista de fundamento (conf. *Fallos*, 316-3131)", y concluyó que la decisión dictada en virtud de la mencionada doctrina plenaria "se encuentra privada de apoyo legal suficiente y justifica su descalificación como acto jurisdiccional, pues implica un menoscabo de las garantías contempladas en los arts. 17 y 18, Const. Nac." »s.

¹⁸³ CN.Com., en pleno, 25/8/2003, *in re* "Calle Guevara", "L.L.", 2003-E-783, con nota de Alejandro Drucaroff Aguiar; "J.A.", 2003-IV-567.

¹⁸⁴ C.S.J.N., *in re* 22/12/1992, "García Vázquez, Héctor y otro v. Sud Atlántica Cía de Seguros", "L.L.", 1981-A.220.

¹⁸⁵ C.S.J.N., *in re* "Okretich, Raúl A. v. Editorial Atlántida S.A.", "J. A.", 1999-IV-602.

2) Si bien la ley 23.928 produjo una modificación importante al modificar la redacción de la primera parte del art. 623 del Cód. Civil, dejó intacta su segunda parte y, por cierto, tampoco alteró las otras disposiciones específicas que rigen supuestos particulares de capitalización de intereses y determinan condiciones igualmente especiales para su admisibilidad. Por otra parte, debe advertirse que el citado art. 623 del Cód. Civil, aplicable por reenvío de la legislación comercial, contiene un principio general que veda el "anatocismo", esto es, la aplicación de intereses sobre intereses. Y si bien ese mismo artículo enumera dos supuestos de excepción y algunos otros aparecen contemplados por la legislación mercantil (arts. 569, 788 y 795, Cód. de Comercio), es un criterio pacífico en la hermenéutica jurídica que cuando una directiva legal ha sido formulada como "regla" tiene un alcance residual; de modo que abarca todas aquellas hipótesis que no hubiesen sido específicamente sustraídas de ella, lo que requiere una indicación expresa del legislador. Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso registrado en *Fallos*, 304:556, al considerar aplicable la norma contenida en el art. 623 del Cód. Civil ante la ausencia de un precepto específico atinente a la cuestión allí debatida —repetición de un impuesto— (ver también *Fallos*, 302:1363 y 272:28).

3) Por lo demás, los limitados supuestos que están previstos en la legislación denotan que la ley ha seguido en este tema un criterio restrictivo y estricto, evitando efectuar aplicaciones con sentido genérico. De manera que resulta necesario proceder con cautela en la adopción de una solución que importaría prescindir del texto expreso de la norma con invocación de la existencia de una realidad que contradice el presupuesto de hecho contemplado en ella.

4) Por otra parte, si bien es cierto que en situaciones particulares el daño efectivo sufrido por el acreedor pudiera quedar insatisfecho con la sola reparación dada por los intereses moratorios, el mismo principio que predica su reparación integral indica que el acreedor debería cuanto menos alegar que la indisponibilidad del dinero le obligó en concreto —y no como hipótesis teórica— a obtener en plaza el capital equivalente al suyo en las condiciones que pretende imponer a su deudor. Es decir que el acreedor perjudicado por el incumplimiento podría aspirar por vía indemnizatoria a una reparación mayor, pero esto requiere —como cualquier acción resarcitoria— acreditar el daño cierto y actual, toda vez que el conjetural o hipotético no es suficiente para fundar una condena¹⁸⁶.

IJJ) El control judicial para evitar excesos.—Quienes aceptamos la acumulación moderada, afirmamos también la necesidad de que el juez ejerza en cada caso, un adecuado control para evitar que el anatocismo no exceda los lí-

Todos argumentos tomados especialmente del voto de los jueces Míguez, Peirano, Viale, Butty, Monti, Di Telia y Caviglione Fraga en el plenario "Calle Guevara".

mites de la razonabilidad en perjuicio de los deudores. Los partidarios de la acumulación amplia esgrimen razones de matemática financiera u otras propias de las ciencias económicas, con frecuentes referencias a la necesidad de no interferir en el mercado financiero, que no son, a mi juicio, razones que el derecho debe aceptar siempre y sin cuestionamientos. La matemática financiera se desentien- de de los problemas humanos. El derecho, en cambio, no debe hacerlo; al contrario, la solución de tales problemas es su norte. Ya se verá cuáles son las herramientas que el derecho proporciona para evitar esos excesos (*infra*, § 510).

c) El anatocismo en la ley 25.065 de Tarjetas de Crédito

La última parte del art. 18 de la ley 25.065 (Tarjetas de Crédito) establece: "Independientemente de lo dispuesto por las leyes de fondo, los intereses pun- torios no serán capitalizables". ¿Con qué alcance debe ser interpretada esta prohibición? Según una primera interpretación, restringida, este art. 18 sólo impediría que se incluya en el contrato de emisión una cláusula de capitaliza- ción periódica de los intereses punitivos, pero no otras formas de capitaliza- ción¹⁸⁷. Pero es posible otra interpretación: la ley ha dispuesto, sin distinción, que los intereses punitivos no serán capitalizables; en consecuencia, cabe in- terpretar que están prohibidas, tanto la capitalización convencional de los pu- nitorios, como la capitalización judicial. Tres argumentos lo sustentan: 1) la le- tra de la ley, que contiene la expresa prohibición de capitalizar los punitivos, prescindiendo de lo que se disponga en las leyes de fondo; 2) ^i los punitivos constituyen una pena o sanción, permitir su capitalización equivale a admitir el incremento de la pena por una misma causa; 3) si se estimara dudosa esta lec- tura, se la debe aceptar porque, en la duda, debe estarse a la interpretación que resulte más favorable para el usuario (doctrina del art. 3°, Ley de Defensa del Consumidor).

§508. LA USURA

Con la palabra usura se designa la situación que se presenta cuando por la aplicación de altas tasas, los intereses adeudados llegan a montos que, compa- rados con el capital que los ha devengado, son tan elevados, que ofenden la moral, las buenas costumbres y las normas jurídicas que prohíben los abusos (arts. 953, 954, 1071, 1198, etc.). El derecho ha reprobado la usura en todo tiempo y lugar y esa reprobación es unánime. El fundamento para combatir la usura se encuen- tra, básicamente, en la necesidad de evitar la injustificada ventaja patrimonial

¹⁸⁷ Es la opinión de Paolantonio, *Régimen jurídico de la tarjeta de crédito*, comentario al art. 18, p. 79.

que el usurero obtiene a costa de su deudor, ventaja que, en definitiva, es un des-
o j ó q S f é ñ o tiene causa lícita alguna. ~ >~

La experiencia demuestra que, por lo común, son víctimas de la usura aquellas personas que, necesitadas de dinero, no se encuentran en posición de discutir con los prestamistas las cláusulas del préstamo en condiciones paritarias, "son pequeños y medianos empresarios, dadores importantes de trabajo y sustancial soporte de todo ciclo productivo. Se encuentran con sus cuentas cerradas, o sobregirados en sus bancos ante la ruptura de la cadena de pagos, o esclavizados por los plazos de pago que les imponen empresas líderes unilateralmente. Sus cobros se postergan mientras que sus obligaciones no se prorrogan. Por ello ingresan al sistema paralelo de préstamos con la idea de hacerlo de manera transitoria, pero luego no pueden salir de él por el desmesurado costo financiero que pagan y que no pueden trasladar" ¹⁸⁸.

La usura configura un delito penal que encuentra su correlato, en el Código Civil, en la figura de la *lesión* prevista en el art. 954.

§ 509. DETERMINACIÓN DE LA TASA USURARIA

Para combatir la usura es fundamental determinar, primero, cuándo los intereses son excesivos. No puede haber dificultad en la calificación cuando la tasa aplicable es, por su exageración, escandalosa, pero la cuestión se complica cuando la diferencia entre un interés razonable y un interés usurario es de unos pocos puntos. Es sabido que en esta materia existe una fuerte tendencia a hacer prevalecer los principios y reglas del "mercado financiero", tendencia que resiste toda regulación que se quiera establecer y sobre todo, la imposición de topes en las tasas, como se pudo comprobar en el Congreso de la Nación cuando se discutió la ley 25.065 referida al sistema de la tarjeta de crédito ¹⁸⁹.

Por ello, es razonable proponer que los jueces, cuando deban resolver si una tasa es o no usuaría, tengan en cuenta, entre otras, las siguientes pautas: 1) el costo habitual del dinero en operaciones similares; 2) los topes máximos que prevé la reglamentación del Banco Central para ciertas actividades ¹⁹⁰. Mediante estas pautas, se deja a los jueces un adecuado margen de apreciación y valoración para que, en los casos concretos, utilice el parámetro que estime corresponda según las particularidades de cada hecho sometido a su decisión.

Cabe señalar, también, que la valoración acerca del exceso del interés pactado deberá efectuarse al momento del cumplimiento de la obligación.

¹⁸⁸ De los fundamentos del proyecto de ley contra la usura del diputado Cañero.

¹⁸⁹ Sobre el tema, Wayar, *Tarjeta de crédito y defensa del usuario*, § 128, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 251.

¹⁹⁰ Tal como fue declarado, por unanimidad, por la comisión n° 2 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001).

§ 510. REDUCCIÓN DE INTERESES EXCESIVOS

La reducción de los intereses excesivos debe ser estudiada mediante el análisis de los siguientes temas: a) el derecho aplicable; b) la extensión de la nulidad; y c) las facultades del juez para proceder de oficio.

a) El derecho aplicable

Nuestro Código Civil contiene una serie de instituciones que son aptas para reducir la tasa de interés aplicable cuando resulte excesiva. Cabe especialmente mencionar, los arts. 502, 953, 954, 656 y 1071¹⁹¹:

I) *La ilicitud de la causa (art. 502).* — Si la obligación en cuestión ha nacido de un acto voluntario, el pacto de intereses usurarios puede ser impugnado por *ilicitud* de la causa, entendida ésta como una finalidad inmoral o contraria al orden jurídico, entendido como "totalidad" de normas y principios. El acreedor que pretende cobrar intereses usurarios pone en evidencia una finalidad que no merece la tutela del orden jurídico. Es invocable el art. 502 del Cód. Civil, según el cual la obligación fundada en una causa ilícita *es de ningún efecto*¹⁹².

II) *La inmoralidad e ilicitud del objeto (art. 953).* — Si no se comparten las conclusiones de la teoría *finalista* (art. 502) o si la cuestión se plantea mediante la impugnación del objeto del contrato o de la cláusula de intereses excesivos, será aplicable el art. 953 que, como se sabe, es una *dé las "reglas de oro"* que contiene nuestro Código Civil, apta para combatir los abusos que se esconden detrás de los contratos vestidos de aparente licitud.

ni) *La teoría de la lesión (art. 954).* — Si el pacto de intereses usurarios provoca una evidente desproporción de las prestaciones al tiempo de celebración del contrato y esta desproporción subsiste, el remedio apto para combatirla está en el art 954, que hace posible la declaración judicial de nulidad por lesión.

IV) *Cláusula penal excesiva (art. 656).* — Si el exceso de intereses resulta de una cláusula que, cualquiera sea el nombre que le adjudiquen las partes, resulte ser una cláusula penal (ya moratoria, ya compensatoria), la reducción, o en su caso la nulidad, deberá ser declarada por aplicación del art. 656 y en mérito a las razones que fueron dadas en su oportunidad¹⁹³.

V) *Abuso del derecho (art. 1071).* — Por último, siempre tendrá el juez la posibilidad de aplicar el art. 1071 para poner un límite a la pretensión de aquel

¹⁹¹ Como lo aprobó, por mayoría, la comisión n° 2 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

¹⁹² Para la interpretación del art 502, ver 1.1, § 69.

¹⁹³ *Supra*, § 252, b), II.

acreedor que "contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocerle" el derecho creditorio, pues no otra cosa hace el acreedor que pretende valerse de una cláusula que le adjudica intereses desmedidos.

b) Extensión de la nulidad

La doctrina discutió en su momento si la nulidad que trae aparejado el exceso de intereses debía ser total o sólo afectar a la cláusula en cuestión. Hoy puede considerarse impuesta la tesis que afirma que se trata de una nulidad *parcial*, es decir, el exceso provoca únicamente la nulidad de la cláusula pero deja subsistente el contrato.

c) Las facultades del juez para proceder de oficio

¿Puede el juez decretar la nulidad de oficio? La doctrina ha debatido esta cuestión. Para una primera opinión¹⁹⁴, el juez no puede actuar de oficio, la nulidad sólo será declarada a petición de parte. El fundamento de esta tesis radica en que considera que se trata de una nulidad *relativa*, impuesta en provecho del deudor y, por ende, él debe hacerla valer¹⁹⁵. Puesto que esta doctrina sostiene que el interés excesivo configura, en todos los casos, una especie de lesión (art. 954), razona que, así como la lesión no funciona de oficio, tampoco puede funcionar de oficio esta nulidad. Para otra doctrina¹⁹⁶, a la que adhiero, el juez puede actuar de oficio, pues se trata de una especie de nulidad absoluta por estar comprometido el orden público. No es verdad que el exceso configure siempre una especie de lesión. Ningún obstáculo puede impedir la aplicación de los arts. 502, 953, 656, 1071 que tutelan el orden público y no sólo el interés particular de un deudor concreto.

§ 511. LOS INTERESES Y LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

No es posible concluir el estudio del régimen jurídico de los intereses sin considerar la incidencia que sobre ese régimen tiene la ley 24.240, de Defensa

¹⁹⁴ Por todos: Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 929, p. 233.

¹⁹⁵ Es la tesis que luce el art. 723 del Proyecto de Código Civil de 1998: "Facultades del tribunal. El tribunal sólo tiene facultades para reducir la tasa de los intereses compensatorios y punitivos, o el resultado del anatocismo: a) A pedido de parte, si se configuran los requisitos del art. 327, o de los arts. 968, inc. e), y 970; b) Si el acreedor es condenado por el delito penal de usura; c) Si lo autoriza expresamente la ley. En caso de reducción, los intereses pagados en exceso se aplican al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos".

¹⁹⁶ Las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Comisión n° 2— aprobaron este despacho: procedencia de la reducción: a) el juez puede decidirla de oficio (mayoría); b) sólo procede a pedido de parte (minoría).

del Consumidor (en adelante LDC). Ello, por cuanto una inmensa masa de obligaciones dinerarias cae en su órbita, como se demostrará.

a) La obligación dineraria como "relación de consumo"

Se ha de partir de esta premisa: toda obligación dineraria en la que intervenga una entidad bancaria o financiera, sea como acreedora o como deudora, es una *relación de consumo*.

I) *Cuando el banco es acreedor (operación bancaria activa)*. — Cuando una persona toma prestado dinero de un banco y es el consumidor final de ese dinero, la relación establecida entre el banco y el cliente es de consumo. El tomador del crédito debe ser considerado como consumidor final, sea que destine el dinero a la adquisición de muebles para su uso (personal o familiar) o de inmuebles nuevos destinados a vivienda, art. 1°, inc. c), LDC, o a la contratación de servicios. Sólo si el dinero se invierte en "procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros" (art. 2°, LDC) su tomador no será considerado consumidor final sino proveedor.

Según la más calificada doctrina, los distintos contratos de crédito bancarios están incluidos en la LDC. Así, por ejemplo, la cuenta corriente bancaria está comprendida entre los supuestos previstos por el art. 1° de la LDC, toda vez que esa cuenta constituye un contrato de prestación de servicios a título oneroso¹⁹¹. Asimismo, en el contrato de apertura de cuenta corriente para operar con una tarjeta de crédito, el titular de la cuenta asume la calidad de consumidor-usuario sujeto a las disposiciones de la LDC que, por mandato constitucional, tiende a proteger al consumidor "en esta sociedad globalizada que del consumo hace su paradigma"¹⁹². Nuestra jurisprudencia, en suma, ha declarado que la LDC, de raíz constitucional a tenor de lo normado por el art. 42 de la Constitución Nacional, "es aplicable en materia de tasas de interés, en tanto la normativa citada consagra la protección de los intereses económicos de los consumi-

Con el mismo propósito de tutelar al usuario de una cuenta corriente, se resolvió que "Teniendo en cuenta que el domicilio del actor, usuario de la cuenta corriente, es el mismo que el de la sucursal de la entidad bancaria con la que operaba, no existen razones para determinar otra competencia territorial que la de los jueces del lugar que corresponde a dicho domicilio y siendo el contrato de cuenta corriente bancaria un contrato de adhesión, la cláusula de prórroga de competencia inserta en el mismo deviene nula porque viola los principios de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor ya que implica una renuncia a sus derechos por parte del usuario": C.1° Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 20/11/1997, "Martinelli, José A. v. Banco del Buen Ayre", "L.L.B.A.", 1998-511.

¹⁹¹ Del fallo de primera instancia, C. 1° Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 15/5/1997, "Banco Integrado Departamental Coop. Ltda. v. Álvarez, Elva B.", "L.L.B.A.", 1997-1095, con nota de Juan M. Fariña.

dores y usuarios, otorgándoles derecho a una información adecuada y veraz, libertad de elección y a cómo Tc%nes-de-^o^g«e^«q*Btatív^'^^?

H) *Cuando el banco es deudor (operación bancada pasiva).* — Cuando el cliente deposita fondos en el banco, constituyéndose en su acreedor, esa relación contractual es de consumo, porque el depositante asume el rol de usuario o "consumidor final" de los servicios que presta el banco. En efecto, en tales casos, el banco depositario es un prestador de servicios y, desde esta perspectiva, será proveedor de esos servicios respecto del depositante. Si el depósito se ha hecho con el fin de participar en negocios financieros que reporten un lucro al depositante, se podría interpretar que la colocación de fondos en el banco equivale a incorporar dinero en el circuito financiero, participando indirectamente en operaciones de intermediación, asumiendo así el depositante el rol de "proveedor" y, por este camino, se podría llegar a la conclusión de que la relación entre el depositante y el banco no sería de consumo, sino que se estaría ante una relación "entre proveedores" excluida por ende de la LDC. Sin embargo, aun en este caso, el depositante es un *usuario* de los servicios del banco, convirtiéndose en el destinatario final de esos servicios y por tanto debe quedar protegido por la LDC 200.

b) La obligación dineraria en los contratos por adhesión

Los contratos bancarios son contratos celebrados "por adhesión". Es más, suelen ser contratos "en formulario", esto es, concluidos por adhesión de los clientes a las condiciones generales o a las cláusulas predispuestas por los bancos en formularios preimpresos. El hecho de que el contrato se celebre a través de un formulario preparado por el banco, que es utilizado en toda la serie de contratos similares que celebra, es prueba suficiente de que el tomador de dinero ha adherido a condiciones generales que le han sido impuestas. En la contratación por

¹⁹⁹ CCiv. y Com. Resistencia, Sala Til, 10/4/1997, "Banco Argencoop. Coop. Ltda. v. Cúrin, Naldo R. y otra" L.L., 1998-210.

²⁰⁰ De acuerdo, Rubén Stiglitz, *Defensa del consumidor. Los servicios bancarios y financieros*, "L.L.", 1998-C-1036; Casiello, *El derecho del consumidor y los contratos bancarios. Deber de información y buena fe*, "L.L.", 1999-B-269; Fariña, *Defensa del consumidor y del usuario*, p. 83; Moeremans, *Contratación bancaria y Ley de Defensa de los Consumidores*, "L.L.", 1997-F-1270; Rinesi, *Tarjeta de crédito*, p. 24. Aun situando la cuestión fuera del ámbito de la LDC, se ha sostenido la necesidad de tutelar a los inversores que ponen su dinero en un banco para que sea destinado, por ejemplo, a un "fondo común de inversión"; la doctrina ha dado sobrados fundamentos para imponer a los bancos, entre otros, el deber de informar y asesorar a sus clientes, bajo pena de responder civilmente si como consecuencia de la inobservancia de tales deberes, el depositante sufre un perjuicio patrimonial (sobre el tema' Abdala, *Las obligaciones de los bancos e intermediarios de inversión de informar y asesorar a sus clientes y las responsabilidades emergentes de su inobservancia*, "E.D.", del 3/5/1999, p. 1).

adhesión aparece una "parte fuerte", la que predispone el contenido del contrato. ¿Y cómo lo hace? Consultando, en primer lugar y ante todo, sus propios intereses. Sólo piensa en el usuario cuando teme perderlo y, con ello, perder el lucro que los usuarios le reportan a». Por otro lado, hay una "parte débil" ²⁰² &, el tomador del dinero o del servicio, que sólo puede hacer uso de su libertad de conclusión ya que le está vedado configurar el contenido del contrato.

I) *La interpretación de las cláusulas.* — Por aplicación del art. 37 de la LDC, la interpretación ²⁰³ de las cláusulas sobre intereses se hará en el sentido más favorable para el usuario. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. Conforme lo ha señalado la doctrina a propósito del art. 3°, LDC, la norma hace aplicación de la finalidad, declarada de la ley, de proteger al consumidor.

La duda, con relación a los "contratos de crédito", puede manifestarse en dos supuestos típicos: a) que sea dudosa la existencia de un gravamen o de una carga sobre el patrimonio del obligado, en cuyo caso, se debe estar por la liberación; £) que sea dudosa, no ya la existencia de la obligación sino su extensión, se debe estar al monto o cuantía que sea menos oneroso. Otra de las dudas interpretativas posibles proviene de la eventualidad de contradicción o incompatibilidad entre cláusulas de distinto origen o naturaleza. En tal caso, la interpretación debe efectuarse a favor del consumidor, es decir, debe prevalecer la cláusula que le sea favorable.

II) *La nulidad de las cláusulas.*—El art. 37 de la LDC dispone: "Sin perjuicio de la validez del contrato se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas

^{*} Bien se ha dicho que, de hecho "las empresas puestas en camino de tener formularios impresos, estudian el problema de una vez para siempre, y recogiendo su propia experiencia y la acumulada de otras empresas, redactan condiciones extensísimas, en los más mínimos detalles y cuidando de proteger al máximo sus intereses. Resulta de ello un formulario frondoso, en el que ya intencionadamente, ya por razones de economía de papel (y consiguiente reducción de gastos de archivo) las cláusulas aparecen escritas en letra menuda Desde entonces se encuentra armada la trampa contra el cliente, al cual un empleado explica verbalmente las líneas básicas del contrato, y llegado el momento, le presenta la fórmula impresa para la firma", F. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, p. 77.

²⁰² Cfr. G. Vallespinos, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, p. 266. Superado el viejo liberalismo que veía con sospecha toda intervención del Estado en el mercado, hoy se admite cierta injerencia, pero, ¿en favor de quién? "...Para escoger, se ha dicho, antes es necesario descubrir cuál de los dos es el débil a quién ha de protegerse". G. Ripert, *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, n°. 91. p. 147, traducción de José M. Cajica (jr.), Universidad de Puebla, México, 1951.

²⁰³ No es inoportuno recordar que, en general, en cualquier negocio jurídico, es necesario interpretar, esto es atribuir sentido o significado á sus términos. Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, t. ni, § 131. Para una teoría general de la interpretación de los negocios jurídicos: E. Danz, *La interpretación de los negocios jurídicos*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor". Se ha establecido así un sistema de control, con la finalidad de evitar abusos o excesos. De las cláusulas nulas enunciadas en el art. 37, interesan a nuestra tema las dos primeras.

1) Respecto de las cláusulas que "desnaturalicen las obligaciones", cabe decir, primero, que se aplica a los contratos creditorios, es decir, a aquellos que crean obligaciones, incluidas las de dar dinero. ¿Cuándo una cláusula desnaturaliza las obligaciones? Se ha dicho que²⁰⁴ cuando ciertas notas del contrato particular contradicen el esquema peculiar del tipo de contrato de que se trata. Así, por ejemplo, cuando en un mutuo oneroso se incluye una cláusula usuraria, ésta contradice la *naturaleza* del mutuo.

2) También son nulas las cláusulas abusivas. Existen numerosas cláusulas usuales en los contratos por adhesión que han sido individualizadas y censuradas por la doctrina, que las ha agrupado en diversas categorías y analizado por separado²⁰⁵. La fórmula empleada en el art. 37, por su amplitud, permite abarcar por lo menos la gran mayoría de ellas. Cabe mencionar algunas: 1) cláusula de capitalización anticipada de intereses; 2) cláusula que faculta al predisponente a suspender la ejecución del contrato; 3) cláusula por la que se imponen multas, penas contractuales o intereses punitivos elevados a favor del predisponente; 4) cláusulas de caducidad de los derechos del usuario; 5) cláusulas de modificación o apartamiento de la prestación a cargo del predisponente; 6) cláusulas sobre precios, que facultan al predisponente a modificarlos unilateralmente; 7) cláusulas derogatorias de la competencia; etc.

§ 512. LA EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES

La obligación de pagar intereses, considerada en sí misma, puede extinguirse por pago o por cualquiera de los medios previstos en el art 724. Pero además, es necesario tener en cuenta su carácter *accesorio*. En razón de tal carácter, se tendrá presente que: a) si se extingue la obligación principal, por vía de consecuencia se extingue la accesoria; b) no ocurre lo propio a la inversa, es decir, puede ocurrir que se extingan los intereses, pero no la obligación principal²⁰⁶.

Ahora bien, el pago que se haga de la obligación principal puede ser total o parcial. ¿Cómo incide ese pago sobre los intereses?

²⁰⁴ Rezzónico, *Contratos con cláusulas predispuestas*, ps. 374 y ss.

²⁰⁵

Rezzónico, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Capítulos XII y siguientes.

²⁰⁶ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 940, p. 243.

a) Supuesto de pago total

Dice al respecto el art. 624: "El recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna sobre los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ellos". La ley ha establecido una presunción legal de extinción de los intereses, fundada en el silencio del acreedor que aceptó recibir el capital sin formular reserva de cobrar los intereses que se hubiesen devengado. ¿Qué carácter tiene esta presunción?

La doctrina se ha dividido:

I) *Presunción "iuris et de iure"*.—Una primera opinión²⁰⁷ considera que se trata de una presunción que no admite prueba en contrario.

H) *Presunción "iuris tantum"*. — Para otra doctrina, que ha merecido el respaldo de la mayoría²⁰⁸, la presunción admite prueba en contrario. Esta tesis se funda en que, según el curso natural y ordinario de los acontecimientos, el acreedor *siempre* está dispuesto a percibir los intereses que tenga devengados a su favor, si bien puede, en determinadas circunstancias, condonarlos, se trata de excepciones que, como tales, deben ser estrictas. No formular reserva de intereses al extender recibo por el capital, si bien puede significar el perdón de ellos, debe admitirse la posibilidad de probar lo contrario.

b) Pago parcial

En caso de que el acreedor acepte un pago parcial, cabe efectuar una distinción:

I) *Pago a cuenta de lo que se debe*. — Si el pago se hace a cuenta "de lo que se debe", y lo que se debe es capital e intereses, debe entenderse que el pago parcial realizado debe imputarse, primero, a la cancelación de los intereses por aplicación del art. 776 ya analizado²⁰⁹. No juega aquí la presunción del art. 624.

U) *Si se paga a cuenta de capital*. — Si el pago parcial se hace a cuenta de capital y el acreedor lo acepta sin formular reserva respecto de los intereses, juega la presunción del art. 624, es decir, se presume, *iuris tantum*, la extinción de los intereses²¹⁰.

²⁰⁷ Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 11, n° 510, p. 451; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 438, p. 313; Lafaille, *Tratado*, t VI, "Obligaciones", vol. II, n° 1063, p. 169; Busso, *Código Civil* t. IV, comentario al art. 624, n° 4, p. 334.

²⁰⁸ Sobre este tema, la Comisión n° 2 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil aprobó el siguiente despacho: "Renuncia de intereses: La presunción del art. 624 del Cód. Civil es *iuris tantum* y sólo se aplica a los intereses compensatorios y punitivos. En este último caso, sólo en la medida que excedan a los moratorios legales o judiciales (mayoría)".

²⁰⁹ *Supra*, § 192, c).

²¹⁰ De acuerdo con esta interpretación de los efectos del pago parcial: Llambías, *Obligaciones*, t. Ji-A, n° 943, p. 247.

§ 513. EL PAGO "A MEJOR FORTUNA" EN LAS OBLIGACIONES DINERARIAS

Para concluir el estudio de las reglas del Código Civil sobre las obligaciones de dar dinero, considerando que el "lugar de pago" (art. 618) ya fue analizado²¹¹, resta examinar el art. 620 que se refiere a lo que la doctrina llama el pago "a mejor fortuna". Dice al respecto el art. 620: "Si la obligación autorizare al deudor para satisfacerla cuando pudiese, o tuviese medios de hacerlo, los jueces a instancia de parte, designarán el tiempo en que deba hacerlo".

Resultan pertinentes las siguientes consideraciones:

a) No obstante estar previsto para las obligaciones de dar dinero, es generalizable a toda especie de obligación de dar²¹².

b) Está claro que supeditar el pago a que el deudor "mejore de fortuna" supone diferir la exigibilidad de la obligación hasta el momento en que suceda el hecho previsto. Por ello, aunque puede asemejarse a una condición, existe consenso en nuestra doctrina en que se trata de un *plazo*²¹³. Desde otra perspectiva no está en juego la existencia de la obligación—como ocurre con las condiciones— sino sólo su exigibilidad.

c) Admitido que se trata de un plazo, estimo que debe ser considerado una especie de plazo indeterminado propiamente dicho²¹⁴ y, por ende, su determinación deberá hacerse con intervención judicial mediante procedimiento sumario (doctrina del art. 509, tercer párrafo).

d) Corresponde al acreedor probar que ha sucedido el hecho previsto como final del plazo, es decir, debe probar que el deudor ha mejorado de fortuna.

F) LAS OBLIGACIONES DINERARIAS Y LA EMERGENCIA ECONÓMICA

§ 514. INTRODUCCIÓN

La paridad 1 peso = 1 dólar, que era la espina dorsal de la Ley de Convertibilidad 23.928, tras una década de vigencia (1991-2001), sufrió un súbito y precipitado quiebre al declarar el Congreso de la Nación en enero de 2002 la "emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera

²¹¹ T. I, §§ 157, 161, 163 y 165.

²¹² Por ello se ha dicho que este artículo está mal ubicado y que debió ser incluido entre las disposiciones referidas al "tiempo de pago": Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 624, n° 1, p. 113.

²¹³ Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 441, p. 303; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 11, n° 775, p. 504; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1522, p. 248; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. UI, comentario al art. 620, n° 2, p. 114.

²¹⁴ Sobre plazo indeterminado propiamente dicho, ver 1.1, § 165, b), II).

y cambiaría..." (art. 1°, ley 25.561). Esa declaración de emergencia y la ruptura de la paridad cambiaria, con la consiguiente devaluación de la moneda nacional y el alza en la cotización del dólar, provocó un impacto colosal en el régimen jurídico de las obligaciones dinerarias.

a) La emergencia

Si bien el estudio de la emergencia corresponde al derecho constitucional, son oportunas aquí estas breves consideraciones: 1) la declaración de emergencia debe ser el resultado de hechos excepcionales de extraordinaria anormalidad, que alcancen a configurar una grave amenaza para la cobertura de necesidades básicas de la comunidad o para la estabilidad de las instituciones del Estado, todo lo cual requiere que con urgencia, se adopten medidas preventivas o correctivas²¹⁵; 2) con carácter excepcional y temporario, la emergencia puede afectar los derechos constitucionales de los ciudadanos; 3) pero, precisamente por eso, las medidas que se adopten deben ser aplicadas con estricta observación de los principios de razonabilidad, legalidad y con exactos límites temporales, pues en caso contrario se corre el riesgo de que la organización constitucional sufra graves perturbaciones²¹⁶.

b) La legislación de emergencia. Enunciación de las leyes, decretos y principales fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La emergencia le ha dado motivo al Congreso de la Nación y al Poder Ejecutivo nacional para dictar un verdadero fárrago de leyes y decretos; además, le ha impuesto a la Corte Federal el deber de dictar diversos pronunciamientos sobre la validez constitucional de esa legislación. Limitando la enunciación sólo a aquellas normas y a aquellos pronunciamientos que serán objeto de referencia en los párrafos que siguen, cabe enumerar los siguientes:

T) La ley 25.466 de Intangibilidad de los Depósitos. — La ley 25.466 fue sancionada el 29 de agosto y promulgada de hecho el 24 de septiembre de 2001. Esta ley dispuso que "todos los depósitos ya sean en pesos, o en moneda extranjera, a plazo fijo y a la vista, captados por las entidades financieras... son considerados intangibles" (art. 1°). La intarigibilidad, diCe el art. 2°, consiste en que "el Estado nacional en ningún caso, podrá alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera...".

²¹⁵ Cfr. Miguel Padilla, *Los estados de emergencia ante la Constimción*, "Revista Jurídica de Buenos Aires", t III, 1998, p. 95.

²¹⁶ Cfr. C.S.J.N., 27/10/1990, caso "Peralta", considerando 43, "L.L.", 1991-C-158.

D.) El decreto 1570/2001 sobre operatoria de entidades financieras ("corralito"). — El decreto 1570/2001 fue dictado el 1° de diciembre de 2001. Este decreto dispuso, entre otras restricciones, la prohibición de retiros de las entidades financieras de los depósitos a plazo fijo, cajas de ahorro, cuentas corrientes "en efectivo que superen los mil pesos o mil dólares de los EE.UU., por mes por parte del titular..." (art. 2°)²¹⁷.

TU) Ley 25.561 de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario. — La ley 25.562 fue sancionada y promulgada el 6 de enero, publicada en el Boletín Oficial el 7 de enero y entró en vigencia el día 6 de enero de 2002²¹⁸. El contenido de esta ley será analizado, en lo pertinente, al tratar las obligaciones comprendidas en su régimen.

TV) Decreto 214/2002 de reordenamiento del sistema financiero "pesificación" y sus modificaciones. — Este decreto dictado el 3 de febrero de 2002 dispuso la pesificación de las obligaciones en dólares, alterando el régimen a que se encontraban sujetas las obligaciones en moneda extranjera contraídas con anterioridad a su vigenciaTM.

V) Los principales fallos de la Corte Suprema. — Entre tales pronunciamientos, cabe mencionar: 1) con fecha 1 de febrero de 2002, con votos de seis de quienes eran ministros en esa época y tres abstenciones, la CS JN, *in re* "Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención en autos: Smith, Carlos Antonio v. Poder Ejecutivo nacional o Estado nacional s/sumarísirao", declaró la inconstitucionalidad del decreto 1570/2001; 2) el 5 de marzo de 2003 la Corte, en pronunciamiento dividido (con las disidencias de los ministros Belluscio, Maqueda y Bóggiano) dictó el fallo "San Luis" que declaró inconstitucional la pesificación de depósitos respecto de la provincia de San Luis; 3) ya con su nueva integración, con fecha 26 de octubre de 2004, la CSJN dictó el fallo "Bustos" que rechazó la inconstitucionalidad —en los términos y con los alcances que resultan de ese pronunciamiento— de la pesificación de los depósitos dispuesta por el art. 2 del decreto 214/2002; 4) finalmente, con fecha 27 de diciembre de 2006, la Corte se pronunció en el caso "Massa Juan A. v. Estado Nacional", res-

²¹⁷ El art. 2° del decreto 1570/2001 dice: "Prohlbense las siguientes operaciones: a) Los retiros en efectivo que superen los pesos doscientos cincuenta (\$ 250) o dólares estadounidenses doscientos cincuenta (u\$s 250) por semana, por parte del titular, o de los titulares que actúen en forma conjunta o indistinta, del total de sus cuentas en cada entidad financiera".

²¹⁸ La entrada en vigencia de la ley en esa fecha (6 de enero) fue dispuesta por el decreto 50/2002.

²¹⁹ Por cierto, no se agota allí la legislación de emergencia No se menciona, por ejemplo, la ley 25.587, sancionada el 25 de abril de 2002 y promulgada en el mismo día, llamada "ley tapón" o "antigoteo", ni el decreto 1316/2002, dictado el 23 de julio de 2002 por el cual se suspende la ejecución de las medidas judiciales que ordenen a las entidades financieras devolver los depósitos a los ahorristas. El examen de toda esta legislación excedería el marco de esta obra.

paldando la validez constitucional de la legislación de emergencia, ya que reconoció el derecho del ahorrista "a obtener de la entidad bancaria el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER hasta el momento de su pago, más la aplicación sobre el monto así obtenido de intereses a la tasa del 4% anual" ¹¹²⁸⁾.

c) *Las obligaciones comprendidas*

Para encarar un somero examen ²²¹ del régimen jurídico impuesto a las deudas dinerarias por la legislación de emergencia y con el propósito de sistematizar las principales obligaciones comprendidas en ese régimen, es pertinente clasificarlas.

I) *Clasificación.* —La clasificación puede efectuarse de acuerdo con distintos criterios, a saber

1) Por la fecha en que la obligación ha sido contraída, tomando como límite divisor el día en que fue declarada la emergencia (6 de enero 2002) se las debe dividir en dos grupos: 1) las obligaciones anteriores en curso de ejecución; 2) las obligaciones posteriores.

2) Por la moneda en que fue contraída, se las puede dividir también en dos grupos: 1) obligaciones en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera; 2) obligaciones en pesos. .

3) Por el deudor, se pueden formar tres grupos: 1) obligaciones de los bancos y entidades financieras; 2) obligaciones del Estado; 3) obligaciones de los particulares.

4) Por la situación en que se encuentra el deudor, se las puede separar en: 1) obligaciones en mora; 2) obligaciones sin mora.

H) *Método de exposición:*—El análisis de las obligaciones comprendidas en el régimen de emergencia se hará con arreglo al siguiente método: 1) en primer lugar corresponde examinar las obligaciones anteriores y en curso de ejecución; 2) tales obligaciones se separarán, primero, según que el deudor sea una entidad financiera o un particular, y luego, según que se haya contraído en dólares o en pesos; 3) se analizará en particular la situación del deudor en mora; y 4) se hará una mención de las normas aplicables a las obligaciones que se contraigan con posterioridad a la vigencia de la legislación de emergencia.

En cada caso, se hará el análisis según el control de constitucionalidad de la emergencia que se ha hecho por nuestra jurisprudencia.

²²⁰ CSJN, 27/12/2006, "J.A.", 2007-1-187.

²²¹ Por tratarse de un régimen de emergencia es muy posible, incluso, que en cualquier momento sea modificado: Trigo Represas, *Las obligaciones dinerarias en la emergencia económica*, en "Contratos y emergencia económica", "L.L.", septiembre 2002, p. 10.

§ 515. EL PRINCIPIO GENERAL DEL DECRETO 214/2002

Como punto de partida cabe señalar que en el art. 1° del decreto 214/2002 se ha dispuesto: "A partir de la fecha del presente decreto quedan transformadas a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen —judiciales o extrajudiciales— expresadas en dólares estadounidenses, u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la ley 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas a pesos".

Como se advierte de su sola lectura, se ha pretendido la pesificación de todas las obligaciones contraídas en moneda extranjera, con algunas excepciones. Como las que se mencionan en el decreto 410 del 8 de marzo de 2002, con los agregados y modificaciones de los decretos 704 del 30 de abril y 922 del 11 de junio de 2002. Pero si bien esa intención fue explícita, nuestra jurisprudencia le ha puesto límites a la pesificación; la mora del deudor fue uno de los argumentos usados como fundamento de esa limitación, como se verá.

a) Depósitos bancarios. Deudas de las entidades financieras

De acuerdo con el art. 2 del decreto 214/2002, las obligaciones en dólares asumidas por los bancos y otras entidades pertenecientes al "sistema financiero" fueron pesificadas a la paridad 1 dólar = 1,40 pesos²²², estando comprendidos en esa pesificación los fondos que provenían de depósitos a plazo fijo, de cuentas corrientes o de cajas de ahorro, depósitos que, además, fueron reprogramados, lo que implicaba que los bancos estaban autorizados a retenerlos para devolverlos en fechas establecidas sin la conformidad de los depositantes o bien para restituirlos en bonos²²³.

Sobre ambas cuestiones, por un lado indisponibilidad de los depósitos o, lo que es peor, su retención compulsiva y, por otro, la pesificación, se han pronunciado nuestros tribunales negándoles validez constitucional.

I) El caso "Smith". — Respecto de la primera cuestión, indisponibilidad de los depósitos, con motivo de la impugnación del decreto 1570/2001, cuyos considerandos valen para impugnar el decreto 214/2002 y las sucesivas reprogramaciones, la Corte Suprema de Justicia se pronunció declarando la inconstitucionalidad del decreto 1570/2001 224.

²²² Una enumeración de las obligaciones pesificadas a la paridad 1 dólar = 1,40 pesos, puede verse en Trigo Represas, *Las obligaciones dinerarias en la emergencia económica*, en "Contratos y emergencia económica", "L.L.", septiembre 2002, p. 12.

²²³ Ver, por ejemplo, decreto 905/2002.

²²⁴ Con votos de seis de sus ministros y tres abstenciones: CSJN, 1/2/2002, *in re* "Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención en autos: Smith, Carlos Antonio v. Poder Ejecutivo nacional o Estado nacional s/sumarísimo", con nota de Carlos E. Colautti, *La Corte Suprema como poder del Estado*, en "Depósitos bancarios. Restricciones", "L.L.", febrero 2002, p. 40.

En el caso, el Banco de Galicia y Buenos Aires solicitó la intervención de la Corte (*per sainan*) para que, por el art. 24, inc. 7 del decreto-ley 1285/1958, dejara sin efecto la medida dispuesta por un juez federal de primera instancia de la ciudad de Corrientes que había ordenado, como medida cautelar, la devolución al vencimiento y por el total de los depósitos a plazo fijo efectuados por Carlos Antonio Smith en ese banco, disponiendo su inmediata restitución, con fundamento en la inconstitucionalidad del decreto 1570/2001. La Corte desestimó el planteo del banco demandado y confirmó el decisorio de primera instancia 225.

²²⁵ En el caso "Smith" el actor planteó la inconstitucionalidad del decreto 1570/2001, que le impedía disponer de la totalidad de los depósitos de los cuales es titular, por ser contrario al art 17 de la Constitución Nacional y a la ley 25.466 de Intangibilidad de los Depósitos.

La Corte consideró, entre otras razones, que:

1) El actor ha sido víctima de la vulneración de su patrimonio, toda vez que la constitución de sus depósitos había sido efectuada bajo la vigencia de un régimen que garantizaba su inalterabilidad. Tal garantía, además, se había visto recientemente reforzada mediante las disposiciones de la ley 25.466 que, con carácter de orden público, consagró la intangibilidad de los depósitos.

2) Que tanto las restricciones impuestas por el decreto 1570/2001 y sus posteriores reglamentaciones, como por la ley 25.561 de Emergencia Pública, en cuanto suspende la aplicación de la referida Ley de Intangibilidad (art. 15), han provocado una incuestionable modificación de las condiciones y presupuestos tenidos en mira por ahorristas e inversores al tiempo de efectuar sus operaciones bancarias, lo que aparece un evidente desconocimiento de sus derechos adquiridos y, por consiguiente, una profunda e injustificada lesión a su derecho de propiedad. La imposibilidad de disponer íntegramente de los ahorros e inversiones es sólo una de las variadas restricciones al uso y goce de los recursos monetarios amparados por el derecho a la propiedad desde que la generalidad de las personas físicas y jurídicas ve cercenada también la libre disponibilidad a la extracción íntegra de los importes correspondientes a remuneraciones y jubilaciones.

3) A esto debe sumarse la modificación del régimen cambiario —extremo que a la Corte no le compete juzgar— que provoca un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social. Frente a tan singular situación, la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no se advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis, ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento.

4) El efecto producido por las normas impugnadas excede, pues, el ejercicio válido de los poderes de emergencia ya que aun en estas situaciones, como se recordó más arriba, el Estado no puede válidamente transponer el límite que señalad art. 28 de la Constitución Nacional y preterir su inexcusable rol como gestor del bien común. La norma en cuestión afecta, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los arts. 14bisy 17 de la Constitución Nacional así como las previsiones del art 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

5) Que la restricción del ejercicio normal de los derechos patrimoniales, tutelados por la Constitución, debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales (voto del Dr. Fayt).

6) Que es menester destacar que la imposibilidad de disponer íntegramente de los ahorros e inversiones es sólo una de las variadas restricciones al uso y goce de los recursos monetarios am-

II) La inconstitucionalidad de la pesificación de las deudas de las entidades financieras. — La pesificación de los depósitos dispuesta en el art. 2° del decreto 214/2002 también fue declarada inconstitucional en reiterados pronunciamientos de nuestros tribunales **. Se ha considerado, en particular, que la pesificación de los depósitos a \$ 1,40:1 viola el derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la Constitución Nacional; 2) resulta irrazonable y contradictoria, pues altera por vía reglamentaria, por un lado, la voluntad de las partes y, por otro, lo dispuesto en la propia Ley de Emergencia Pública que contiene una clara directiva al Poder Ejecutivo en el sentido de preservar el capital perteneciente a los ahorristas; 3) importa una novación forzosa, de carácter legal, al cambiar el objeto del contrato ²²⁷.

IU) El caso "San Luis". — En la causa iniciada por la provincia de San Luis contra el Banco de la Nación Argentina, para que éste restituyera los depósitos efectuados por la demandada en la moneda de origen (dólares estadounidenses), la Corte Federal se pronunció declarando la inconstitucionalidad de la legislación de emergencia ²²⁸.

parados por el derecho a la propiedad desde que la generalidad de las personas físicas y jurídicas ve cercenada también la libre disponibilidad a la extracción íntegra de los importes correspondientes a remuneraciones y jubilaciones. Todo ello sumado a la modificación del régimen cambiarlo provoca un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social. Frente a tan singular realidad, la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, sumada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento.

7) El efecto producido por las normas impugnadas excede, pues, el ejercicio válido de los poderes de emergencia ya que aun en estas situaciones, como se recordó más arriba, el Estado no puede válidamente transponer el límite que señala el art 28 de la Constitución Nacional y preterir su inexcusable rol como gestor del bien común.

8) Sostiene finalmente que la norma en cuestión afecta, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional así como las previsiones del art 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de-Costa Rica. *

²²⁶ Cfr. por ejemplo. S.T.J. Río Negro, 5/3/2002, *in re* "M. Y. H. y otra v. Banco Río", en "Depósitos bancarios. Restricciones IT", "L.L.", marzo de 2002, p. 84. La C.N. Cont-Adm. Fed. se pronunció en el mismo sentido: así. Sala V, 13/9/2002, *in re* "Defensor del Pueblo de la Nación v. EN —PEN— decretos 1570/2001 y 160672001 s/amparo"; Sala II, 28/8/2002, *in re* "Pape. Mariela Susana v. PEN —decretos 1570/2001, ME. resol. 9/2002, s/amparo—"; *idem*, 28/8/2002, *in re* "Vaccarezza, Osvaldo Luis, y otro, inc. medida cautelar v. PEN, ley 25.561, decretos 1570/2001 y 214/2002 s/amparo". Por cierto, la última palabra la tiene la Corte Suprema de Justicia.

²²⁷ Carlos Plana, *Régimen monetario de emergencia*, "Revista de Derecho Privado y Comunitario", n° 2002-1, p. 197.

²²⁸ Por nuestra parte, hemos adherido a la doctrina que se inclinó por la inconstitucionalidad de esta pesificación; en especial, nuestro voto en CF Tucumán, *in re* "Torres, Silvia Antonia v. Estado nacional y otros s/amparo", expte. 47.345/2002, Juzgado Federal de Santiago del Estero, fallo inédito.

Ente las razones invocadas en el fallo para fundar la inconstitucionalidad, cabe mencionar: " " —"Λ•

1) En primer lugar, se reafirmó la potestad otorgada por la Constitución Nacional al Poder Judicial para efectuar el control de constitucionalidad de la legislación de emergencia. Esta potestad adquiere, en estos casos, especial importancia por tratarse —la pesificación de los depósitos— de una cuestión que incumbe a los derechos y garantías tutelados por la Constitución Nacional. Si bien es indudable que, según nuestra organización constitucional, corresponde a los poderes políticos del Estado la implementación de las políticas económicas, respecto de las cuales no debe tener injerencia alguna el Poder Judicial, a éste le corresponde el control de la validez constitucional de las leyes y decretos que se dicten al respecto. La potestad de contralor y resguardo de las garantías constitucionales es aún más imperioso en situaciones de emergencia, ya que si bien durante la crisis se puede restringir la vigencia de aquellas garantías, esa restricción no debe exceder los límites que impone la razonabilidad.

2) Otro de los fundamentos de importancia esgrimidos en el fallo se encontró en el hecho de que el decreto 214/2002, en particular, su art. 2°, excedió los límites de la delegación legislativa. La norma citada es inconstitucional, se sostuvo, porque ha sido dictada por el Poder Ejecutivo nacional excediendo las facultades que le fueron delegadas por el Congreso de la Nación a través de la ley 25.561. Para llegar a tal conclusión se tomó como punto de partida el art. 1° de la citada ley que declaró, con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional, "la emergencia pública, en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003", de acuerdo con las bases que en ese mismo artículo se especifican en cuatro incisos. Está claro, en consecuencia, que conforme dicho marco legislativo, el Poder Ejecutivo nacional quedó sujeto a múltiples limitaciones en el ejercicio de las facultades delegadas, ya que el Congreso de la Nación fijó el ámbito de la emergencia en que serían ejercidas (materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria), su duración temporal (hasta el 10 de diciembre de 2003, sin perjuicio de las posteriores prórrogas) y los cometidos a satisfacer mediante su cumplimiento (reordenamiento del sistema financiero, bancario y cambiario; reactivación de la economía, mejoramiento del nivel de desempleo y de distribución de ingresos; condiciones para el crecimiento económico sustentable, compatible con la reestructuración de la deuda pública; reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario). Luego, al dictar el decreto 214/2002 el Poder Ejecutivo tuvo en mira la emergencia declarada por la ley del Congreso y no debió apartarse de las limitaciones impuestas por la ley 25.561. Cabe resaltar que entre esos límites, el art. 6°, párr. 5°, dispone: "El Poder Ejecutivo nacional dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubie-

ren efectuado der²²⁹ sitp sea entidades financieras...". Considerando los límites impuestos por la ley 25.561, especialmente el último mencionado, resulta palmario que el decreto 214/2002 excedió esos límites al disponer la pesificación de los depósitos en dólares.

3) También se consideró importante destacar que la pesificación dispuesta por la emergencia lesiona la garantía de la propiedad privada —como, por otra parte, se ha destacado en numerosos fallos de los tribunales argentinos— al vulnerar el art 17 de la CN. La doctrina nacional, si bien admitió que en situaciones de emergencia sería admisible la limitación del derecho de propiedad, sostuvo que no lo es, en cambio, su supresión o confiscación²²⁹. Los fallos que declararon inconstitucional la legislación de emergencia respecto de los depósitos son "derivación razonada del derecho vigente", en los términos en que lo ha declarado la Corte nacional, en tanto el art 17 de la Constitución Nacional, dispone que "La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia firme fundada en ley".

4) Otro fundamento de insoslayable mención es el relativo a la seguridad jurídica. En particular, respecto de los depósitos en moneda extranjera en las entidades financieras, se consideró que cobra especial relevancia el hecho de que el 24 de septiembre de 2001 se promulgara—de hecho— la ley 25.561 que declaró la intangibilidad de los depósitos. Ninguna seguridad jurídica existe, se dijo, cuando los poderes políticos afirman —ley mediante— que los depósitos serán de libre disponibilidad y respetados en la moneda pactada y apenas dos meses después, el 1 de diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo decreta la indisponibilidad de esos depósitos. La tutela del derecho de propiedad viene inescindiblemente unida a la tutela de la seguridad jurídica. Si la seguridad jurídica es el resultado del acatamiento de las normas jurídicas vigentes en el Estado de Derecho, tanto por parte de los poderes públicos como por los ciudadanos, que de manera mancomunada deben procurar la vigencia real, no solamente formal, de tales normas, claramente se advierte que esa seguridad se quiebra cuando es el propio Estado el que pretende desconocer las normas preexistentes, alterando abruptamente la legislación aplicable, con modificación sustancial de las condiciones anteriores.

5) Por otra parte, tal fue el impacto de la devaluación y posterior pesificación de los depósitos, que a lo largo y ancho del país se presentaron más de cien mil acciones judiciales tendientes a obtener la declaración de inconstitucionalidad de las normas de emergencia que afectaban tanto la disponibilidad de los depósitos, como su sustancia y cuantía. Esa realidad no puede ser desconocida a la hora de juzgar la validez constitucional de las normas emergentes. Como bien ha dicho Ihering, "el derecho debe seguir a los hechos".

²²⁹ Cfr. Bielsa, R., *El derecho de propiedad en la Constitución*, "L.L.", 92-77 a 93.

IV) *El caso "Bustos"*. — El caso "Bustos", resuelto por la C.S.J.N. el 26 de octubre de 2004, llegó al alto Tribunal en razón de que la Cámara Federal de Paraná, al confirmar un fallo de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo que promovieran Alberto R. Bustos, Gracia L. Don, Ramón E. Giacchi y Graciela G. Dappen contra el Estado nacional, el Banco Central, el Banco de Entre Ríos y el Banco Francés, declarando la inconstitucionalidad de toda norma de la legislación de emergencia que impida, limite o restrinja de cualquier manera a los actores la posibilidad de disponer inmediatamente de sus depósitos a plazo fijo y en cuentas a la vista, y ordenó que las entidades financieras devolvieran los depósitos en la moneda originaria. Contra esa sentencia, interpusieron sendos recursos extraordinarios el Estado nacional y los bancos demandados. La Corte Federal, por distintos fundamentos²⁰, revocó la sentencia que había sido impugnada por la vía del recurso extraordinario, rechazando la acción de amparo, lo que implicó admitir la validez constitucional de la legislación de emergencia.

No obstante que la mayoría del Tribunal estimó que, en razón de la gravedad de la crisis, las normas cuestionadas no vulneraron las garantías constitucionales, especial mención merecen las consideraciones del ministro Eugenio Zaffaroni referidas a la ley 25.561 que declaró la intangibilidad de los depósitos. "En efecto, una ley —se lee en su voto— que asegura esa intangibilidad casi en vísperas del agotamiento de un proceso traducido en insolvencia y cuya situación no podía ser desconocida para los técnicos que intervenían, aunque la desconocieran los legos en materia económica, se aproxima mucho a una defraudación de proporciones colosales. Todo indica que se buscaba el efecto de mantener y reforzar la confianza en un sistema bancario que estaba al borde del colapso". Estamos de acuerdo con esa afirmación y añadimos que nos parece incuestionable que ninguna seguridad jurídica se puede exigir si los poderes políticos afirman —mediante la ley 25.466, promulgada de hecho el 24 de septiembre de 2001— que los depósitos serán de libre disponibilidad y respetados en la moneda pactada y apenas meses después, el 1 de diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo decreta la indisponibilidad de esos depósitos (dec. 1570/2001) y el 3 de febrero de 2002 decide pesificarlos (dec. 214/2002). Allí, en la quiebra de la seguridad jurídica, creemos que se encuentra el vicio de origen de la pesificación de los depósitos, vicio que conlleva, según pensamos, a su irrenunciable inconstitucionalidad.

V) *El fallo "Massa"*. — Poco más de dos años después de dictado el fallo "Bustos", con fecha 27 de diciembre de 2006, la Corte —integrada ya con el jurista santafesino Ricardo Lorenzetti— se pronunció en la causa "Massa", con-

Por mayoría (con la disidencia del ministro Fayt), la Corte Suprema resolvió revocar la sentencia recurrida y, en consecuencia, rechazar la acción de amparo.

firmando la validez constitucional de la legislación de emergencia. La referida causa llegó a la Corte, porque la sala 4* de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la anterior instancia—que había hecho lugar a la acción de amparo— declarando la invalidez del decreto 214/2002 y sus normas complementarias y modificatorias, reconociendo el derecho del ahorrista al reintegro de los fondos que había depositado en dólares estadounidenses en el Bank Boston, en la misma moneda o en pesos, pero respetando el valor de la moneda extranjera.

La Corte Suprema, con los votos de los ministros Highton de Nolasco, Zaffaroni, Fayt, Argibay y ampliación de fundamentos de Lorenzetti, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia de Cámara, al tiempo que declaró el derecho de la actora a obtener de la entidad bancaria el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER, hasta el momento de su pago, más la aplicación sobre el monto así obtenido de intereses a la tasa del 4% anual —no capitalizable—, debiendo computarse como pagos a cuenta las sumas que—con relación a dicho depósito— hubiese abonado la aludida entidad a lo largo de este pleito, como así también las que hubiera entregado en cumplimiento de medidas cautelares.

Al fundar su pronunciamiento, el máximo Tribunal formuló, entre otras, las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, anunció que el pronunciamiento emitido fue el fruto de una decisión consensuada entre los ministros de la Corte, consenso logrado con un doble propósito: poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social y permitir que quienes suscribieron el fallo, lo hicieran sin perjuicio de sus apreciaciones formuladas en conocidos precedentes. Se reveló también que, durante el debate, se le dio prioridad a los puntos de coincidencia, pues se ponderó que tales coincidencias, volcadas al fallo, conducían a un resultado valioso: lograr la paz social, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema, siguiendo los lineamientos fijados en el Preámbulo de la Constitución Nacional. Se dijo, asimismo, que se tuvieron en cuenta las circunstancias actualmente existentes, ya que según la invariable jurisprudencia del tribunal "sus sentencias deben atender a la situación existente al momento de decidir" (*Fallos* 311:870; 314:568; 315:2684; 318:342, entre muchos otros).

2. Se consideró luego que, habiendo vencido la reprogramación, cesó la indisponibilidad de los depósitos, circunscribiéndose entonces el problema a determinar el *quantum* de la restitución que debía efectuar la entidad bancaria; correspondía establecer, en consecuencia, sobre qué bases debe determinarse ese *quantum*, verificando si su resultado, en las actuales circunstancias, conduce a un menoscabo del derecho constitucional de propiedad (arts. 14 y 17, CN). Al respecto, entendió el tribunal que si bien la aplicación del CER estuvo prevista para el lapso de la reprogramación de los depósitos, su vigencia debe ex-

tenderse para los casos en que sus titulares hubiesen iniciado acciones judiciales y éstas se encuentren pendientes de resolución. Esta conclusión —dijo la Corte— es la que mejor se adecúa al propósito enunciado en el art. 6, párr. 4°, ley 25.561, en cuanto a la preservación del capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/2001.

3. Luego entendió la Corte que a la suma pesificada a \$ 1,40 y actualizada por aplicación del CER, debía añadirse intereses. Para ello, interpretó que el art. 4 del decreto 214/2002, al establecer que, además de la aplicación del CER "se aplicará una tasa de interés mínima para los depósitos y máxima para los préstamos", no impide que —en el caso de los depósitos— y encontrándose las partes en litigio, el tribunal se considere facultado para establecer la tasa de interés que estime más adecuada. Añadió que, en función de lo expuesto, teniendo en cuenta las condiciones bajo las cuales fue dispuesta la conversión a pesos de los depósitos en dólares, la notoria recuperación y el fortalecimiento del sistema financiero respecto de su situación —cercana al colapso— existente en la época en que se dictaron las medidas en examen, y la evolución de las variables económicas, resulta adecuado fijar una tasa de interés de 4% anual, no capitalizable. Decidió, asimismo, que dicho interés debe aplicarse desde el momento en que comenzaron a regir las normas que dispusieron restricciones a la disponibilidad de los depósitos bancarios o desde la fecha de vencimiento del contrato en el caso de que esta última haya sido posterior a la entrada en vigencia de tales normas o a partir del 28/12/2002, en el supuesto de que el vencimiento de aquél hubiese operado con posterioridad a esa fecha (conf. pto. 1.3 de la comunicación A 3828 del Banco Central), en la inteligencia de que no podrá superponerse en un mismo lapso el interés aquí establecido con el contractualmente pactado, y hasta la fecha de su efectivo pago.

4. Concluyó luego la Corte que, si en virtud de lo considerado, resulta que la entidad bancaria debe abonar a la actora su depósito —incluyendo los intereses pactados con la limitación temporal señalada— convertido a pesos, a la relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual, se obtiene un resultado que permite afirmar que la aplicación de la normativa de emergencia no ocasiona lesión al derecho de propiedad de la actora. Por otra parte, consideró la Corte que debía compatibilizar la protección al ahorrista con la regulación general del régimen monetario, en particular, con la fijación del valor de la moneda. Sobre este aspecto —dijo— existen precedentes acerca de su constitucionalidad fundados en el principio de la "soberanía monetaria" (*Fallos* 52:413,431; y 149:187,195). El Congreso y el Poder Ejecutivo, por delegación legislativa expresa y fundada, están facultados para fijar la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras a fin de restablecer el orden público económico (arts. 75, inc. 11, y 76, CN). Siguiendo esta centenaria jurisprudencia, el bloque legislativo de emergencia que fun-

la pesificación es constitucional, coincidiendo, en este aspecto, con lo ya resuelto por esta Corte (conf. causa "Bustos", Fallos 327:4495), sin perjuicio de lo que se opine sobre su conveniencia. Por ello, concluyó la Corte, de acuerdo con esta centenaria jurisprudencia y en las circunstancias actuales, resulta evidente que no se ocasiona lesión al derecho de propiedad.

b) Deudas de los particulares con entidades financieras

Las deudas expresadas en dólares de las que eran acreedores los bancos y entidades financieras se pesificaron a razón de 1 dólar = 1 peso, según lo ha dispuesto el art. 3° del decreto 214/2002. El deudor cumple, en suma, devolviendo pesos a la relación indicada. Se ve con claridad la asimetría: las deudas del sistema financiero para con los particulares por los depósitos se pesifican a \$ 1,40, mientras que las deudas de los particulares con el sistema financiero se pesifican a \$ 1²³¹.

c) Deudas entre particulares

En lo que respecta a las obligaciones en moneda extranjera no vinculadas al sistema financiero, es decir, originadas en contratos celebrados entre particulares "cualquiera fuese su naturaleza y origen", también fueron pesificadas a razón de 1 dólar = 1 peso. Esta pesificación ha sido dispuesta en el art. 8° del decreto 214/2002.

De sus distintos párrafos se puede colegir:

I) Obligaciones comprendidas. — Están comprendidas "Las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero, expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza". Estas obligaciones "se convertirán a razón de un dólar estadounidense (u\$s 1) = un peso (\$ 1)". El art. 11 de la ley 25.561, en su redacción originaria, decía: "Las prestaciones dinerarias *exigibles* desde la fecha de promulgación de la presente ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado, pactados en dólares u otra moneda extranjera...". Ello dio pie a que cierta doctrina interpretara que sólo estaban comprendidas en la pesificación del dec. 214/2002 las obligaciones *exigibles* "desde" el 6 de enero de 2002 (fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561); las exigibles con anterioridad a esa fecha no estarían pesificadas, porque si esta

²³¹ Así resulta del art. 3° del decreto que dice: "Todas las deudas en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras con el sistema financiero, cualquiera fuere su monto o naturaleza, serán convertidas a pesos a razón de un peso por cada dólar estadounidense o su equivalente en otra moneda extranjera. El deudor cumplirá con su obligación devolviendo pesos a la relación indicada".

ley se refiere a las obligaciones en dólares exigibles "desde" su vigencia (art 11), el art 8° del decreto 214/2002, que es reglamentario de la ley 25.561, no puede referirse sino a esas obligaciones. En consecuencia, las obligaciones en dólares que "eran exigibles antes" de la entrada en vigencia de la ley 25.561, quedarían en dólares ²³². Se trataba de una interpretación forzada, que si bien se explica por el afán de encontrar paliativos a la crisis de la "situación acreedora", no podía superar las normas de emergencia (especialmente los decretos 320/2002 y 410/2002 y sus modificatorias) de las que resultaba con claridad que la pesificación se aplica a *todos los créditos y deudas* sin distinción. La palabra "desde" empleada en el art. 11 de la ley 25.561 no era, pues, un argumento que permitiera aseverar que las obligaciones vencidas con anterioridad al 6 de enero de 2002 estaban excluidas de la pesificación ²³³. Precisamente para evitar ese equívoco, que distorsiona el sentido y el alcance de la norma de la emergencia, la ley 25.820 suprimió aquel párrafo, reemplazándolo por el siguiente: "Las obligaciones de dar sumas de dinero *existentes* al 6 de enero de 2002, expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, haya o no mora del deudor, se convertirán...". El reemplazo de la palabra "exigibles" por "existentes" vino a zanjar definitivamente esta cuestión.

U) *Aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER)*. — A estas obligaciones, como también a los préstamos y depósitos en entidades financieras, se les aplicará según el art. 8° del decreto 214/2002 "lo dispuesto en el art. 4° del presente decreto"; efectuada la remisión, se tiene que se les aplicará el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), más una tasa de "interés mínima para los depósitos y máxima para los préstamos" (art. 4°). Mediante la implementación del CER se intentó morigerar el impacto que la pesificación produjo en las deudas comprendidas en la emergencia ²³⁴.

IU) *Reajuste ulterior de la deuda*. — Si por aplicación del CER, más la tasa de interés "el valor resultante de la cosa, bien o prestación, fuere superior o inferior al del momento de pago, cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio. En el caso de obligaciones de tracto sucesivo o de

²³² Esa es la interpretación sostenida por Alterini, A., "Un sistema tenido de inseguridad", en *Emergencia económica*, suplemento especial "L.L.", abril de 2002, p. 3; Trigo Represas, "Las obligaciones dinerarias en la emergencia económica", en *Contratos y emergencia económica*, suplemento "L.L.", septiembre de 2002, p. 15.

²³³ Tal lo considerado, con acierto, por la CN.Civ., sala "G", 19/9/2002, *in re* "Cinto, N. Isabel v. Chaparro Martínez, Benigno s/ ejecución hipotecaria".

²³⁴ El art. 4° del decreto contiene la excepción al principio nominalista que la legislación de emergencia pretende mantener, al disponer la aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia, regulado originariamente por la Comunicación A-3467 del B.C.R.A. del 8 de febrero de 2002.

cumplimiento diferido este reajuste podrá ser solicitado anualmente, excepto que la duración del contrato fuere menor o cuando la diferencia de los valores resultare notoriamente desproporcionada" (art. 8°). El reajuste puede ser solicitado por cualquiera de las partes, sea el acreedor, sea el deudor, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

IV) En caso de no mediar acuerdo de partes. — Si las partes no se ponen de acuerdo sobre el reajuste, la cuestión debe ser llevada ante el juez, quien decidirá sobre el particular. Según el art. 8°, "este procedimiento no podrá ser requerido por la parte que se hallare en mora y ésta le resultare imputable".

V) Mantenimiento de la relación contractual.—Por último, el art. 8° dispone que los jueces "llamados a entender en los conflictos que pudieran suscitarse por tales motivos, deberán arbitrar medidas tendientes a preservar la continuidad de la relación contractual de modo equitativo para las partes".

VI) Sobre la constitucionalidad de la pesificación entre particulares» — Sobre esta cuestión se han dictado diversos pronunciamientos:

a) En un fallo la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha resuelto declarar inconstitucional la pesificación dispuesta en el art. 8° del decreto 214/2002, por entender que encontrándose el deudor en mora, la pérdida debía ser asumida por él y no por el acreedor ²³³.

b) En otro fallo, el mismo tribunal decidió, con fundamento en el principio del esfuerzo compartido, que un crédito garantizado con hipoteca se transforme en pesos pero debiendo el deudor (que en el caso también se encontraba en

²³³ P.ej. CN.Civ. Sala G, 19/9/2002, *in re* "Cinto, Nelda Isabel v. Chaparro Martínez, Benigno s/ejecución hipotecaria". De este fallo cabe destacar algunos de sus fundamentos: a) Si se admitiera por hipótesis que no obstante la mora—incurrida mucho tiempo antes de la modificación legislativa— el deudor pudiera liberarse devolviendo pesos a la paridad cambiaría establecida por la ley 25.561 y el decreto 214/2002, se estaría convalidando la licuación de la deuda y una suerte de confiscación en beneficio del deudor (conf Killmeate, Afilio J., *Obligaciones en dólares exigibles con anterioridad al 6 de enero: inconstitucionalidad de la pesificación*, "E.D.", 17/9/2002, ps. 1/2); el acreedor no sólo recibirá en pago una cosa distinta de la debida (art 740, Cód. Civil) sino que acusará un impacto patrimonial considerable debido a la reversión compulsiva de los riesgos, pues vería reducido el capital prestado a más de la tercera parte. Ese menoscabo —que redunde en exclusivo beneficio del deudor y lo premia por el incumplimiento— es grave y afecta, sin duda, la garantía constitucional que en forma categórica establece la inviolabilidad de la propiedad privada, b) Por si lo expuesto no fuera suficiente para concluir en la irrazonabilidad de las normas impugnadas, se advierte también una manifiesta violación a la garantía de igualdad (art 16, Const Nac.). Dicha prerrogativa implica que debe someterse a un trato igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (C.S., *Fallos*, 312:111; 313:1523 y 1333; 315:1779). Del mismo modo exige que no se trate igualitariamente a quienes se encuentran en situaciones absolutamente distintas, en la medida en que pueda provocar un indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad.

mora) soportar el 70% de la mayor cotización de la moneda extranjera quedando el restante 30% a cargo del acreedor

c) Otros fallos se inclinaron por rechazar la inconstitucionalidad de la pesificación entre particulares, aun encontrándose el deudor en situación de mora²³¹.

²³⁶ CN.Civ., Sala G, 18/9/2002, *in re* "Baños Dávila, Elena A. v. Ibarrola de Parma, María del Pilar s/ ejecución hipotecaria". En los considerandos, se dijo, entre otros fundamentos, que: a) Como el esfuerzo compartido que propone el art 11 de la ley 25.561 para restablecer el equilibrio contractual reconoce su fundamento en la equidad, obviamente el reparto —siempre que se solicite y proceda— será igualitario, ya que no podrá ubicar al deudor moroso en la misma situación en que se encontraría si no lo fuera. De manera que al repartir los efectos del desequilibrio contractual, debe hacércelos caer en mayor medida sobre la parte morosa, según las circunstancias del caso (esta Sala, L. 285.860, del 9/10/1984; *idem*, L. 10.225, del 16/11/1984, "L.L.", 1986-C-533; Peyrano, Jorge W., *Una nueva pretensión: la distributiva del esfuerzo compartido. Comentarios procesales sobre el régimen de pesificación forzosa de obligaciones en moneda extranjera no vinculadas al sistema financiero*, en "E.D.", del 15/2/2002, p. 1). De lo contrario, la atribución de responsabilidad que se desprende del art 508 de la ley sustantiva quedaría sin valor y efecto, b) De allí, por razones de estricta justicia conmutativa, apreciadas en el acotado margen de conocimiento asignado a la Sala, la obligación deberá ser cancelada en pesos, aunque no a la paridad establecida en el art. 8° del decreto 214/2002, sino que —en virtud del principio del esfuerzo compartido cuya aplicación postuló la acreedora— se establece que la demandada morosa deberá cargar con una incidencia mayor en el precio de la divisa extranjera, estimándose razonable que soporte el equivalente al 70% del valor del dólar que fije el Banco Central de la República Argentina el día del pago, en tanto que el esfuerzo de la acreedora quedará limitado a resignar el 30% restante del valor de cotización. Por consiguiente, para fijar el valor en pesos por cada dólar se computará la diferencia entre el valor del dólar antes de la emergencia y la cotización de la divisa norteamericana —tipo vendedor— el día del pago, según lo que establezca el Banco Central de la República Argentina Al resultado se le calculará el 70% y —a lo que dé— se le adicionará \$ 1, y así se obtendrá el monto en pesos por el que deberá reajustarse cada unidad del capital debido. Luego se multiplicará por el capital adeudado.

²³⁷ Cfr. CApel. Civ. y Com., Sala II, La Matanza, *in re* "LLoroff Mario v. Destoc, Martha Susana s/cobro ejecutivo dinero". La mayoría del tribunal (Dres. Sánchez y Rodríguez) se pronunció a favor de la pesificación, en tanto propuso que la deudora pagara en dólares el tercer vocal (Dr. Iglesias Berrondo). De los fundamentos de la mayoría se desprende que se aceptó la argumentación de la señora jueza de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro en los autos "Inversiones Yatay S. A. v. Tejeda", del 10/7/2002, Dra. María C. Cabrera de Carranza: a) "Si al deudor se lo condenara a pagar la suma debida en dólares estadounidenses podría llegar a considerarse que estamos en presencia de una sentencia de imposible cumplimiento"; b) "Por ello considero necesario atenuar el impacto contra el deudor moroso"; c) "Cabe la posibilidad de efectuar en otro estado del proceso la recomposición del monto de la condena, mediante el recurso a un acuerdo entre partes, y esta recomposición es contemplada por el art. 8° del decreto 214/2002"; d) "La complejidad de la situación que vivimos nos impone la necesidad de abordar soluciones que contemplen no solamente el interés de las partes sino también el bien común"; e) "Y éste se verá seriamente afectado si en el estado actual de nuestra economía llegásemos a un alud de ejecuciones forzosas de inmuebles como resulta previsible de mantenerse la aplicación estricta de las normas legales que preconizan mis distinguidos colegas"; f) "Frente a la importante disminución de los valores, que es también del dominio público, acerca de la cual los medios de comunicación no dejan de insistir y que no tiene miras de revertirse, no es poniendo la traba de una suspensión temporaria que puede aventarse ese riesgo que afectaría no sólo a am-

§ 516. OBLIGACIONES ANTERIORES Y EN CURSO DE EJECUCIÓN EN PESOS

Las obligaciones en pesos anteriores a la emergencia y en curso de ejecución se han visto impactadas por la devaluación. En particular, respecto de deudas de las entidades financieras por depósitos que deben restituir, se ha planteado una situación de irritante injusticia. El ciudadano que en septiembre de 2001 depositó en el banco \$ 10.000, considerando que bien pudo hacer el depósito en dólares, teniendo en cuenta que por la convertibilidad vigente entonces pudo decirle al cajero que le extienda el certificado en dólares, se equivocó y hoy debe soportar la pérdida ocasionada por la devaluación. Esa desigualdad será aún más notoria si se declara la inconstitucionalidad de la pesificación y los depósitos en dólares, hoy pesificados, deben restituirse en dólares; ¿en qué situación quedarán los depositantes en pesos teniendo en cuenta que, según una difundida opinión, no se puede declarar inconstitucional la devaluación?

Es evidente que esta discriminación castiga a los ciudadanos que creyeron en el peso; bien se ha dicho que fueron "víctimas de creer en el valor de la moneda nacional"²³⁹. Es necesario encontrar paliativos para mitigar esa injusticia.

§ 517. LOS REMEDIOS POSIBLES

Los remedios que pueden invocarse son:

- a) El de la frustración del fin del contrato.
- b) El de la teoría de la imprevisión del art. 1198 del Cód. Civil.
- c) El del abuso del derecho, prohibido por el art. 1071.

bas partes del proceso de ejecución, sino a la sociedad toda, porque influiría en definitiva sobre los precios de todo el mercado"; g) "En este caso, la necesidad de tener en mira el bien común y la aplicación del principio *in dubio pro debitoris* que impone estar a favor del deudor en caso de duda (art 218, inc. 7 del Cód. Comercio) son los que, en definitiva, me llevan a mantener mi anterior voto en la causa 90068". En otro pasaje de los fundamentos de la mayoría-se ha considerado que la devaluación ha afectado a "todos los sectores sociales, a los que adquirieron títulos de la deuda pública, a quienes volcaron sus ahorros en dólares dentro y fuera del sistema financiero, a todos aquellos que contrajeron deudas en moneda extranjera para compra de vivienda o perfeccionar tecnológicamente a sus empresas y por supuesto al conjunto de la población que ha visto disminuido su salario, cuando no perdido su empleo, y por ende reducida drásticamente su capacidad adquisitiva...".

²³⁸ Como lo sostiene, por ejemplo, Lorenzetti, *La emergencia económica y los contratos*, p. 197.

²³⁹ Alicia Stratta, *El denominado derecho de la emergencia ha puesto al derecho en emergencia*, "E.D.", del 29/5/2002, p. 5.

§ 518. INCIDENCIA DE LA MORA DEL DEUDOR

a) Planteo de la cuestión respecto de la obligación en dólares

¿En qué situación se encuentra el deudor de una obligación pactada en dólares si se encontraba en mora con anterioridad a la emergencia? Se ha decidido²⁴⁰ que esas obligaciones no están alcanzadas por la pesificación, en consecuencia, el deudor debe ser condenado a pagar dólares^{m1}.

b) La mora como fundamento de la no pesificación

Los fundamentos que se invocan para respaldar esta solución son, en síntesis, los siguientes:

I) El ya referido argumento según el cual las obligaciones exigibles *antes* de la emergencia no están alcanzadas por ésta y, por ende, no se pesifican. Es obvio que la obligación en mora quedaría, por lo tanto, al margen de la pesificación.

II) La situación de mora del deudor, pues ésta (art. 508, Cód. Civil) implica la traslación de los riesgos hacia el patrimonio del deudor, es decir, es éste quien debe soportar las pérdidas producidas por la devaluación.

ni) Las reiteradas referencias a los principios de igualdad y a la garantía de la propiedad privada, garantizados por la Constitución Nacional,

c) La mora no es fundamento suficiente para excluir la pesificación.

He adherido²⁴² a la tesis que admite la pesificación de las obligaciones aquí consideradas. Para fundar esta adhesión, consideramos que la situación de mora del deudor no puede ser usada para justificar imponerle al moroso —como sanción— la carga de soportar solo los efectos de la crisis. Los sostenedores de la tesis de la pesificación, que se rechaza, afirman, como uno de sus principales argumentos, que el deudor en mora asume los "riesgos de la prestación", razón por la cual, si la devaluación y consiguiente pesificación—aun consideradas como un supuesto de fuerza mayor o *hecho del príncipe*—tuvieron lugar durante la mora, no tendrán para él efecto liberatorio; por el contrario, es el deudor el que debe cargar con ese riesgo (doctrina del art. 513, Cód. Civil) y, por ende,

²⁴⁰ CCiv. y Com. San Isidro, 9/5/2002, "Lozano, Irma v. Rodríguez, Rafael I.", "JA.", del 267672002, p. 44. En el mismo sentido, Moeremans, *Los efectos de la mora anterior a la pesificación establecida por el decreto 214/2002*, "L.L.", junio 2002, p. 35.

²⁴¹ En contra: Noemí Nicolau, *Las obligaciones de derecho privado no vinculadas al sistema financiero*, en "Emergencia económica", "L.L.", abril de 2002, p. 59.

²⁴² Ver nuestro *Tratado de la mora*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

debe cumplir su obligación pagando dólares o la moneda extranjera a que se hubiese obligado²⁴³.

Estimamos que el argumento fundado en el art. 513 del Cód. Civil parte de una incorrecta interpretación de la asunción del riesgo por el moroso.

Así:

1) Según una calificada doctrina, la atribución de responsabilidad al deudor moroso por las consecuencias, el *casus*, se le impone, no porque la destrucción de la cosa haya tenido lugar *después* de la constitución en mora (*post moram*) sino porque se piensa que la destrucción (en este caso la pesificación) tuvo lugar *como consecuencia* de la mora (*propter moram*). Repárese en la diferencia que queda apuntada; no es que el deudor sea responsable sólo por el hecho de que la cosa se deterioró o perdió encontrándose él en mora. Si se admiten los lincamientos de esa doctrina, se tiene que la mora opera como verdadera *causa* de la pérdida. Esto es lo mismo que explica Albaladejo García, al afirmar que la ley no sanciona al moroso sólo por el hecho de serlo. La razón, dice, es otra: la ley supone que la propia mora, a través del fortuito, es la causante del daño, de tal modo que sin aquélla, éste no se hubiera producido.

2) Como prueba que corrobora la distinción que antecede, se invoca aquello de que el deudor se liberará si logra probar que la cosa se hubiese igualmente destruido encontrándose en poder del acreedor. Quiere ello decir que aun cuando el deudor hubiese cumplido en término —sin incurrir en mora— la cosa objeto de la obligación habría corrido igual suerte; esa prueba demostraría que no se destruyó *propter moram* —después de ocurrida la mora—, supuesto para el cual la ley no trae sanción.

3) Comprobado lo anterior, la cuestión se traslada a otro sitio de debate: ¿acaso la devaluación y la pesificación ocurridas en la Argentina fueron la consecuencia de la mora de un deudor particular concreto? Creemos que de ninguna manera se podría sostener tal cosa: la pesificación no puede ser considerada una consecuencia de la mora en que pudieron incurrir los particulares deudores que se obligaron a pagar sus deudas en moneda extranjera. Éste debe ser, pensamos, el punto de partida para resolver la cuestión bajo análisis. Ello no nos impide admitir, sin embargo, que es posible que en determinados casos un deudor concreto *pudo prever* el colapso de la convertibilidad y sus consecuencias (devaluación, ruptura de la paridad cambiaria, pesificación, etc.) y, si así fue, si habiendo previsto esas contingencias, incurrió en mora para aprovechar el cambio de moneda (pesificación), debe soportar las consecuencias del colapso.

²⁴³ En similar sentido, se ha dicho que frente a la grave crisis económica y social que atravesó el país "el deudor no será responsable de los daños e intereses que se pudieren haber originado al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, aun estando en mora, pues el incumplimiento tuvo su causa origen en el caso fortuito (art. 513, Cód. Civil) que constituye la situación crítica del país": Robles, Estela y Agugliano, Ricardo, *Reseña: la pesificación de las deudas en mora*, en "J.A.", 2002-IV-1459.

4) Por esta razón aplaudimos el fallo de la Sala D de la CN.Civ. de fecha 11 de marzo de 2003, dictado *in re* "Naycí SAV. J. A. s/ ejecución de expensas", en el que se afirma, precisamente, que cuando lo que se juzga es la devaluación monetaria ocurrida con posterioridad al estado de mora, lo que corresponde ponderar es si la devaluación era o no previsible. Si lo era, la pérdida de valor de la moneda deberá ser incluida en el daño derivado del incumplimiento, pero si excede el ámbito de previsibilidad normal, exigible según las circunstancias, esa pérdida quedará excluida del daño moratorio. Es que aquel que durante la convertibilidad se obligó en dólares estadounidenses no tomó a su cargo una obligación en una moneda extranjera que fluctuaba libremente en el mercado cambiario. No, quien asumió una obligación en dólares —se enfatiza en el fallo— contaba con el marco de referencia normativo y objetivo dado por el Estado que le aseguraba al deudor la paridad antes señalada. Por ende, concluye, no puede ser considerada como previsible una circunstancia (la devaluación) expresamente prohibida por el ordenamiento normativo vigente al momento en que se contrajo la obligación.

§ 519. OBLIGACIONES POSTERIORES

•

Respecto de las obligaciones posteriores a la vigencia de la legislación de emergencia, cabe decir

a) Quedan sometidas al principio nominalista, pues la ley 25.561 ha decidido mantener la regla, así como la prohibición de indexar y de pactar cláusulas de actualización según está previsto en el art. 10 de la ley 23.928.

b) La moneda extranjera puede ser incorporada a los contratos como moneda de pago, según lo permiten los arts. 617 y 619 del Cód. Civil, que se mantienen sin modificaciones.

CAPÍTULO XVI

CLASES DE OBLIGACIONES CON RELACIÓN A LOS SUJETOS. OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

A) INTRODUCCIÓN

§ 520. LAS OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON EL NÚMERO DE SUJETOS

Tomando como fuentes la letra del art. 690 del Cód. Civil¹ y los aportes de la doctrina², se puede afirmar que son obligaciones de sujeto múltiple, llamadas por ello *mancomunadas*³, aquellas en las cuales "por una causa única, el mismo objeto es debido a varios acreedores o por varios deudores". Las notas típicas de esta especie son: 1º) pluralidad de sujetos; 2º) unidad de objeto y 3º) unidad de causa.

Con carácter de nociones preliminares, se pueden indicar las siguientes:

a) La mancomunación o pluralidad de sujetos puede ser *activa* (concurencia de varios acreedores), *pasiva* (concurencia de varios deudores) o *mixta* (concurencia de varios acreedores y de varios deudores en la misma obligación). Atendiendo al tiempo de su formación, la pluralidad puede ser *originaria*, cuando la obligación nace con concurrencia de sujetos, o *sobreviniente*, cuando con posterioridad a la formación de una obligación singular se le incorpora un nuevo deudor o un nuevo acreedor⁴. Distingue también la doctrina la plurali-

¹ Dice el art 690: "La obligación que tiene más de un acreedor o más de un deudor, y cuyo objeto es una sola prestación, es obligación mancomunada, que puede ser o no solidaria".

² Especialmente: Busso, *Código CMI*, t. V, comentario al art. 690, n.º 11 y 12, p. 17; Llam-bías, *Obligaciones*, t. II-A, n.º 1073, p. 369; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n.º 802, p. 307; Borda, *Obligaciones*, t. I, n.º 536, p. 436; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n.º 805, p. 3; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, t. I, p. 586; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código CMI*, t. III, comentario a los arts. 690 y ss., ps. 291 y ss.

³ Derivado de la palabra "mancomunar", cuya segunda acepción es "obligar a dos o más personas de mancomún a pagar o ejecutar algo entre todas y por partes".

⁴ Se ha destacado la importancia práctica de distinguir la pluralidad originaria de la sobre-

dad *disyunta* de la *conjunta*. Es *disyunta* cuando la concurrencia de los distintos deudores o acreedores es sólo *alternativa*, de tal manera que cuando uno de los deudores paga o uno de los acreedores es pagado, los restantes quedan excluidos del vínculo⁵. Es *conjunta* cuando el deber de cumplir o la facultad de exigir recaen sobre todos los deudores o favorecen a todos los acreedores. Por último, también la doctrina enseña que la pluralidad conjunta se divide, por un lado, en *divisible* o *indivisible*, según que el objeto de la obligación sea o no susceptible de fraccionamiento; y, por otro, en *simplemente mancomunada*⁶ y *solidaria*, según que el crédito o la deuda se distribuyan o no entre los participantes.

b) La segunda característica de la especie es la *unidad del objeto*; es decir, el deber de los distintos deudores o el derecho de los distintos acreedores recae sobre el *mismo* objeto. La hipótesis más clara se da cuando el objeto es singular, pero nada impide que sea plural, por ejemplo, cuando una obligación de objeto alternativo, y por ende plural, tiene varios deudores; lo que interesa, en definitiva, es que el deber de los deudores o el derecho de los acreedores confluyan sobre el mismo objeto, sea éste singular o plural⁷.

c) Por último, se requiere que haya *unidad de causa*, es decir, que los deudores o acreedores lo sean en virtud de la misma causa-fuente. Cuando varios acreedores están vinculados con el mismo deudor, aunque a todos ellos le deba un objeto idéntico, no habrá obligación de sujeto múltiple, sino una concurrencia de otra especie; por ejemplo, si Juan, mediante contratos sucesivos promete vender el mismo automóvil a Pedro, a Diego y a Pablo, fijándole, incluso, el mismo precio a cada uno, no habrá una obligación con acreedor múltiple, sino tres obligaciones distintas, aunque haya tres acreedores respecto de un mismo deudor, sobre un mismo objeto y por un mismo precio⁸.

viniente: Giorgi, G., *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, L1, n° 74, p. 84; Busso, *Código Civil*, t. V, comentario al art. 690, n° 7, p. 15.

⁵ Por las razones que expondré en el 1 ugar oportuno, considero que no cabe hablar de obligación de *sujeto múltiple* en la llamada de sujeto *disyunto*, porque allí la concurrencia de acreedores o de deudores es sólo aparente.

⁶ Aunque desde ya es necesario destacar que la obligación divisible y la simplemente mancomunada tienen el mismo régimen jurídico.

⁷ La doctrina, Busso, *Código Civil*, i V, comentario al art. 690, n°s 11 y 12, p. 17; Llamabías, *Obligaciones*, t II-A, n° 1073, p. 369, se refiere a la obligación de sujeto múltiple como aquella en que varios deudores deben "*una sola* prestación". Esa mención es *equivoca*, porque una obligación de sujeto plural puede ser también de objeto o —si se prefiere— de prestación *múltiple*, como ocurriría, p.ej., cuando varias personas, por contrato (causa única), asumen una obligación alternativa frente a un mismo acreedor.

⁸ Con mayor razón todavía, no habrá obligación de sujeto múltiple, si, p.ej., Juan le alquiló una casa a Pedro, un automóvil a Diego y una oficina a Pablo y a cada uno de ellos les debe \$ 3000 en concepto de alquiler. Es obvio que aquí hay varias obligaciones distintas, de un mismo deudor respecto de varios acreedores, también distintos.

§ 521. EL MÉTODO DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestro codificador se ocupó de las obligaciones de sujeto múltiple empleando un método que nuestra doctrina ha criticado⁹. En efecto, al tratar de las obligaciones *en cuanto a su objeto*, incluyó en un título especial, el XII, las disposiciones relativas a las obligaciones divisibles e indivisibles (arts. 667 a 689). Más adelante, al legislar sobre las obligaciones *con relación a las personas*, trata de la mancomunación simple en el Título XIH (arts. 690 a 698) y de la solidaria en el Título XIV (arts. 699 a 717). Semejante método induce a error, pues un lector desprevenido podría creer que las obligaciones de sujeto singular con objeto divisible poco tienen que ver con las de sujeto múltiple, cuyo objeto también es divisible¹⁰. Sin embargo, el propio Código se encarga de demostrar que no es así. La regulación prevista para las obligaciones de sujeto singular con objeto divisible (arts. 677 y 678) es idéntica que la prevista para las de sujeto plural cuyo objeto es también divisible (arts. 694, 695 y 696). Huelga señalar la inutilidad de esta doble legislación. Por otra parte, si bien la divisibilidad o indivisibilidad sólo puede predicarse respecto del objeto, la mayor importancia práctica de la clasificación se presenta en las obligaciones con sujeto múltiple. Cuando hay un solo deudor y un solo acreedor, la obligación, aun cuando su objeto sea divisible, debe cumplirse *como si fuese indivisible* (art. 673)¹².

La crítica de la metodología del Código no ha impedido a los autores señalar que, en pura teoría es posible distinguir la divisibilidad e indivisibilidad por un lado, y la mancomunación simple y solidaria por otro¹³. Pero es importante reiterar que la divisibilidad y la indivisibilidad son especies que si bien pueden presentarse en una obligación con sujeto singular, cobran verdadera relevancia jurídica cuando la obligación tiene pluralidad de sujetos¹⁴.

⁹ Es la opinión común de los autores, p.ej.: Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t m, comentario al art. 690, n° 3, p. 291; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 538, p. 436.

¹⁰ Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general* t. n, n° 304, p. 2.

¹¹ La mayoría de los autores piensa que la divisibilidad y la indivisibilidad tienen importancia en las obligaciones de sujeto plural; por todos: Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t II, n° 804, p. 2; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 805, p. 310.

¹² Ello sin perjuicio, como lo ha hecho notar la doctrina (Busso, *Código Civil*, t IV, comentario al art 690, n° 78, p. 540; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, p. 517), de que en la obligación de sujeto singular, la divisibilidad e indivisibilidad del objeto puede determinar, o no, que el pago se fraccione en distintas entregas, lo que podrá hacerse siempre que no se altere el principio de integridad ni se viole la prohibición de hacer pagos parciales. Pero ello, de todos modos, no justifica el método del codificador.

¹³ Cfr. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 805, p. 310.

¹⁴ Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t U, n° 806, p. 4, y Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 805, p. 310, enumeran las cuatro categorías enunciadas usando esa misma terminología, combinándolas, y sin perjuicio de la terminología, se obtienen cuatro categorías: a) mancomunación simple con prestación divisible; b) mancomunación sim-

§ 522. LAS MATERIAS A TRATAR, TERMINOLOGÍA Y MÉTODO
DE EXPOSICIÓN'

Como ha quedado expuesto, para evitar reiteraciones, no conviene desvincular las obligaciones de objeto divisible o indivisible, de las de sujeto plural o conjunto. A partir de las categorías ya señaladas¹⁵, sin perjuicio de precisar después la terminología utilizada para mencionar las distintas clases de obligaciones, el plan de materias a tratar será el siguiente: en el presente capítulo se abordará la mancomunación simple con objeto divisible (*obligaciones divisibles*) y la mancomunación simple con objeto indivisible (*obligaciones indivisibles*) y en el próximo capítulo se verá la mancomunación solidaria (*obligaciones solidarias*) y, al final, las llamadas obligaciones con sujeto disyunto.

Antes de comenzar el tratamiento de las distintas materias, para explicar el método debo formular estas precisiones:

a) En cuanto a la terminología, dos aclaraciones: 1°) si se ha dicho que la divisibilidad cobra relevancia jurídica cuando la obligación es de simple mancomunación, esto es, cuando su objeto es *repartible* entre varios deudores o a favor de varios acreedores, llamar a estas obligaciones "simplemente mancomunadas con objeto divisible" es casi un pleonismo, ya que bastaría con decir simplemente mancomunada, porque siendo tal es, por regla, divisible. Sin embargo, la mención es útil para dejar en claro que la obligación de objeto divisible tiene interés para el derecho cuando está ligada a una mancomunación, aunque ésta sea simple; 2°) plena justificación tiene, en cambio, llamar a las del segundo grupo como "simplemente mancomunadas de objeto indivisible", porque en este caso la indivisibilidad es una excepción a la mancomunación simple¹⁶.

b) Determinar cuándo el objeto de una obligación debe ser calificado como divisible ha dado bastante tarea a la doctrina. La búsqueda del criterio más apto para establecer la distinción debe preceder al análisis del régimen jurídico que corresponde a cada categoría. Por ello, primero se abordará lo concerniente al criterio de distinción y después se verán los efectos de la divisibilidad y de la indivisibilidad.

c) Al régimen de la mancomunación solidaria, por su importancia, se le destinará el capítulo siguiente.

pie con prestación indivisible; c) mancomunación solidaria con prestación divisible; d) mancomunación solidaria con prestación indivisible.

¹⁵ *Supra*, aquí, § 521.

¹⁶ Es por ello que, simplificando la cuestión, se ha dicho que en materia de obligaciones, la mancomunación puede ser: simple, de objeto indivisible o solidaria: Borda, *Obligaciones*, 11, n° 537, p. 436.

B) DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD". CRITERIO DE DISTINCIÓN**§ 523. OBLIGACIONES MANCOMUNADAS: PRINCIPIO GENERAL**

Como punto inicial en el tratamiento de este tema cabe dejar establecida la regla general que domina la materia: toda obligación conjunta o con pluralidad de deudores o de acreedores está sometida al principio de *fraccionamiento o divisibilidad*, según el cual el objeto de la prestación debe fraccionarse en tantas partes como sujetos existan (arts. 674 y 691). La *indivisibilidad* y la *solidaridad* constituyen excepciones a esa regla¹⁷. Este principio es fundamental para comprender el régimen jurídico de la obligación con pluralidad de sujetos.

Puesto que la divisibilidad y la indivisibilidad del objeto de una obligación determinan, en cada caso, un régimen jurídico específico, es cardinal con qué criterio se ha de discriminar cuándo una obligación es divisible y cuándo indivisible.

§ 524. CRITERIOS PARA ESTABLECER LA DISTINCIÓN

Prescindiendo de los distintos sistemas legislativos, los criterios más difundidos que suelen ser usados para establecer la divisibilidad o indivisibilidad de una obligación son el de la divisibilidad natural, el de la divisibilidad intelectual y el de la indivisibilidad convencional¹⁸.

a) Divisibilidad natural

Este criterio responde a una lógica simple: la obligación es divisible cuando su objeto, por *naturaleza*, puede ser dividido en varias partes, siempre que cada una de ellas mantenga, en proporción, las cualidades y el valor que tenía el todo; por ejemplo, una obligación de dar dinero o la de entregar diez mil litros de combustible. Lo decisivo es que el objeto de la obligación tenga aptitud natural para ser dividido, sin perder su sustancia, y para satisfacer, en fracciones, el interés del acreedor.

b) Divisibilidad intelectual

Según otro criterio, que hoy prácticamente está abandonado¹⁹, aun los cuerpos ciertos, como un caballo o un automóvil, si bien no pueden ser natural-

¹⁷ Cfr. por todos: Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, t. I, p. 588.

¹⁸ En el texto se procura simplificar la exposición de los criterios de distinción, que en otras épocas fue objeto de espinosas disputas, como lo prueban las obras de Dumoulin y Pothier, que los autores recuerdan al tratar este tema.

¹⁹ Incluso la doctrina francesa, cuyo Código Civil (arts. 1217, 1218, etc.) le ha dado cabida, por la influencia de Pothier, al criterio de la divisibilidad intelectual, lo ha rechazado.

mente divididos sin ser destruidos, sí podrían ser fraccionados *intelectualmente*, aclarando que no se fraccionaría el objeto mismo, sino el derecho que se ejerce sobre él; así, si tres personas poseen en condominio un automóvil y deben entregarlo a quien se los compró, los deudores transferirán el derecho de propiedad sobre el vehículo en tres partes alicuotas iguales. Bien se ve que no se trata de una división física de la cosa, sino del derecho de propiedad sobre ella. Pero, precisamente por eso, si no se puede dividir físicamente la cosa, la obligación es indivisible, lo que no cambia sólo por la circunstancia de que la parte vendedora esté integrada por tres condóminos. Este criterio, que fue usado por los jurisconsultos romanos con provecho para solucionar problemas concretos ²⁰, en nuestros días ya no es necesario para definir la divisibilidad o indivisibilidad de una obligación, aunque puede ser útil para atender otros problemas ²¹.

c) Indivisibilidad convencional

De acuerdo con un tercer criterio, si bien se reconoce que láilrvisibilidad depende de la naturaleza del objeto, se afirma que la indivisibilidad, en cambio, depende de la voluntad de las partes expresada en el título. Los sostenedores de este criterio afirman, en efecto, que un objeto por naturaleza divisible puede convertirse, por voluntad dejas partes, en indivisible; por ejemplo, una obligación de dar dinero, que por la naturaleza de su objeto es esencialmente divisible, puede ser pactada como indivisible. Pero como la voluntad humana no puede alzarse contra la naturaleza, si el objeto de la obligación es indivisible (un automóvil), no podrán las partes, por contrato, convertirlo en divisible.

§ 525. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO

¿Cuál o cuáles de los criterios enunciados han sido adoptados en nuestro derecho? Un examen de los textos del Código Civil y de la doctrina acopiada a partir de ellos arroja, según la interpretación que aquí se postula, estas conclusiones: 1*) se adopto el criterio de la divisibilidad natural; 2") se desechó el criterio de la divisibilidad intelectual; y 3') la indivisibilidad convencional equivale a someter una obligación divisible al régimen jurídico de la solidaridad.

Esta interpretación se funda en el siguiente razonamiento:

²⁰ No se puede juzgar el criterio de los jurisconsultos romanos con los ojos del presente, porque seguramente se cometerá el error de descalificarlo con el argumento de que hoy las soluciones jurídicas son otras.

²¹ Como, p.ej., en el campo de los derechos reales es útil para analizar las relaciones entre los condóminos.

a) El criterio aceptado

El criterio de la divisibilidad natural quedó consagrado en la letra del art. 667: "Las obligaciones son divisibles, cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial. Son indivisibles, si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero ". Nuestra doctrina, sin discrepancias, acepta que en el texto transcrito se adoptó, con el carácter de regla general, el de la divisibilidad natural ". En nuestro derecho, en definitiva, una obligación será calificada como divisible o indivisible según que la *naturaleza* de su objeto permita, o no, su fraccionamiento. Se entiende que un objeto es naturalmente divisible cuando física o materialmente puede ser fraccionado, conservando cada fracción la sustancia y el valor, en proporción a su cuantía, del todo del que formaba parte. Cobra importancia, aquí, lo dispuesto en el art. 2326: "No podrán dividirse las cosas, cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento". La divisibilidad natural permite la realización de pagos parciales.

b) El criterio desechado

Que nuestro Código Civil ha desechado el criterio de la divisibilidad intelectual es una conclusión que se funda en el art. 679: "Toda obligación de dar un cuerpo cierto es indivisible". En efecto, si este criterio fue usado para posibilitar que la obligación de dar un cuerpo cierto (un caballo), por naturaleza indivisible, pudiese ser considerada jurídicamente divisible por acuerdo de partes, el art. 679 es contundente al negar esa posibilidad²². En nuestro derecho, en definitiva, toda obligación de dar un cuerpo cierto es indivisible, incluso cuando el derecho sobre él, por pertenecer a varias personas, deba dividirse en partes al ícuotas. Que el derecho sobre una cosa pueda dividirse no significa que la obligación de entregarla sea divisible si la cosa misma no lo es.

c) Polémica en tomo al criterio de la indivisibilidad convencional

1) Planteo del problema. — Está claro que si en nuestro derecho impera el criterio de la divisibilidad natural, una obligación será indivisible cuando su

²² Acerca de que el criterio adoptado en nuestro derecho es el de la divisibilidad natural existe acuerdo en nuestra doctrina: Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, t. II, n° 1085, p. 193; Llam-bías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1092, p. 381; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 811, p. 320; Borda, *Obligaciones*, t. I, n° 540, p. 438; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. DI, comentario al art 667, n° 4, p. 258; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 11, p. 521.

²³ La doctrina, también pacíficamente, está de acuerdo en que en nuestro Código no tiene posibilidad de aplicación el criterio de la divisibilidad intelectual: ver autores citados en la nota anterior.

objeto, por naturaleza, no sea susceptible de fraccionamiento. Ahora bien, lo que se trata de saber es si además de la indivisibilidad natural, nuestro Código acepta la *indivisibilidad convencional*; es decir, si una obligación, por naturaleza divisible, puede ser considerada, por acuerdo de partes, indivisible.

La doctrina debate esta cuestión.

II) *Tesis que acepta la indivisibilidad convencional*. — La doctrina mayoritaria afirma que en nuestro derecho es admisible la indivisibilidad convencional²⁴. Los fundamentos de esta tesis pueden resumirse así: 1°) por el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197), nada se opone a que las partes puedan pactar libremente que una obligación divisible se cumpla como indivisible; 2°) debe respetarse la finalidad perseguida, esto es, la intención real de las partes al estipular la indivisibilidad; si ellas han querido que un objeto divisible se cumpla como indivisible, así debe ser aceptado; 3°) en las notas puestas por el codificador a los arts. 670 y 3007 se encontrarían ejemplos de esta especie de indivisibilidad.

Según esta tesis, en definitiva, una obligación divisible quedaría sometida, por decisión de las partes, al régimen de la indivisibilidad.

ni) *Tesis que rechaza la indivisibilidad convencional*. — Para otra doctrina²⁵ la única indivisibilidad aceptada por nuestro Código Civil, de acuerdo con sus arts. 669 a 671 y 679 a 683, es la que proporciona la naturaleza del objeto. Ningún texto del Código autoriza la indivisibilidad convencional y los ejemplos que se toman de las notas de los arts. 670 y 3007 no son convincentes.

Para esta doctrina, en definitiva, la regla según la cual toda obligación plural es, en principio, indivisible tiene únicamente dos excepciones: 1°) cuando el objeto es material o físicamente indivisible; 2°) cuando la obligación es solidaria, en cuyo caso la indivisibilidad deriva de la voluntad de las partes²⁶.

IV) *Tesis que asimila el régimen de la indivisibilidad convencional al de la solidaridad*. — Todavía es posible, según pienso, elaborar esta tercera tesis²⁷, ya que se puede demostrar que si las partes pactan que una obligación divisible se cumpla como indivisible, no crean una especie de indivisibilidad distinta de la natural, sino que lo que hacen, en definitiva, es someter esa obligación, por naturaleza divisible, al régimen de las obligaciones solidarias.

²⁴ En especial: Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1133, p. 413; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 811, p. 322; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. IU, comentario al art. 667, n° 4, p. 258; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, L I, p. 521.

²⁵ Anticipada por Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t II, n° 809, p. 7, pero defendida especialmente por Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 540, p. 439.

²⁶ Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 540, p. 439.

²⁷ En rigor, ésa es la tesis que insinúa Borda en el lugar antes citado, aunque no desarrolla sus fundamentos.

Éstos son sus fundientes: , 1- . ^ -

1º) Es verdad que por imperio de la autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes son soberanas para convenir que una obligación cuyo objeto es físicamente divisible se cumpla como indivisible; con esto queda reconocido, también, que debe prevalecer la real intención de las partes por sobre la naturaleza del objeto.

2º) Admitida la validez del "pacto de indivisibilidad", se abre un interrogante: ¿a qué régimen jurídico queda sometida esa obligación? La doctrina que defiende el criterio de la indivisibilidad convencional responde: al régimen de las obligaciones indivisibles (arts. 679 a 689), y de inmediato se apresura a aclarar que esta especie de indivisibilidad no debe ser confundida ni asimilada con la solidaridad 2*.

3º) Sin embargo, para que la tesis de la indivisibilidad convencional fuera irrefutable debió demostrar qué diferencia existe entre "esta" indivisibilidad querida por las partes, y la indivisibilidad resultante de la solidaridad, ya que esta "otra" también ha sido —por hipótesis— querida por las partes. Pero esa prueba no ha sido aportada²⁹. Por el contrario, es posible demostrar que la indivisibilidad "convencional" y la indivisibilidad "de la solidaridad", por derivar de idéntica fuente: la voluntad de las partes, deben someterse al mismo régimen jurídico si se quiere evitar errores, confusiones y soluciones desiguales para situaciones prácticamente idénticas 3º.

4º) Por último, como se demostrará luego, la letra del art. 668 no se opone a la interpretación que aquí se propone.

Es lo que hace, p.ej., Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1134, p. 415.

²⁹ Siguiendo con Llambías: si bien enfatiza que la indivisibilidad convencional no debe ser confundida con la solidaridad (lugar citado en nota precedente), luego, al trazar las diferencias entre indivisibilidad y solidaridad (*Obligaciones*, t. II-A, n° 1286, p. 561), dice: "En cuanto al *criterio de la distinción*, la diferencia es muy nítida- la solidaridad es una virtualidad impuesta por el título de la obligación, que imprime a ésta la estructura que la caracteriza. En cambio, la indivisibilidad es una imposición resultante de la *índole del objeto debido*, que no puede parcelarse a favor de cada acreedor, ni suministrarse de ese modo fraccionado por cada deudor... De tal diferencia esencial, dimanar las demás diferencias de régimen". Pero si es así, entonces la llamada indivisibilidad convencional no es otra cosa que una especie de solidaridad, ya que su estructura unitaria (indivisible) no deriva de la índole del objeto, sino que ha sido "convenida" por las partes en el título.

³⁰ Basten aquí las siguientes consideraciones: 1º) las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad derivan de la imposibilidad natural de dividir el objeto; 2º) las consecuencias jurídicas de la solidaridad, en cambio, derivan de la voluntad e intención de las partes que quieren un cumplimiento indivisible; 3º) en la llamada indivisibilidad convencional, también ese efecto deriva de la voluntad de las partes, por lo que sus consecuencias son prácticamente idénticas a las de la solidaridad.

§ 526. DIVISIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN Y DEL OBJETO

Una importante doctrina³¹ afirma que en nuestro ordenamiento "se distingue, ante todo, claramente, entre el objeto de la obligación que es la 'prestación', y el objeto de esta última que a su vez puede consistir en: dar, hacer o no hacer —art 745, Cód. Civil—. Y la divisibilidad de las obligaciones depende de la divisibilidad de la prestación, del hecho a cumplirse por el deudor, y no de la divisibilidad o no de la cosa a entregarse"³².

Esta interpretación pierde de vista que el criterio de la divisibilidad natural no toma en cuenta el *comportamiento* del deudor, que es la "prestación", sino la naturaleza de la cosa que debe ser entregada. No es verdad que la obligación de dar un cuerpo cierto es siempre indivisible porque el "comportamiento" del deudor es indivisible; lo es porque la cosa misma no tolera ser dividida. ¿Por qué el "hecho" de entregar un caballo (cuerpo cierto) va a ser indivisible y el "hecho" de entregar una suma de dinero va a ser divisible si ambos "hechos" consisten en una entrega? La verdadera divisibilidad o indivisibilidad está en la cosa misma, no en la "prestación", asimilada al comportamiento del deudor. Además, si se debiera atender exclusivamente al "hecho" del deudor, se corre el riesgo de terminar admitiendo que la regla general sería la de la indivisibilidad, porque según el art 680, "Son igualmente indivisibles las obligaciones de hacer", salvo las excepciones previstas en el art 670.

Establecidos los criterios para distinguir divisibilidad e indivisibilidad, corresponde ahora encarar el análisis de cada especie.

C) OBLIGACIONES DIVISIBLES
(SIMPLEMENTE MANCOMUNADAS)

§ 527. CONCEPTO Y REQUISITOS

Resumiendo: a) bajo el rubro *obligaciones divisibles* están comprendidas las simplemente mancomunadas, es decir, aquellas "que tienen más de un acreedor o más de un deudor, y cuyo objeto es una sola prestación" (art 690), y que, además, es "susceptible de cumplimiento parcial" (art 667); b) son sus requisitos: 1°) que el objeto de la obligación sea, por naturaleza, divisible y *que no se hubiese pactado* el cumplimiento indivisible o solidario; 2°) debe haber pluralidad de sujetos, sea de deudores o de acreedores, ya que aunque el objeto sea divisible, "cuando hay un solo acreedor y un solo deudor, deben cumplirse como si fuesen obligaciones indivisibles" (art. 673); 3°) que cada una de las

³¹ Busso, *Código Civil*, t TV, comentario al art. 669, n° 32, p. 533, y especialmente, Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 811, p. 320.

³² Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 811, p. 321.

partes en que se divida mantenga, en proporción, las cualidades y el valor que tenía el todo; 4º) que la división no convierta en antieconómico el uso o aprovechamiento de la cosa».

§ 528. EL PRINCIPIO DE FRACCIONAMIENTO: LA DESCOMPOSICIÓN DE LA OBLIGACIÓN

Las obligaciones simplemente mancomunadas están gobernadas, como ya fue dicho, por el principio de fraccionamiento. En virtud de ese principio, "el crédito o la deuda se divide en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya" (arts. 674 y 691) ". Esto quiere decir, en concreto, que la obligación sólo en apariencia es una sola, ya que por efecto del fraccionamiento del objeto, se descompone o desdobra en otras tantas, según el número de deudores o de acreedores que haya. La parte final del art. 691 lo dice expresamente: "Las partes de los diversos acreedores o deudores se consideran como que constituyen otros tantos créditos o deudas distintos los unos de los otros". La división tiene influencia decisiva sobre el régimen de los efectos, como se verá.

§ 529. CASOS DE OBLIGACIONES DIVISIBLES

Establecido el criterio de la *divisibilidad natural*, su prudente utilización, sumada a una correcta interpretación de la intención real de las partes, es suficiente para determinar, en cada caso concreto, cuándo una obligación de sujeto múltiple debe ser calificada como divisible a los fines de su disciplina jurídica. Nuestro Código Civil, en un exceso legislativo que la mayoría de los autores critica³⁵, contiene varios artículos en los que se señala cuándo una obligación es divisible:

a) Las obligaciones *de dar* son divisibles "cuando tienen por objeto entregas de sumas de dinero o de otras cantidades, o cuando teniendo por objeto la entrega de cosas inciertas no fungibles, comprenden un número de ellas de la misma es-

³³ Cfr. Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código Civil*, t. III, comentario al art 667, n° 5, p. 258; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 11, p. 523.

³⁴ En razón del defecto de método en que incurrió nuestro codificador, el principio de fraccionamiento aparece reiterado innecesariamente en los arts. 674 y 691, como se comprueba con su mera lectura: "Si la obligación se contrae entre muchos acreedores y un solo deudor, o entre muchos deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese convenido" (art. 674). "En las obligaciones simplemente mancomunadas, el crédito o la deuda se divide en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, si el título constitutivo de la obligación no ha establecido partes desiguales entre los interesados. Las partes de los diversos acreedores o deudores se consideran como que constituyen otros tantos créditos o deudas distintos los unos de los otros" (art. 691).

³⁵ Por todos: Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1095, p. 384.

OBLIGACIONES

jsecie, que sea igual al número de acreedores o deudores, o a su múltiple" (art.669).. Dejando a salvo lo que se dirá luego respecto de las obligaciones de dar cosas ciertas, en las restantes obligaciones de dar (cosas inciertas no fungibles, cantidades de cosas, dinero) encuentra la divisibilidad su mayor campo de aplicación.

b) Las obligaciones de hacer son, en principio, indivisibles, según lo declara expresamente el art. 680. Por excepción, son divisibles "cuando tienen por objeto la prestación de hechos, determinados solamente por un cierto número de días de trabajo, o cuando consisten en un trabajo dado, según determinadas medidas expresadas en la obligación, como la construcción de un muro, estipulada por metros; pero cuando la construcción de una obra no es por medida, la obligación es indivisible" (art. 670). La doctrina está de acuerdo en señalar que, en general, los hechos no son divisibles³⁶, aunque se admiten algunas excepciones como las mencionadas en el art. 670.

c) En las obligaciones *de no hacer*, "la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación se decide por el carácter natural de la prestación, en cada caso particular" (art 671). En teoría, es posible encontrar ejemplos de obligaciones de no hacer que puedan fraccionarse, como la de dos condóminos que se obligan con su vecino a no construir una pared a lo largo de treinta metros, y uno de ellos incumple construyendo la mitad; la abstención sobre otra mitad es todavía exigible al condómino que no incumplió, considerando que esa abstención era divisible.

d) Las obligaciones alternativas "que tienen por objeto prestaciones de naturaleza opuesta, no son consideradas como divisibles o indivisibles sino después de la opción del acreedor, o del deudor con conocimiento del acreedor" (art. 672). Esta cuestión ya ha sido tratada³⁷.

§ 530. MÉTODO. ENUMERACIÓN DE LOS EFECTOS

En las obligaciones de sujeto plural con objeto divisible, cobra especial importancia el régimen de los efectos. El método a seguir torna necesarias estas aclaraciones:

a) Ya se sabe que nuestro Código Civil contiene en esta materia una "doble legislación"; por un lado, el régimen de las obligaciones divisibles "con relación al objeto" (arts. 667 a 689), y por otro, el régimen de las obligaciones "simplemente mancomunadas" (arts. 690 a 698). Pero como ambos son sustancialmente idénticos, aquí se unificará su análisis.

b) Si bien es también necesario discriminar, por un lado, los efectos que se producen entre partes, es decir, entre acreedores y deudores y, por otro, los que producen las relaciones de los distintos codeudores o coacreedores entre sí,

³⁶ Por todos: Borda, *Obligaciones*, l.1, n° 544, p. 441.

³⁷ *Supra*, § 446, d.

esta importante cuestión será abordada al final³⁸ e³⁹pués de analizar, el régimen de las obligaciones indivisibles.

c) Comenzando por los efectos de la divisibilidad *bíter partes*, se verá: 1°) exigibilidad, pago e insolvencia de uno de los deudores; 2°) prescripción y cosa juzgada; 3°) mora, culpa y cláusula penal; 4°) efectos del fraccionamiento en los otros medios de extinción (novación, remisión de la deuda, transacción y compensación).

e) Es fundamental tener presente el principio de fraccionamiento, pues en virtud de ese principio se explican los efectos que se analizarán a continuación.

§ 531. EXIGIBILIDAD, PAGO E INSOLVENCIA DE UNO DE LOS DEUDORES

a) *Exigibilidad. Proporción del fraccionamiento*

Como consecuencia del fraccionamiento, si la pluralidad fuese activa, "cada uno de los acreedores sólo tendrá derecho para exigir su parte en el crédito"; a la inversa, si la pluralidad fuese pasiva, "cada uno de los deudores sólo podrá estar obligado a pagar la parte que le corresponda en el crédito" (art. 675)³⁸. En definitiva, el fraccionamiento hace a los codeudores y a los coacreedores extraños entre sí, ya que cada deudor responde por su propia porción de deuda y cada acreedor sólo tiene derecho a su porción de crédito³⁹.

Por regla, el fraccionamiento debe hacerse en *porciones iguales*, salvo que: 1°) las partes, en el título, hubiesen dispuesto un fraccionamiento desigual (arts. 674, 691 y 1197); 2°) que, por muerte del titular, sus herederos deban dividir el crédito o la deuda, en cuyo caso lo harán no en partes iguales, sino en proporción a la porción hereditaria de cada uno (arts. 3485 y 3498)⁴⁰.

b) *Pago*

Dividida la deuda o el crédito en tantas partes como deudores o acreedores haya, es obvio que cada deudor se libera pagando su parte en la deuda y cada acreedor satisface su interés cobrando su cuota. Cada pago tiene efecto cancelatorio respecto de la *parte debida*. Tal la regla general. Puede ocurrir, sin embargo, que un deudor pague *más* de lo que le corresponde. ¿En qué situación se encuentra? Cabe distinguir distintas hipótesis.

³⁸ El art. 693 reitera este efecto del fraccionamiento: "Siendo el objeto de la obligación simplemente mancomunada, una cosa divisible, cada uno de los deudores está obligado solamente a su parte en la deuda, y cada uno de los acreedores puede sólo demandar su parte en el crédito. El deudor que pagase íntegra la deuda no será subrogado en los derechos del acreedor contra los otros deudores".

³⁹ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1111, p. 401.

⁴⁰ Cfr. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 552, p. 445.

I) *Pago de la totalidad de la deuda por uno de los deudores "por encargo" de los otros.* — La primera hipótesis a considerar es la que se presenta cuando uno de los codeudores paga la totalidad de la deuda "por encargo" de los otros, usando la expresión empleada en el art. 676. Quedan comprendidos los distintos supuestos en que el pago total por uno de los deudores tiene lugar por autorización o mandato de los otros codeudores o por convenio de asunción de deuda, lo que supone que todos han prestado su consentimiento. Lo importante es que exista autorización, mandato o convenio de partes, sea que conste en el título de la obligación o por acto separado.

Esta hipótesis da lugar a las siguientes consecuencias:

1º) El acreedor tiene acción (legitimación activa) para demandar judicialmente al deudor encargado de pagar, exigiéndole la totalidad de la deuda (art. 676). El deudor no puede oponerse a esta demanda invocando la divisibilidad de la obligación. Si demandado el deudor encargado de pagar, el acreedor no resulta íntegramente satisfecho, podrá demandar después a los otros codeudores, porque conserva el derecho contra cada parte de estos últimos.

2º) Se ha dicho que como "la recepción del pago total es un derecho para el acreedor", él podrá rechazar el pago "ateniéndose al fraccionamiento del crédito contra cada deudor" *». Estimo que esa afirmación no puede ser admitida, porque el deudor tiene *derecho a pagar*, como deudor por la parte que le toca en la deuda y como mandatario o, incluso, como tercero interesado respecto de las partes de los otros codeudores. Pero sea que ofrezca pagar como mandatario o como tercero, el derecho de pagar debe prevalecer sobre el derecho del acreedor a hacer valer el fraccionamiento.

3º) Por cierto que el deudor encargado que ha pagado la totalidad de la deuda tiene acción para reclamar, luego, el reembolso de sus respectivas cuotas a los otros codeudores (art. 676 *in fine*). Por último, es obvio que no tiene acción de repetición contra el acreedor.

II) *Pago en exceso de su parte por uno de los deudores por error o sin causa.* — La segunda hipótesis a considerar tiene lugar cuando uno de los deudores paga más de lo que debe, pero lo hace *por error*, o cuando se configure un *pago sin causa* o un *pago indebido*. En este caso, es indudable que el deudor tiene derecho a repetir lo pagado en exceso al acreedor, por aplicación de los principios del pago indebido o del enriquecimiento sin causa. Pero también podrá, si así lo prefiere, dirigirse contra sus codeudores y exigirles el reembolso de lo pagado en exceso de su parte, porque de lo contrario se verían beneficiados *sin causa* por un error de quien pagó de más.

Supóngase ahora que la pluralidad es activa, un deudor les debe a tres acreedores \$ 15.000, resultando que cada uno tiene derecho a \$ 5.000 por efecto

⁴¹ Llambías, *Obligaciones*. III-A, n° 1106, c), p. 393.

del fraccionamiento. Ahora bien, si el deudor le paga a uno de ellos la totalidad del crédito, ha pagado mal porque ha violado la división. En consecuencia, si bien tendrá derecho a repetir lo que pagó de más al primer acreedor, no está desobligado frente a los otros dos, a quienes debe pagarle \$ 5.000 a cada uno. Y si el primero, que recibió los \$ 15.000, cae luego en insolvencia, la pérdida será para el deudor.

III) *Subrogación*. — La tercera hipótesis a considerar puede plantearse en estos términos: cuando uno de los deudores ha pagado la totalidad de la deuda al acreedor, ¿se subroga en los derechos y garantías que éste tenía respecto de los otros codeudores para reclamar de ellos el reembolso? Repárese en que este problema se presenta, sea que el deudor haya pagado por encargo, autorización, mandato o asunción de deuda, sea que haya pagado sin autorización, asumiendo el carácter de tercero interesado. Al interrogante formulado da respuesta la última parte del art. 693, en estos términos: "El deudor que pague íntegra la deuda *no será subrogado en los derechos del acreedor contra los otros deudores*". Existe consenso en nuestra doctrina en sostener que esta prohibición de subrogación a favor de quien pagó es injustificada⁴³. Pero además la prohibición entra en colisión con el art. 768, inc. 3⁴⁴, que, en general, concede la subrogación a todo tercero, incluso no interesado, que paga la deuda consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor, o ignorándolo. Si un tercero no interesado es subrogado, ¿por qué no ha de serlo un codeudor que, por hipótesis, tiene legítimo interés?

Ante la contradicción de los textos legales, adhiero a la siguiente tesis interpretativa:

I°) La prohibición del art. 693, *in fine*, no sólo es una excepción a la regla del art. 768, inc. 3, sino que además constituye una anomalía dentro del sistema **. En consecuencia, debiendo ser interpretada con carácter restringido, ha de entenderse que se ha suprimido, exclusivamente, la subrogación legal. De allí que si entre el acreedor y el deudor que ha pagado la totalidad de la deuda acuerdan que habrá subrogación (*subrogación convencional*), ese acuerdo debe tener plena validez y efectos⁴⁵.

⁴- Por todos: Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 556, p. 446; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1109, p. 397.

⁴³ A tal punto ambos textos se contraponen que se ha llegado a sostener que la última parte del art 693 debe tenerse por no escrita, ya que en el art. 768, inc. 3, está consagrado un principio general: Galli, en sus anotaciones a Salvat *Obligaciones en general*, t II, n° 871-a, p. 56 y n° 1436-a, p. 445.

⁴⁴ Cfr. Borda, *Obligaciones*, 11, n° 556, p. 446.

⁴⁵ Cfr. Busso, *Código Civil*, t. V, comentario al art. 693, n° 84.

2º) Si no hubiese subrogación convencional, el deudor que ha pagado la deuda no podrá hacer uso de los accesorios y garantías de que gozaba el crédito del acreedor pagado, pero tendrá derecho contra los codeudores hasta el íntegro recupero del reembolso que le corresponde.

3º) No acordada la subrogación, el deudor que ha pagado podrá ejercer la acción *típica y propia* de las obligaciones divisibles, reconocida en el art 676, *in fine*, en cuanto dispone: "salvo sus derechos respecto a los otros codeudores o coherederos". Para ejercer esta acción le bastaría al deudor probar la naturaleza divisible de la obligación, la cuantía de su parte en la deuda, el importe del pago realizado y que pagó en su carácter de codeudor⁴⁶.

4º) Al lado de la acción típica de la divisibilidad, le quedará al deudor: a) la acción de la gestión de negocios, si pagó de más sin conocimiento de los otros codeudores; b) la de enriquecimiento sin causa, si pagó contra la voluntad de sus codeudores; c) la de mandato, si pagó siguiendo instrucciones de los otros codeudores⁴⁷.

c) Insolvencia de uno de los deudores

También como consecuencia del fraccionamiento, "si uno o varios de los codeudores fueren insolventes, los otros codeudores no están obligados a satisfacer la parte de la deuda que a aquéllos correspondía" (art. 677)⁴⁸; así: Juan y Pedro deben a un acreedor \$ 10.000, fraccionándose la deuda en dos partes, si luego Juan cae en insolvencia, el acreedor sólo podrá cobrar los \$ 5.000 de Pedro, ya que éste, aunque es el deudor solvente, no asume la fracción de deuda del insolvente; quien pierde es el acreedor. A la inversa: un deudor adeuda a Pedro y a Diego \$ 10.000, fraccionándose el crédito en dos partes, si el deudor le paga \$ 5.000 a Pedro y luego, antes de pagar los otros \$ 5.000 a Diego, cae en insolvencia, Diego habrá perdido su porción de crédito, ya que por efecto del fraccionamiento, no podrá dirigirse a su coacreedor y reclamarle que reparta la suma que él cobró.

TM Si opta por esta acción típica de la divisibilidad, se librarán de mayores dificultades; ya que no sería necesario acreditar los requisitos, ni de la gestión de negocios, ni de la acción de enriquecimiento sin causa (*actio in rem versó*).

⁴⁷ Llama la atención que la mayoría de nuestros autores se limita a señalar que ésas son las acciones con las que cuenta el deudor que ha pagado para lograr el reembolso, pero no hablan de la acción típica y propia de la divisibilidad; por todos: Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. UI, comentario al art. 667, n° 5, p. 258; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, p. 523.

⁴⁸ El art. 694 lo reitera en estos términos: "La insolvencia de uno de los deudores debe ser soportada por el acreedor, y no por los otros deudores".

§ 532. PRESCRIPCIÓN Y COSA JUZGADA--

a) *Prescripción*

Si por el fraccionamiento existen tantos créditos o deudas como acreedores o deudores haya, la prescripción corre separadamente para cada uno de ellos. En consecuencia: 1°) la suspensión de la prescripción respecto a alguno de los deudores no aprovecha ni perjudica a los otros acreedores o deudores (arts. 678 y 695); 2°) la interrupción de la prescripción hecha por uno de los coacreedores o dirigida a uno de los codeudores tampoco aprovecha ni perjudica a los demás acreedores o deudores (art. 695). Por ejemplo, si uno de los deudores es menor de edad, el curso de la prescripción quedará suspendido respecto de él en razón de su edad, pero no perjudicará a los demás deudores, respecto de los cuales la prescripción seguirá su curso; si uno de los acreedores interpela por carta documento al deudor, provocará la interrupción de la prescripción (art. 3986), pero esa interrupción no aprovechará a los demás acreedores ⁴⁹.

b) *Cosa juzgada*

También como consecuencia del fraccionamiento, la sentencia dictada en contra de uno de los deudores, o a favor de uno de los acreedores, no produce los efectos de la cosa juzgada respecto de los otros acreedores o deudores que no intervinieron en el juicio ».

§ 533. MORA, CULPA Y CLÁUSULA PENAL

a) *Mora y culpa*

La mora o la culpa de uno de los deudores "no tiene efecto respecto de los otros" (art. 697). Es también una consecuencia del principio de fraccionamiento si.

b) *Cláusula penal*

El fraccionamiento también alcanza a la cláusula penal: "Cuando en la obligación simplemente mancomunada, hubiere una cláusula penal, no incurrirá en la pena sino el deudor que contraviniese a la obligación, y solamente por la parte que le correspondía en la obligación" (art. 698).

⁴⁹ Borda, *Obligaciones*, 11, n° 558, p. 447.

⁵⁰ Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, t. II, n° 851-a, p. 404.

⁵¹ Del tema de la mora en las obligaciones simplemente mancomunadas con objeto divisible me ocupé en *Tratado de la mora*, § 22, b), p. 146, adonde me remito.

§ 534. OTROS MEDIOS DE EXTINCIÓN (NOVACIÓN, REMISIÓN DE LA DEUDA, TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN)

Por último, el principio de fraccionamiento se hace sentir respecto de los otros medios de extinción de la obligación. Con arreglo a ese principio, se puede resumir la cuestión en la siguiente regla: la novación, la remisión de la deuda, la transacción y la compensación operada entre uno de los deudores con el único acreedor (pluralidad pasiva) o entre uno de los acreedores con el único deudor (pluralidad activa), no producen efecto alguno, ni perjudican ni aprovechan a los restantes deudores o acreedores⁵².

D) OBLIGACIONES INDIVISIBLES

§ 535. CONCEPTO Y REQUISITOS

A esta altura de la exposición, trayendo a colación el criterio de la divisibilidad natural adoptado por nuestro Código Civil, bastaría con decir que las obligaciones son indivisibles cuando sus "*prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero* (art. 667, *infine*) en razón de tener por objeto cosas o hechos no susceptibles de fraccionamiento"⁵³. Desde el punto de vista jurídico, habrá indivisibilidad si se cumplen los siguientes requisitos: 1°) debe haber pluralidad de sujetos; 2°) con arreglo al criterio de la divisibilidad natural, el objeto de la obligación, por naturaleza, no debe ser susceptible de división *; 3°) en consecuencia, no admiten un cumplimiento parcial; por el contrario, su cancelación sólo podrá llevarse a cabo si el pago se hace "por entero".

Es fundamental tener en cuenta que la indivisibilidad es una *excepción* al principio de fraccionamiento resultante de la naturaleza del objeto debido. De allí que si por cualquier causa el objeto inicialmente indivisible es sustituido por otro divisible, el principio de fraccionamiento recupera toda su fuerza; tal lo que sucede, por ejemplo, con la obligación de dar un cuerpo cierto (indivisible) que se pierde por culpa de los deudores, quienes quedan obligados a pagar su equivalente en dinero, obligación cuyo objeto es, ahora, divisible.

⁵² Cfr. Borda, *Obligaciones*, t. I n° 561, p. 447.

⁵³ Cfr. Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. JJJL comentario al art 679, n° 1, p. 270.

⁵⁴ Con toda claridad lo expresa Llambías: "para calificar una obligación como indivisible hay que atender a los caracteres *objetivos* u *ontológicos* de la prestación debida* cuando no sea susceptible de un cumplimiento fraccionado, la obligación será indivisible" (*Obligaciones*, t. II-A, n° 1132, p. 413).

§ 536. CLASES DE INDIVISIBILIDAD

En teoría, es posible distinguir la indivisibilidad según *d)* el criterio para establecerla; y *b)* la actuación conjunta o disyunta de los deudores en el cumplimiento.

a) Según el criterio para establecerla

Según el criterio empleado para establecerla, la indivisibilidad puede ser natural o convencional. Ya se dijo⁵⁵ que en nuestro derecho impera el criterio de la divisibilidad natural, objetiva u ontológica; en consecuencia, una obligación será divisible o indivisible según la naturaleza de su objeto. Pero ello no nos impide aceptar que, por imperio de la autonomía de la voluntad, las partes también pueden establecer una indivisibilidad convencional, de suerte tal que no es posible negar la existencia de tal indivisibilidad. Pero por las razones que ya fueron expuestas, considero que esta especie de indivisibilidad no queda sometida al régimen jurídico de las obligaciones indivisibles, sino al régimen de la solidaridad.

b) Según la actuación de los deudores en el cumplimiento

Según que los deudores, para cumplir la obligación, deban actuar en forma conjunta o disyunta, es posible distinguir una indivisibilidad, *regular* y otra *irregular*. Así: 1°) la regular, que es la común o normal, tiene lugar cuando el cumplimiento de la obligación, que debe ser hecho "por entero" en razón de la indivisibilidad, puede ser realizado por cualquiera de los deudores o aceptado por cualquiera de los acreedores, *actuando individualmente*; 2°) la irregular, que es excepcional, se presenta cuando el cumplimiento de la obligación no puede ser llevado a cabo sino con la *actuación conjunta* de todos los deudores o, en su caso, de todos los acreedores. En la indivisibilidad irregular, como se verá en su momento, los efectos entre partes difieren de los efectos que tienen lugar cuando la indivisibilidad es regular. De allí la importancia de su mención.

§ 537. CASOS DE INDIVISIBILIDAD

Nuestro Código trae varios artículos en los que se mencionan casos de obligaciones indivisibles. De esa enumeración, que es innecesaria, superpuesta respecto de los casos de obligaciones divisibles⁵⁶ y que deberá ser suprimida en una futura reforma, mencionamos los siguientes casos:

Supra, aquí, § 525, a) y c).

Ver *supra*, aquí, § 529.

^Jáj9& obligación de dar un cuerpo cierto es indivisible (art 679). La, úir. divisibilidad encuentra en estas obligaciones su mayor campo de aplicación.

b) Las obligaciones de hacer son, por regla, indivisibles, salvo algunas excepciones (art. 680).

c) Las obligaciones de no hacer son, también, por regla, indivisibles. Cuando varias personas están obligadas a una abstención, por ejemplo, no asistir a un determinado acontecimiento que se extenderá por varias horas⁵⁷ y una de ellas asiste, habrá incumplimiento absoluto; que los demás obligados no concurran es irrelevante para el acreedor, pues que uno solo haya ido fue suficiente para frustrar su interés. Ante una hipótesis como la descripta, cobra sentido la disposición del art. 685: "Sólo el autor de la violación del derecho debe soportar la indemnización que pueda exigir el acreedor, quedando libres de satisfacerla los otros codeudores".

§ 538. EFECTOS ENTRE PARTES. EL CRITERIO DE PROPAGACIÓN. SU INFLUENCIA

Así como el régimen de las obligaciones divisibles está gobernado por el principio de fraccionamiento, el régimen particular de las indivisibles está dominado por el *principio de propagación*, o, si se prefiere, este principio es el que da, a la indivisibilidad, fisonomía jurídica propia. En virtud de este principio, los efectos de la obligación sucedidos respecto de uno de los deudores o de uno de los acreedores se propagan o trasladan hacia los demás. La propagación de los efectos está directamente relacionada con la naturaleza *compacta y unitaria del objeto* de la obligación indivisible, porque, precisamente, los efectos que se propagan de uno a otro deudor o de uno a otro acreedor son los que tienen *directa relación* con el objeto: siendo el objeto indivisible, lo que uno de los deudores o acreedores haga con ese objeto afecta necesariamente a los demás. Otros efectos no relacionados directamente con el objetó, sino con la situación personal de las partes, como la mora o la culpa, en cambio no se propagan.

Así, dejando a salvo las situaciones polémicas de las que me ocuparé en cada caso, se puede efectuar esta distinción:

1 °) Los efectos que según nuestro sistema están relacionados con el objeto y, por ende, se propagan son: a) la exigibilidad del objeto debido; b) el pago; c) la insolvencia de uno de los deudores; d) la prescripción, aunque en este caso la propagación de sus efectos no está relacionada con el objeto, sino por una imposición de ley.

2*0 Los efectos no relacionados con el objeto sino con la situación personal de las partes y que, por ende, no se propagan, son: a) la cosa juzgada; b) la mora; c) la culpa; d) la transacción.

⁵⁷ El ejemplo corresponde a Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, 1.1, p. 37.

3°) Una especial situación se presenta: e «B4»⁵⁸ K > vae⁵⁹ o quita de la deuda; ya que en ambos casos: a) si ha sido hecha por el único acreedor con uno de los codeudores, propaga sus efectos respecto de los otros deudores; b) si ha sido hecha por el único deudor con uno de los coacreedores, no perjudica a los demás acreedores.

El análisis de las distintas situaciones se hará en el orden en que fueron enunciadas.

§ 539. EXIGIBILIDAD DEL OBJETO DEBIDO. PROPAGACIÓN DE LOS EFECTOS

Para analizar lo concerniente a la exigibilidad del objeto debido, con arreglo a un método correcto, corresponde distinguir según que la indivisibilidad sea regular o irregular.

a) *Indivisibilidad común o regular*

Siendo la indivisibilidad común o regular *se*, lo que supone que el cumplimiento puede ser *individual*, cualquiera de los acreedores "pueden exigir de cada uno de los codeudores, o de sus herederos, el cumplimiento íntegro de la obligación indivisible" (art. 686). Es una consecuencia necesaria del carácter compacto y unitario del objeto indivisible de la obligación. En otras palabras, la exigibilidad se extiende a todo el objeto debido, por la elemental razón de que no puede ser dividido. La exigibilidad del todo, a su turno, asemeja la obligación indivisible a la solidaria, en la que también se debe el todo de la deuda, pero se diferencian sustancialmente porque el origen de esa consecuencia es radicalmente distinto: en la indivisibilidad deriva de la naturaleza del objeto; en la solidaridad, de la voluntad de las partes.

En suma, en razón de la indivisibilidad del objeto: 1°) cualquier acreedor puede demandar a cualquiera de los deudores, exigiéndole el cumplimiento íntegro; 2°) si varios coacreedores demandan conjuntamente a uno de los deudores, éste debe considerarse *prevenido* por todos los demandantes y, en consecuencia, no podrá pagar a uno solo de ellos, sino que el pago también debe ser hecho al conjunto de acreedores. Si el deudor tuviese dudas respecto del derecho de que alguno de los acreedores, podrá recurrir al pago por consignación; 3°) si uno solo de los deudores fuese demandado, podrá citar a juicio a sus codeudores para que contribuyan en el pago, o, en su caso, en las defensas a oponer en la contestación de demanda⁵⁹; 4°) el derecho de exigir el cumplimiento

⁵⁸ *Supra*, aquí, § 536, b).

⁵⁹ Dice Llambías (*Obligaciones*, t. II-A, n° 1145, p. 421) que el deudor demandado no está autorizado para citar al pleito a los demás deudores. La afirmación no es admisible, ya que no existe ninguna razón que justifique esa negativa; lo que el deudor demandado no puede hacer es

íntegro no se altera por el hecho de alguno de los deudores no pueda ser demandado, por alguna causal justificada, por ejemplo, si fuese incapaz.

b) Indivisibilidad irregular o impropia

Ya fue anticipado que en doctrina se acepta la existencia de la indivisibilidad irregular » que es aquella que, además de tener un objeto insusceptible de fraccionamiento, únicamente puede ejecutarse mediante la *actuación conjunta* de todos los deudores o, en su caso, de todos los acreedores. Se las llama irregulares, porque a diferencia de lo que ocurre en la indivisibilidad ordinaria, en la que a cualquier deudor, independientemente de los otros, se le puede exigir el cumplimiento íntegro, en la irregular el pago sólo podrá tener lugar cuando todos los deudores concurren a otorgarlo. En general, se puede decir que se dará esta clase de indivisibilidad siempre que un hecho o una obra no pueda ejecutarse sino con el concurso de todos los obligados. A partir de esa idea, suelen mencionarse distintos casos de indivisibilidad irregular <».

En este caso, la exigibilidad se manifiesta en dos sentidos: 1°) el acreedor tiene derecho al cumplimiento íntegro, como en la regular; 2°) pero deberá dirigirse, necesariamente, contra todos los deudores, a diferencia de lo que ocurre en la regular⁶².

Ejemplo típico de esta clase: una obligación de escriturar asumida por varios deudores o que es debida a varios acreedores -º: Juan, Pedro y Diego están obligados a escriturar a favor de Pablo; no es aplicable el art. 686 (que permite al acreedor elegir el deudor a quien reclamar el cumplimiento), pues en este

poner en duda el deber de obligación que pesa sobre él, alegando la existencia de otros codeudores, pero sí puede citarlos ajuicio para que intervengan en su condición de coobligados: Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, p. 542.

⁶⁰ Llambías, *Obligaciones*, t. H-a, n° 1147, p. 422. Busso la llama indivisibilidad *impropia* (*Código Civil*, t IV, comentario al art. 686, n° 58, p. 537).

⁶¹ L. Barassi brinda un claro ejemplo de indivisibilidad irregular: dos personas se obligan a componer una ópera, una de ellas debe escribir el libreto y la otra la partitura; si el acreedor pretende el cumplimiento íntegro, deberá demandar a ambos deudores en forma conjunta: Barassi, *Teoría generale delle obbligazioni*, 1.1, n° 53, p. 197.

⁶² Por aplicación de la doctrina de la indivisibilidad irregular, la jurisprudencia ha resuelto: a) para que el requerimiento constituya en mora a los deudores, debe ser dirigido contra todos sin excepción: C.N.Civ., Sala C, "L.L.", 134;818; b) la inejecución de una obligación indivisible irregular no perjudica a los otros, porque ellos no son garantes del incumpliente: CN.Civ., Sala E, "L.L.", 97-179; C.N.Com., Sala B, "J. A.", 1965-1-559; c) la demanda entablada contra todos los deudores da lugar aun litisconsorcio necesario: C.N.Civ., SalaD, "J.A.", 1958-11-571; d) consecuentemente, el allanamiento de alguno de los herederos del vendedor no obliga a los otros ni es útil para la admisión de la demanda contra los primeros: C.N.Civ., Sala E, "E.D.", 38-528.

⁶³ Nuestra jurisprudencia, reiteradamente, ha declarado que la obligación plural de escriturar es indivisible irregular C.N.Civ., SalaF, "E.D.", 52-258; *idem*, SalaB, "E.D.", 54-411; *idem*, SalaC, "E.D.", 36-452.

caso el acreedor deberá necesariamente demandar a todos los obligados; si no lo hace, se expone a que su demanda sea rechazada. En efecto, si sólo Juan fuera demandado, le bastará demostrar que sin el concurso de los otros codeudores no puede otorgarse la escritura para pedir el rechazo de la demanda, invocando *falta de acción* (defensa *sine actione agit*)⁶⁴. Si la pluralidad de sujetos se da en el polo activo, todos los acreedores deben asumirel rol de demandantes, sin perjuicio de la unificación de la representación en uno solo de ellos.

§ 540. PAGO. PROPAGACIÓN DE LOS EFECTOS

Como consecuencia lógica de que cualquier acreedor puede exigir de cualquier deudor el cumplimiento íntegro, el pago realizado por *cualquiera* de los deudores tiene efecto cancelatorio y extintivo de la obligación respecto de los otros codeudores y es oponible a todos los coacreedores. El pago hecho por uno, en suma, propaga sus efectos extintivos respecto de todos, dejando a salvo las relaciones posteriores de los deudores o acreedores entre sí.

a) Elección del acreedor a quien pagar

Puesto que el pago puede ser hecho a *cualquiera de los acreedores*, corresponde al deudor elegir a cuál de ellos hará el pago. Si lo que se debe a varios acreedores es un cuerpo cierto (un caballo), el deudor podrá dárselo a cualquiera de ellos, ante la imposibilidad de dividirlo; el deudor no está obligado a *reunir* a todos los acreedores para hacer el pago; es suficiente que le pague a uno de ellos, a su elección, y habrá extinguido la obligación respecto de todos.

b) Principio de prevención

El derecho que tiene el deudor de elegir a cuál de los acreedores hacer el pago *cesa* cuando ha sido demandado *judicialmente* por uno de los acreedores. El que ha lo demandado lo ha prevenido, es decir, le ha hecho saber que quiere ser pagado y, en consecuencia, ya no podrá elegir a otro acreedor, o puede dar intervención a los otros acreedores, pero nunca podrá prescindir del que lo ha prevenido. El principio de prevención se deduce, mediante una interpretación *a contrario*, del art. 731, inc. 2, *in fine*⁶⁵. Cuando la obligación indivisible tiene establecido plazo expreso de vencimiento, no hay posibilidad de suplir la exigencia legal según la cual la prevención se materializa únicamente mediante la notificación de la demanda; el requerimiento extrajudicial es ineficaz a este respecto⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. C. 1* Tucumán, "J.A.", 1962-IV-19 (S-258).

⁶⁵ *Supra*, % 118,6).

⁶⁶ Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 855-d, p. 39.

SUS EFECTOS SE PROPAGAN

La insolvencia de uno de los deudores, ¿perjudica a los otros codeudores? Es necesario considerar dos situaciones posibles:

a) Cuando, pese a la insolvencia de un deudor, el cumplimiento "in natura" es todavía posible

Mientras el cumplimiento *in natura* es todavía posible y útil, la insolvencia de uno de los deudores no perjudica a los acreedores; deberá ser soportada, después del cumplimiento —llegada la hora de los reembolsos— por los otros codeudores. Así, si Juan, Pedro y Diego le deben a Pablo el caballo "Bucéfalo" y Juan cae en completa insolvencia, esta situación no perjudica el derecho del acreedor, Pablo, que podrá, de todas maneras, exigir la entrega del caballo. Después del pago, considerando ahora las relaciones de los codeudores entre sí, seguramente Juan, por su insolvencia, no podrá contribuir con su parte en dinero que le correspondía en la deuda, y esta pérdida será soportada por los otros deudores. En definitiva, como lo admite una importante doctrina⁶¹, la insolvencia de un deudor no impide al acreedor exigir el cumplimiento *in natura* de la obligación y deberá ser soportada por los otros codeudores «. Se nota aquí una clara diferencia con el régimen de la divisibilidad, en el que la insolvencia de uno de los deudores perjudica a los acreedores.

b) Cuando el cumplimiento específico se ha vuelto imposible por una causa imputable a los deudores

Distinta es la situación que se presenta cuando el cumplimiento *in natura* es imposible por una causa imputable a los deudores; en este caso, el derecho del acreedor ya no puede dirigirse al objeto específico y su interés debe ser sa-

⁶¹ Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, t B', n° 1108, p. 206; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, t. 1, p. 615; Borda, *Obligaciones*, t. 1, n° 565, p. 450.

⁶² Para Llambías, la insolvencia de uno de los deudores indivisibles no perjudica a los otros deudores sino al acreedor común. Funda su animación en que la insolvencia sólo cobra relevancia cuando la obligación se ha vuelto de imposible cumplimiento y sólo cabe la indemnización en dinero de los daños y perjuicios, porque siendo divisible el dinero, la obligación se ha vuelto divisible con la consecuencia conocida de que la insolvencia de un deudor deben soportarla los acreedores (*Obligaciones*, t II-A, n° 1152, p. 426). La tesis de Llambías no es correcta, porque conduce a negar toda trascendencia a la insolvencia de un deudor acaecida cuando todavía es posible el cumplimiento en especie; pero esa insolvencia es trascendente, porque: 1°) podría ser usada por los otros codeudores para negarse a cumplir, alegando que no podrán obtener el reembolso del insolvente; 2°) podrían, al amparo de la tesis de Llambías, pretender liberarse de la obligación originaria pagando la indemnización, pero descontando la parte del insolvente que, según esa tesis, debe ser soportada por el acreedor.

lislechaJ»ediaat**lpago de una suma de dinero (equivalente peetórarie de la cosa perdida, más daños y perjuicios). Pero ahora la obligación se ha vuelto divisible, porque el dinero es divisible, lo que a su vez determina que la insolvencia de uno de los deudores deba ser soportada por el acreedor, por imposición del principio de fraccionamiento⁶⁹.

§ 542. PRESCRIPCIÓN. LOS EFECTOS SE PROPAGAN

a) *Propagación de efectos. Crítica*

En nuestro sistema, la prescripción actúa masivamente respecto de todos los deudores o de todos los acreedores; bien se ha dicho, en síntesis, que la regla general en nuestro derecho indica que el curso de la prescripción arranca, se suspende o se interrumpe para *todos* los sujetos de ambos polos, acreedores y deudores⁷⁰.

¿Cuál es el fundamento de esta masiva propagación de los efectos? Por mucho que se busque no se encontrará otro fundamento que el de la voluntad de la ley (art. 688); es decir, es así porque la ley ha dispuesto que sea así. Por cierto, la mayoría de la doctrina, al no encontrar razones que lo justifiquen, critica el sistema de nuestro derecho⁷¹. La más certera crítica que se le ha dirigido es que en la obligación indivisible no hay *interés asociativo* entre los sujetos, sino que, por el contrario, los distintos vínculos son independientes, y aunque están enlazados por la naturaleza indivisible del objeto, deben correr por cuerda separada⁷². A lo sumo, la propagación de efectos puede ser admitida respecto de los acreedores, porque perteneciendo el derecho de exigir el pago íntegro a todos ellos, se comprende que si uno interrumpe la prescripción, esa interrupción beneficie a todos; pero en lo que respecta a los deudores, no se entiende por qué la demanda dirigida contra un deudor interrumpa la prescripción que estuviera corriendo a favor de los otros, debido a que el demandado no los representa ni tiene con ellos un interés asociativo⁷³.

⁶⁹ Cfr. Busso, *Código Civil*, t IV, comentario al art. 686, n° 85, p. 599; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 483, p. 348.

⁷⁰ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1153, p. 428.

⁷¹ Por todos: Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario a los arts. 688, n° 1, p. 286.

⁷² Se ha llegado a sostener, incluso, que el sistema de nuestro Código hace que la propagación de los efectos de la prescripción sea tal que produce una concentración de la obligación indivisible más intensa aun que la que se da en la obligación solidaria: De Gásperi y Morello, *Derecho civil. Obligaciones*, t. II, n° 953, p. 423.

⁷³ Cfr. Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 688, n° 7 a 18, ps. 609 y ss.

No obstante, *de lege lata*, está vigente la propagación masiva de los efectos de la prescripción en las obligaciones indivisibles.

b) *El artículo 688*

La regla de la propagación está contenida en el art. 688: "Prescripta una deuda indivisible por uno de los deudores contra uno de los acreedores, aprovecha a todos los primeros, y perjudica a los segundos; e interrumpida la prescripción por uno de los acreedores contra uno de los deudores, aprovecha a todos aquéllos, y perjudica a todos éstos".

Se ha dicho que la primera parte de este artículo entra en contradicción con la segunda⁷⁴, "porque mientras el primero parece dar prevalencia a la prescripción cumplida en favor de uno de los codeudores, el segundo la da a la interrupción hecha por uno de los coacreedores"⁷⁵. Considero, sin embargo, que es posible, lógico y prudente proponer otra interpretación que supere la aparente contradicción que se quiere ver en el artículo. Así: a) la primera parte se refiere a una prescripción *ya operada* en favor de un deudor contra uno de los acreedores, disponiendo que en tal caso la prescripción beneficie a todos los deudores y perjudique a todos los acreedores; i?) si la prescripción y a se ha cumplido, aunque sea respecto de un solo acreedor, *ya no podrá* ser interrumpida por otro; nada podrá devolverle el carácter *civil* que la obligación ha perdido como consecuencia de la prescripción cumplida; c) la segunda parte se refiere a la prescripción *que aún está corriendo* a favor de uno de los deudores y que aprovechará a los demás; pero si uno de los acreedores la interrumpe, la habrá interrumpido a favor de todos los acreedores y en perjuicio de todos los deudores.

c) *Límites a la propagación*

La propagación de los efectos de la prescripción, si bien es intensa, tiene algunos límites que es conveniente señalar:

La interrupción propaga sus efectos cuando proviene de uno de los acreedores. En cambio, cuando la interrupción se produce por el reconocimiento voluntario de uno de los deudores, no puede ser opuesta a los otros deudores. Lo propio ocurre con la renuncia a la prescripción ganada que haga uno de los deudores, tampoco puede ser opuesta a los otros⁷⁶. En ambos casos, se trata de actos personales de un deudor, cuyos efectos no pueden ser extendidos a los otros, que no han expresado su voluntad de reconocer o renunciar. Lo contrario im-

⁷⁴ Busso, *Código Civil*, t. IV, comentario al art. 688, n° 1, p. 608; Borda, *Obligaciones*, t. I, n° 566, p. 450; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1153, p. 430.

⁷⁵ Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 566, p. 450.

⁷⁶ Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 567, p. 451.

portaría tanto como autorizar que ciertas decisiones, originadas en la conciencia de unos, sean soportadas por otros ajenos a esa voluntad o cuya conciencia les sugiere no reconocer o no renunciar.

§ 543. EFECTOS QUE NO SE PROPAGAN. LA COSA JUZGADA

Corresponde ahora analizar aquellas hipótesis en las que, pese a la naturaleza indivisible del objeto, los efectos que se producen respecto de un deudor o de un acreedor no se propagan a los otros deudores o acreedores. Comenzaré con la cosa juzgada.

Lo que se trata de saber es si la sentencia dictada en un juicio entablado por uno de los acreedores contra el único deudor, o por el único acreedor contra alguno de los deudores, extiende sus efectos condenatorios o absolutorios, es decir, si "hace cosa juzgada" respecto de los otros acreedores o deudores.

a) Tesis mixta

Una primera opinión que llamaré mixta porque hace extensivos los efectos absolutorios pero no los condenatorios, propone efectuar una doble distinción: *a)* por un lado, la pluralidad pasiva y por otro la activa; *b)* por otro, según que la sentencia sea condenatoria o absolutoria.

a) Para la pasiva, varios deudores frente a un solo acreedor, propone que: 1º) la sentencia condenatoria dictada contra uno de los deudores no puede ser opuesta a los otros que no participaron en el juicio; 2º) pero la sentencia absolutoria dictada a favor de uno de los deudores sí puede ser opuesta al acreedor por los otros codeudores aunque no han sido "parte" en el juicio.

b) Para la activa, varios acreedores frente a un solo deudor, propone que: 1º) la sentencia condenatoria obtenida por uno de los acreedores frente al deudor puede ser opuesta por los otros coacreedores contra el deudor que fue condenado, aunque no hayan participado en el juicio; 2º) la sentencia absolutoria que pudo obtener el deudor demandado por uno de los acreedores no puede ser invocada contra los otros acreedores que no han sido parte en el juicio.

Esta tesis argumenta que sus soluciones concilian de manera satisfactoria la regla de la obligación indivisible con la inviolabilidad de la defensa en juicio: "A quien no ha sido parte en el juicio no se le puede oponer una sentencia condenatoria; pero quien no ha sido parte puede oponer a quien lo ha sido una sentencia absolutoria, porque el perjudicado con la sentencia ha tenido oportunidad de defenderse"⁷⁷.

⁷⁷ Respalda especialmente por Busso, *Código Civil*, t IV, comentario al art 688, n° 99, y Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 571, p. 452.

⁷⁸ Borda, *Obligaciones*, tI, ^ 571, p. 453.

b) Tesis de la no propagación de efectos La relatividad de la cosa juzgada

Para otra tesis⁷⁹, a la que adhiero, la cosa juzgada, sea condenatoria o absolutoria, no beneficia ni perjudica a quienes no han sido parte en el juicio, ya que únicamente vincula a los litigantes. Se funda en los siguientes argumentos:

1°) En primer lugar, respeta la naturaleza no asociativa de la obligación indivisible.

2°) La situación que se presenta es similar a la que tiene lugar cuando acreedor y deudor, sea la pluralidad activa o pasiva, llegan a una transacción; en tal caso, si los efectos de la transacción no se expanden a quienes no la han celebrado (art. 851, aplicable por analogía), ¿por qué sí ha de expandirse la cosa juzgada absolutoria?

3°) La tesis contraria, pese a lo que afirman sus sostenedores, puede en algunos casos infringir el derecho de defensa en juicio; así, supóngase que uno de los codeudores es demandado por el único acreedor y resulta absuelto por una cuestión puramente procesal (v.gr., su apoderado no pudo incorporar a tiempo los documentos probatorios del crédito). ¿Por qué razón esa sentencia absolutoria podrá ser invocada por los otros codeudores que no intervinieron en el juicio? ¿Se justifica una sanción tan grave para el acreedor? Téngase presente que si bien el acreedor podrá accionar por mala praxis contra su apoderado, ha perdido el derecho de reclamar la ejecución en especie, porque es obvio que al letrado sólo podrá exigirle una indemnización dineraria.

4°) Con la tesis contraria puede ser también el único deudor quien sufra la expansión de una sentencia condenatoria obtenida por uno de los acreedores, a favor de los otros acreedores que no lo demandaron. En efecto, si fue el deudor quien perdió el juicio a manos de uno de los acreedores por una cuestión procesal, ¿por qué debe ser considerado como derrotado por todos?

5°) En todo caso, debe dejarse al juez la posibilidad de resolver cada caso concreto sin sujeción a reglas rígidas. El magistrado sabrá resolver según las circunstancias de cada causa, con un sentido de justicia.

§ 544. MORA

Nuestro Código tampoco trae ninguna norma que resuelva si los efectos de la mora en que incurra uno de los deudores de una obligación indivisible alcanzanán, o no, a los demás.

⁷⁹ Respaldada por Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones*, t. II, nos 856-b y 856-c, p. 43; Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, t. II, n° 1110, p. 207; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1155, p. 433.

Pá»,apkcación» d&4os,pxineimos generales^ de las normas previstas para situaciones análogas, se observaran al respecto las siguientes reglas:

a) Puesto que en la obligación indivisible los deudores no están vinculados entre sí por un interés asociativo ni persiguen una finalidad común, por regla general la situación de mora en que incurra uno de ellos debe ser apreciada como una situación personal, no transferible a los demás. Si tal es la regla, la conclusión será que los efectos de la mora de un deudor no afectan a los demás.

b) Si la obligación indivisible está sujeta a un plazo expreso de cumplimiento *común* a todos los deudores, por aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 509, su solo vencimiento determinará la mora de *todos* los deudores. Repárese en que no se trata de que la mora de un deudor se expanda hacia los otros, sino que el vencimiento del plazo pone a todos los deudores en mora, porque el plazo se vence para todos por igual. Pero la mora sigue siendo una situación personal de cada uno. Por ello, si el plazo no es común, por ejemplo, para uno se vence el 1° de agosto y para otro el 1° de septiembre, cada uno quedará en mora al vencimiento de su respectivo plazo. Por idéntica razón, si uno puede probar que la mora no le es imputable, se liberará de responsabilidad (art. 509, cuarto párrafo), pero esa liberación no alcanzará a los demás.

c) Si la obligación indivisible es de aquellas en las que para que el deudor incurra en mora es necesaria la interpelación del acreedor, entonces sólo estará en mora aquel deudor que haya sido interpelado y no lo estarán los restantes. Se nota aquí con claridad el carácter personal de la situación de mora. En definitiva, aunque en razón de la indivisibilidad del objeto la obligación deba cumplirse íntegramente por cualquiera de los deudores, sólo quedará constituido en mora aquel que fuera interpelado; sus efectos no se propagan a los otros codeudores *>.

d) La soluciones deben ser las mismas en caso de mora de uno de los acreedores. Así: 1°) si un deudor formula ofrecimiento real de pago a un acreedor y éste lo rechaza sin justificativos válidos, habrá incurrido en *mora creditoris*, pero los efectos de esta mora se extenderán hacia los otros acreedores; 2°) si el ofrecimiento se dirige a todos los acreedores conjuntamente, todos quedarán en mora; pero si uno de ellos tiene motivos válidos para rechazar la oferta, justificando su negativa a recibir quedará liberado de los efectos de la mora, aunque ese beneficio no podrá ser aprovechado por los otros coacreedores.

§545. CULPA o DOLO

El comportamiento culpable (*lato sensu*) de uno de los deudores o de uno de los acreedores de una obligación indivisible es personal e intransferible a los otros sujetos. La culpa o el dolo de uno no extiende sus efectos a los demás. Si bien

⁸⁰ Así lo propusieron expresamente el Anteproyecto Bibiloni (art. 1129), el Proyecto de 1936 (art. 651) y el Anteproyecto de 1954 (art. 918, inc. 1).

nuestro Código no trae una disposición que expresamente así lo disponga, esa solución se extrae del art 685: "Toda abstención indivisible hace indivisible la obligación. Sólo el autor de la violación del derecho debe soportar la indemnización que pueda exigir el acreedor, quedando libres de satisfacerla los otros codeudores". Si bien el legislador se refiere aquí a las obligaciones indivisibles de no hacer, la regla que sienta en la segunda parte del artículo puede ser generalizada para permitir su aplicación a todas las hipótesis⁸¹ en las que se configure una violación del derecho del acreedor. Según lo expresa el art 685, sólo el autor de la violación (dolo o culpa) debe soportar la indemnización. Esta interpretación, por otra parte, se ajusta a la naturaleza de la obligación indivisible.

Por cierto, corresponde al deudor que pretende liberarse de responsabilidad probar que obró sin culpa.

§ 546. TRANSACCIÓN

La última situación en la que se comprueba una no propagación de los efectos es en la transacción. Según el art. 851: "La transacción hecha por uno de los interesados, *ni perjudica ni aprovecha a tercero ni a los demás interesados, aun cuando las obligaciones sean indivisibles*". En definitiva, tampoco la transacción tiene efectos expansivos, sólo alcanza a quienes fueron "parte" en ella, no perjudica ni beneficia a los otros codeudores o, en su caso, a los otros coacreedores.

§ 547. REMISIÓN O QUITA DE LA DEUDA. NO PROPAGACIÓN ACTIVA Y PROPAGACIÓN PASIVA

Una situación especial se presenta con la remisión o quita de la deuda y con la novación, porque, en ambos casos, los efectos del lado pasivo se propagan, no así los del lado activo.

Para comprobar —lo mismo sucede con la novación— si la remisión o quita de la deuda en una obligación indivisible tiene, o no, efectos expansivos, es necesario analizar dos situaciones:

a) Varios acreedores y un único deudor

Si la obligación está establecida entre varios acreedores y un solo deudor, se aplica el art. 687, a cuyo tenor: "Sólo por el consentimiento de todos los acreedores, puede remitirse la obligación indivisible, o hacerse una quita de

⁸¹ Cfr. Windscheid, *Diritto delle pandette*, t. II, § 299, n° 8; Demolombe, *Cours de Code*, t. 26, n° 597; Baudry-Lacantinerie, *Traite théorique*, t. II, n° 1341; entre nosotros: Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 857, p. 43; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 614.

ella". Queda claro que debiendo intervenir todos los acreedores para que la remisión o la quita liberen al deudor, cuando la hiciera sólo uno de los acreedores, no extiende sus efectos a los demás. La razón es la siguiente: ninguno de los acreedores es "dueño" de la totalidad del crédito⁸², en consecuencia, no podría disponer de él sin el consentimiento de los demás.

Caben además otras consideraciones:

I) Si bien la remisión o quita hecha por uno de los acreedores no perjudica a los demás, tiene plenos efectos entre partes (el acreedor que la realizó y el deudor).

2) Cuando, pese a la remisión que hizo uno de ellos, otro acreedor exige el pago al deudor, éste está obligado al cumplimiento íntegro, pero tiene derecho a exigir de aquel que hizo la remisión el reembolso de la parte que le hubiese correspondido en el crédito si no la hubiese hecho. Por ejemplo, un deudor debe a Juan, Pedro y Diego un caballo; Pedro remite la deuda, pero Diego exige el pago. El deudor debe entregar el caballo, pero podrá exigir que Juan le reembolse el valor que a él le correspondía por su porción en el crédito, pues de lo contrario es como si la remisión no se hubiese hecho. Repárese en que tampoco los otros acreedores podrán quedarse con la parte de Juan, pues no tendrían título para ello «3.

3) Por último, se habla también de *quita*; pero como se trata de obligaciones de objeto indivisible, la quita sólo se entenderá aplicable al equivalente pecuniario del objeto debido, valor que será necesario cotizar a la hora de efectuar la distribución entre los distintos acreedores.

b) Varios deudores y un único acreedor

Si la obligación está establecida entre varios deudores con un solo acreedor, la remisión que éste haga a favor de uno de los deudores, ¿beneficiará a los demás? Considero que debe admitirse la respuesta afirmativa: la remisión hecha a favor de uno beneficia a los demás deudores. ¿Por qué suponer que si el acreedor no quiere que uno le pague, sí quiere que le paguen los otros, si el objeto de su crédito es indivisible? Si él sabe que el objeto no puede fraccionarse, bien se puede suponer lo contrario, es decir, que si ha perdonado la deuda a uno, ese perdón puede extenderse a los demás⁸³. Por otra parte, esta solución encuentra sustento en el art. 881, que si bien se refiere a las obligaciones solidarias, es aplicable por analogía.

⁸² Porque si bien tiene derecho a exigir el cumplimiento íntegro, ello se debe únicamente a la naturaleza del objeto que no admite fraccionamiento.

⁸³ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1167, p. 441.

⁸⁴ En contra, Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1168, p. 443.

§ 548. NOVACIÓN

La misma distinción hecha para la remisión de deuda —y por idénticas razones— debe hacerse para la novación.

a) *Varios acreedores y un único deudor*

Siendo varios los acreedores y uno solo el deudor, la novación celebrada entre éste y uno de los acreedores no afecta ni perjudica a los otros coacreedores. A esta solución se llega por aplicación analógica del art. 687, porque aquí, como en la remisión de deuda, se da el mismo fundamento: ninguno de los acreedores es el "dueño" de todo el crédito y, por ende, ninguno está autorizado a disponer de él, novándolo sin el consentimiento de los otros⁸⁵.

Pero como esa novación tendrá, necesariamente, efectos entre las partes, se tendrá presente que: 1°) el crédito originario se habrá extinguido para el acreedor que hizo la novación, pero subsistirá respecto de los otros; 2°) el deudor quedará doblemente obligado, ya que estará obligado a pagar el nuevo crédito al acreedor con quien convino la novación y el crédito originario a los otros acreedores; 3°) ante la eventualidad de tener que pagar dos veces, al deudor le convendrá pagar el crédito originario, porque de esta manera dejará a la novación sin causa, al desaparecer la primitiva obligación y ya no tendrá que pagar el nuevo crédito, y si ya lo hubiese pagado, podrá repetir ese pago por "falta de causa" ««.

b) *Varios deudores y un único acreedor*

Si la obligación se ha establecido entre varios deudores y un solo acreedor, la novación convenida entre éste y uno de los deudores extenderá sus efectos a los otros deudores, liberándolos de la obligación. Esta solución está consagrada en el art. 810: "la novación entre el acreedor y uno de los deudores por obligaciones solidarias o indivisibles, *extingue la obligación de los otros codeudores*". Es más, mientras el deudor que convino la obligación sólo se libera de la primitiva obligación pero queda obligado respecto de la nueva frente al acreedor con quien novó, los otros deudores se liberan de toda obligación: de la primitiva, como consecuencia de la novación; de la nueva, porque ellos —por hipótesis— no celebraron la novación y, por ende, no están comprendidos en ella.

⁸⁵ Cfr., por todos, Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, t. II, n° 860-a, p. 47.

⁸⁶ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, tU-A, n° 1165, p. 441.

E) RELACIONES DE LOS CODEUDORES O DE LOS COACREEDORES ENTRE SÍ

§ 549. MÉTODO

Hasta aquí se han analizado las relaciones entre "partes", es decir, las que se establecen entre el frente deudor y el frente acreedor. Corresponde ahora examinar las relaciones de los codeudores *entre sí* o de los coacreedores entre sí, *después* de realizado el pago.

El régimen previsto para regular estas relaciones, en ambos frentes, es común para las obligaciones divisibles y para las indivisibles. Es lógico que así sea, pues unas y otras, en este punto, se confunden. En efecto, la hipótesis que se quiere resolver es la siguiente: uno de los deudores ha pagado la totalidad de la deuda a uno de los acreedores; esto debe pasar *siempre* en la obligación indivisible, en tanto que en la divisible *puede* ocurrir cuando uno de los deudores paga, por cualquier causa⁸⁷, toda la deuda o paga más de lo que le correspondía. Ahora bien, una vez producido el pago total, sea la obligación divisible o indivisible, se tiene que resolver un problema que se presenta con dos caras: 1º) cómo se *distribuirá*, entre todos los acreedores, el crédito que ha sido cobrado por uno de ellos; 2º) cómo deberán los codeudores *contribuir con* el que ha pagado para que no termine éste soportando todo el peso de la deuda.

§ 550. "DISTRIBUCIÓN" Y "CONTRIBUCIÓN". CONCEPTOS

a) Distribución

Cuando la pluralidad es activa, cada uno de los acreedores tiene derecho a su parte en el crédito; pues bien, la operación de *reparto* del crédito entre sus titulares, respetando la cuota que a cada uno corresponde, se denomina "distribución". En la obligación divisible la distribución será *en especie*, pues pudiendo dividirse el objeto específico, a cada acreedor le corresponde una cuota o parte de "ese" objeto. En la indivisible, en cambio, no siendo posible el fraccionamiento del objeto, tampoco es posible la distribución en especie; en consecuencia, sólo queda establecer el valor que ese objeto tiene "en dinero" para proceder, luego, a la distribución.

b) Contribución

Cuando la pluralidad es pasiva, cada uno de los deudores tiene el deber de pagar su parte en la deuda; en este caso, la operación de reintegro al deudor que

Ya se vio que el deudor de una deuda divisible puede pagar todo, porque así fue convenido con los otros deudores, porque quiso o simplemente por error.

pagó, de la parte que a cada uno de los otros codeudores le correspondía pagar, se llama "contribución". También en este caso, si la obligación es divisible, el reintegro deberá hacerse en especie; si es indivisible, deberá hacerse en dinero.

§ 551. CRITERIO LEGAL PARA DISTRIBUIR O PARA CONTRIBUIR

¿Cómo debe hacerse la distribución o, en su caso, la contribución? Es decir, ¿cuánto "recibe" cada acreedor en la distribución y cuándo debe "poner" cada deudor en la contribución?

La cuestión ha sido expresamente prevista en el art 689, según el cual, las operaciones de distribución y de contribución se reglarán de la siguiente manera:

a) Según la voluntad expresa de las partes

En primer lugar, la distribución o la contribución se hará de acuerdo con lo que las partes hubiesen acordado (art. 1197). En efecto, cada uno de los acreedores tiene derecho a una cuota igual o desigual, "designada en los títulos de la obligación, o en los contratos que entre sí hubiesen celebrado" (art. 689, inc. 1). La misma regla se aplica a los deudores respecto de la contribución. El acuerdo puede constar en el mismo título de la obligación, en cuyo caso puede llegar a ser conocido por la otra parte; por ejemplo, si "el título" es una compraventa y allí los vendedores han establecido la forma de distribuir el precio, eso será conocido por la parte vendedora porque, por hipótesis, conoce las cláusulas del contrato. Pero también ese acuerdo puede constituir, en sí mismo, un contrato distinto del título de la obligación, concluido en instrumento separado sólo entre los deudores (contribución) o sólo entre los acreedores (distribución), porque, en definitiva, lo que los deudores arreglen entre sí no atañe a los acreedores y viceversa».

b) Según las circunstancias de la obligación

Si las partes no han dispuesto, en el título de la obligación, la forma de distribuir o de contribuir, ni han celebrado un acuerdo especial al respecto, "se atenderá a la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente, a las relaciones de los interesados entre sí, y a las circunstancias de cada uno de los casos" (art. 689, inc. 2). En definitiva, si la proporción en que corresponde hacer el reparto resulta *tácitamente* determinado de las relaciones contractuales⁸⁹, deberá aceptarse esa proporción; por ejemplo, si para comprar un bien cuyo precio es

⁸⁸ Cfr. Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t IH, comentario al art. 689, n°4, p.289.

⁸⁹ Borda, *Obligaciones*, t1, ^577, ^457.

de \$ 10.000, uno aporta \$ 5.000, otro \$3.000 y un tercero \$ 2.000 y luego el bien se vende a \$ 15.000, aunque las partes no hubiesen acordado las proporciones a distribuir, al primero le corresponderá \$ 7.500, al segundo \$ 4.500 y al \$3.000.

c) Regla residual

Por último, si tampoco tácitamente es posible inferir las proporciones a repartir, "se entenderá que son interesados en partes iguales, y que cada persona constituye un acreedor o un deudor" (art. 689, inc. 3). Es decir, la distribución o la contribución se harán por partes iguales.

CAPfriuLoxvn

CLASES DE OBLIGACIONES CON RELACIÓN A LOS SUJETOS. OBLIGACIONES SOLIDARIAS

A) CONCEPTOS GENERALES

§ 552. LA MANCOMUNACIÓN: SUS ESPECIES. MÉTODO

Según el art 690: "La obligación que tiene más de un acreedor o más de un deudor, y cuyo objeto es una sola prestación, es obligación mancomunada¹, que puede ser o no solidaria". La mancomunación *no solidaria*, llamada *simple*, se caracteriza porque en razón de la divisibilidad de su objeto la ley dispone que sea fraccionado en tantas partes como sujetos haya. Precisamente por eso, el régimen jurídico de las obligaciones simplemente mancomunadas ha sido tratado, en el Capítulo precedente y allí cabe remitir, junto al régimen de las obligaciones divisibles, ya que ambos, pese al método del Código Civil, pertenecen a un mismo y único sistema gobernado por el principio de fraccionamiento².

En el presente Capítulo corresponde tratar la *mancomunación solidaria*

§ 553. OBLIGACIÓN SOLIDARIA. LA DEFINICIÓN LEGAL •

Según el art. 699: "La obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores".

Dos acotaciones sobre esta definición:

a) La nota típica de la obligación solidaria está dada por la decisión, impuesta en su título o fuente, de *no fraccionar* el objeto aunque se trate de una cosa esencialmente divisible (como puede ser, por ejemplo, el dinero). Como consecuencia de esa imposición del título, cualquiera de los acreedores tiene

¹ La mancomunación supone, en definitiva, una pluralidad de sujetos, sean deudores o acreedores, en una misma obligación, como está explicado *supra* § 520.

² Ver *supra*, § 523.

derecho a exigir el cumplimiento íntegro y cualquiera de los deudores está obligado al pago íntegro.

b) Así descrita, la obligación solidaria se asemeja notoriamente a la indivisible en la que también cualquier acreedor puede exigir de cualquier deudor, el cumplimiento íntegro; por ello es importante establecer la distinción entre indivisibilidad y solidaridad, cuestión que por razones de método se abordará en detalle más adelante; por ahora, baste señalar que se diferencian porque en la indivisible el no fraccionamiento viene impuesto por la naturaleza del objeto, en tanto que, en la solidaria, es una imposición contenida en la fuente de la obligación, con prescindencia de la naturaleza del objeto.

§ 554. FUNDAMENTOS DÉLA SOLIDARIDAD

Se han ensayado diversas explicaciones.

a) *Teoría del mandato tácito*

Según esta teoría la solidaridad se asocia a la idea de *representación recíproca*, puesto que siempre la actuación de uno de los acreedores o de uno de los deudores, beneficia o perjudica a los restantes³. Esta teoría considera que los codeudores se han dado un *poder* recíproco en interés del acreedor, de suerte que constituyen una especie de sociedad, de asociación de crédito mutuo⁴. Bajo la influencia de esta idea se formula la siguiente regla general: todo acto cumplido contra cualquier deudor solidario se considera realizado contra todos los demás, debiendo éstos soportar sus consecuencias. Tal ha sido el éxito de la teoría —dicen los autores franceses— que actualmente todos los fallos se basan en ella⁵.

³ Cfr. Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código Civil*, I III, comentario al art. 699, n°6, p.302.

⁴ Josserand, L., *Derecho civil*, t II, vol. I, "Obligaciones", n° 766, p. 611; Borda, *Obligaciones*, t. i, n° 585, p. 461. La jurisprudencia francesa —agrega Josserand— se refiere a ella constantemente: "cada codeudor es el contradictor legítimo del acreedor y el representante necesario de sus companeros".

⁵ La teoría de la representación recíproca—dicen Riperty Boulanger—hapienetrado poco a poco en la jurisprudencia y actualmente todos los fallos se inspiran en ella, a tal punto, que la propia Corte de Casación ha revocado un falló de la Corte de París porque le pareció contrario a este principio: en *Tratado de derecho civil*, t V, n° 1228, p. 334, F. Geny critica reciamente la teoría del mandato: "...lejos de constituer un progreso de la teoría de la solidaridad, ha introducido soluciones perniciosas y contrarias a las exigencias de la práctica. La prueba de ello, continúa el autorcitado, es la sentencia del 16 de diciembre de 1891 (citada por Ripert y Boulanger) [la idea del mandato tácito permite casar por violación de la ley una sentencia del Tribunal de Apelación! No es que yo pretenda —concluye— que la aplicación de ese precepto aun caso particular haya producido un resultado deplorable, pero la solución podía haberse fundado en otra cosa". F. Geny, *Método de interpretación*, p. 166, cita n° 2.

b) Teoría del interés común

La teoría del mandato tácito ha sido duramente criticada, a tal punto que se ha llegado a sostener que es una pura explicación doctrinal de la ley, concepto falso en sí mismo y manifiestamente contrario a la realidad de las cosas». En rigor, no se justifica recurrir a esta endeble construcción jurídica para explicar por qué en las obligaciones solidarias todos los deudores son responsables frente al acreedor en caso de inejecución.

Son varias las razones que le dan fundamento jurídico suficiente a esa consecuencia. Así: 1) en todas aquellas situaciones en las que varias personas se constituyen en "parte" acreedora o deudora, inspiradas en un *interés común*, la solidaridad es el instrumento jurídico útil y necesario para tutelar esa comunidad de intereses⁶; 2) en efecto, con la solidaridad pasiva se tiende a *asegurara!* acreedor que cobrará su crédito, ya que la insolvencia u otra contingencia que pudiera afectar a uno de los deudores, no le impedirá dirigirse contra los otros deudores y reclamar, de cualquiera de ellos, la totalidad de la deuda; la solidaridad cumple en este caso una finalidad análoga a la de la fianza⁷; 3) la seguridad jurídica que ello representa ha favorecido notablemente el comercio jurídico, y mientras así sea la ley no puede dejar de alentarla, so pretexto de respetar principios supremos; tampoco es necesario elaborar falsas teorías, pues hay suficientes razones de *política jurídica* que la sustentan; 4) con la solidaridad activa se tiende a facilitar el pago, ya sea permitiendo que el deudor le pague a cualquiera de los acreedores, ya sea que cualquiera de éstos le cobre al deudor común

§ 555. CARACTERES

La obligación solidaria presenta, por un lado, las características de toda obligación mancomunada y, por otro, caracteres específicos. Como obligación mancomunada tiene: 1) pluralidad de sujetos; la solidaridad puede ser *activa*, *pasiva* o *mixta*; 2) unidad de objeto; 3) unidad de causa⁸.

Sus caracteres específicos son dos:

a) Pluralidad de vínculos coligados

Hoy puede considerarse definitivamente impuesta la afirmación de que la primera característica típica y propia de la obligación solidaria es la pluralidad

⁶ M. Tissier al anotar la sentencia de la Corte de Casación francesa, citada en la nota precedente, que revocó la resolución de la Corte de Apelaciones de París: citado por F. Gény, *Método de interpretación*, cit.

⁷ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. 7J-A, n° 1192, p. 467.

⁸ Cfr. Enneccerus y Lehmann, *Tratado de derecho civil, I U*, vol. I, "Obligaciones", p. 437; A. von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. II, p. 254; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 585, p. 461.

⁹ Sobre estos caracteres de toda obligación mancomunada, ver *supra*, § 520.

de vínculos *coligados* o, si se prefiere, en *relativa* independencia unos de otros. Es ésta la nota esencial a la solidaridad que la cual se explica la peculiaridad de su régimen jurídico. Por ahora, basta con su enunciación y la advertencia sobre su importancia.

b) Carácter excepcional. La solidaridad no se presume. Prueba

La segunda nota esencial de la solidaridad está establecida en el art. 701 en las siguientes palabras: "Para que la obligación sea solidaria, es necesario que en ella esté expresa la solidaridad por términos inequívocos, ya obligándose 'insolidum', o cada uno por el todo, o el uno por los otros, etcétera, o que expresamente la ley la haya declarado solidaria".

En el Capítulo anterior se explicó que toda obligación con pluralidad de sujetos, o mancomunada, está sometida al principio de fraccionamiento o división del objeto; también se dijo que la indivisibilidad y la solidaridad son excepciones a esa regla. En consecuencia, se entiende que una obligación mancomunada sólo será calificada como solidaria, cuando así haya sido dispuesto expresamente en su título o fuente, sea la voluntad de las partes o una disposición de la ley. En nuestro sistema¹⁰, no cabe la posibilidad de inferir la existencia de una solidaridad tácita o inducida por analogía¹¹. Nuestra jurisprudencia ha hecho aplicación de esta regla en numerosas ocasiones¹².

Respecto de la prueba de la solidaridad, existe acuerdo en nuestra doctrina sobre algunas cuestiones: 1) por aplicación de las reglas procesales generales, la carga de probar la existencia de la solidaridad incumbe y debe ser aportada por la parte que la invoca; 2) si bien la solidaridad debe ser expresa, ello no significa que no pueda ser probada por cualquier medio de prueba, incluidos testigos (siempre que se respeten los límites del art. 1193), indicios y presunciones, que serán admisibles siempre que sean precisos y concluyentes¹³; 3) la solidaridad legal no requiere ser probada, pues —por hipótesis— la fuente de la cual dimana (la ley) la toma de existencia indubitable.

§ 556. NATURALEZA JURÍDICA: UNIDAD O PLURALIDAD DE VÍNCULOS

Una polémica de vieja data separa a los autores cuando discuten en torno a la naturaleza de la solidaridad. La cuestión puede plantearse en estos térmi-

¹⁰ No así en el derecho italiano, ya que el art. 1294 del Cód. Civil de 1942 *presume* la solidaridad pasiva.

¹¹ Cfr. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 866, p. 398.

¹² Por ejemplo, C. Civ., en pleno, "J.A.", 17-218.

¹³ Cfr. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 867, p. 401; Llam-bías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1197, p. 472; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 589, p. 463.

ops; sUuao, Iiedray IMegoson acreedores solidarios de Pablo, César y Mió,, el vínculo jurídico que enlaza el polo activo con el polo pasivo ¿es único? o, por el contrario ¿existen tantos vínculos como sujetos activos o pasivos intervienen en la relación? La búsqueda de la respuesta adecuada ha provocado una de las más arduas polémicas entre los civilistas de todos los tiempos y dio lugar a una prolífica producción jurídico-literaria, sobre todo entre los pandectistas alemanes. La preocupación que los juristas demostraron sobre el tema fue aprovechada por Ihering para satirizar las especulaciones de los teóricos, acusándolos de perder el tiempo en cuestiones bizantinas¹⁴. No es ésta la oportunidad para pasar revista a las numerosas teorías¹⁵ que pretenden imponer una u otra de las respuestas posibles; sólo me limitaré a reiterar que presto mi adhesión —en seguimiento de la doctrina mayoritaria¹⁶— a la tesis que ve en la solidaridad una

¹⁴ Dice Ihering: "Una de las figuras jurídicas más recalcitrantes, que revela una pertinacia verdaderamente demoníaca es la obligación correal ¿deseáis conocer la literatura que existe sobre ello en derecho común? Ello ocuparía una nota interminable. Los juristas de nuestra época pueden dividirse en dos clases: los que han escrito y los que no han escrito sobre las obligaciones correales. El concepto de la trinidad no ha de haber deparado a los teólogos más quebraderos de cabeza que a nuestros juristas el concepto de esta dualidad o pluralidad civilística ¿es una sola obligación con varios sujetos o son las obligaciones tantas como los sujetos? Dad una vuelta y haced una encuesta para averiguar quién no ha lucubrado sobre este problema y cuántas noches de insomnio le ha costado a los adeptos a la ciencia Me da vértigo sumirme en esa literatura y cuanto más leo, más me confundo, a tal punto que cuando tengo que juzgar un caso práctico, sólo puedo resolverlo olvidándome por completo de todo lo que he leído y oído sobre las obligaciones correales". Ihering, *Broméis y veras en la jurisprudencia (un regalo de navidad para los lectores de obras jurídicas)*, Ejea, Buenos Aires, 1974, traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf, "Carta primera: De la construcción civilística", ps. 26 y 27.

¹⁵ Véase una exposición de las distintas teorías en, Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. IV, n° 1126 y ss., ps. 533 y ss.; también De Gásperi-Morello, *Derecho Civil*, "Obligaciones", t. II, nos 853 y ss., ps. 291 y ss.

¹⁶ G. Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, 1.1, n° 86, p. 90; Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, § 129, n° 1, p. 408; L. Barassi, *Instituciones de derecho civil*, t. II, n° 187, p. 122; Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, vol. II, n° 1117, p. 236; Colin y Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, n° 424, p. 398; Planiol-Ripert-Esmein, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VII, n° 1076, p. 391; L. Josserand, *Derecho civil*, L n, vol. I, "Obligaciones", n° 765-b, p. 610; Ripert y Boulanger, *Tratado de derecho civil*, t V, tº 1815, p. 526; Henry, Léon y Paul Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, segunda parte, vol. III, n° 1061, p. 315; De F. C. Diego, *Curso elemental de derecho civil*, t V, p. 140; Valverde y Valverde, *Tratado de derecho civil*, t III, ps. 44 y ss.; Bonet, *Notas sobre jurisprudencia hipotecaria*, "Rev. Gral. de Leg. y Juris.", mayo 1946, p. 601. En nuestra doctrina- Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 489, p. 345; J. Machado, *Exposición y comentario*, t. II, p. 459; Busso, *Código Civil*, t. V, ps. 86 y ss.; Lafaille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", LII, n° 1123, p. 217; Salvaty Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 881, p. 61; Llambías, *Obligaciones*, L II-A, n° 1184, p. 458; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, t 1 , p. 630; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 1292; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 582, p. 460. Es también el concepto predominante en el derecho alemán: Enneccerus y Lehmann, *Tratado de derecho civil*, t. II, vol. I, "Obligaciones", § 91, II, p. 440; aunque últimamente Larenz ha combatido esta postura concibiendo la obligación solidaria como una unidad: "la relación obligatoria se nos presenta como de

pluralidad de vínculos, pues considero que hoy han desaparecido las razones que abonaron la tesis de la unidad: "...el baluarte histórico positivo más firme, se ha dicho que sirvió de sustento a la teoría unitaria, especialmente vinculada a la pretendida categoría romana de la correalidad, consistente en los efectos consuntivos de la *litis contestatio*, quiebra en el régimen del Código Civil español desde el momento que el acreedor puede, sí, dirigirse indistintamente contra cualquiera de los deudores solidarios".

Tales argumentos valen para el derecho argentino, pues sólo admitiendo que la obligación solidaria se integra con una pluralidad de vínculos se comprende por qué: *a)* cada acreedor puede dirigir su acción contra cualquiera de los deudores con arreglo a lo dispuesto en el art. 705 (norma análoga a la del art. 1144 español); *b)* en una misma relación de obligación solidaria, un deudor pueda obligarse pura y simplemente y otro bajo condición o a plazo (art 702); *c)* la incapacidad de uno de los deudores no invalida la obligación respecto de los otros (art. 703); *d)* si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, la obligación continuará solidaria para los otros (art 704); *e)* sólo alguno de los deudores puede constituir fianza, prenda, etc., en garantía de su deuda cubriendo exclusivamente su responsabilidad pero no la de los demás (art. 2016); *f)* pueden pactarse intereses con relación a uno de los deudores y liberarse los otros; o convenirse tasas diferentes, etc.¹⁸.

Admitido que en la solidaridad—al igual que en la mancomunación simple— hay pluralidad de vínculos, corresponde dejar aclarado que ellos *no son independientes ni pueden subsistir separadamente*. Están *concentrados o coligados*, en cuanto convergen en un haz que infunde a la obligación una *estructura unitaria*¹⁹. En consecuencia, las vicisitudes que pudieran afectar a uno de tales vínculos se *extienden o expanden* a los otros; es lo que sucede, por ejemplo, con la situación de mora²⁰.

un orden superior que encierra en sí una pluralidad de relaciones singulares de orden inferior, destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor", *Derecho de obligaciones*, 1 1, p. 505; en igual sentido, J. Puig Brutau, *Fundamentos del derecho civil*, 1. 1, vol. II, p. 179; también De Gásperi y Morello, *Derecho Civil*, "Obligaciones", t. II, n° 864, ps. 315 y ss. Por la unidad: R. DeRuggiero, *Instituciones de derecho civil*, t. II, vol. I, p. 82.

¹⁷ Hernández Gil, *La solidaridad en las obligaciones*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, ps. 411 yss.

¹⁸ Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t U, n° 882 y ss., p. 63; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II n° 864, p. 396.

¹⁹ Llambías, *Obligaciones*, t. D-A, n° 1 i 84, p. 458.

²⁰ El texto de los arts. 710 y 711, de acuerdo con la interpretación de cierta doctrina, suele ser presentado contrariando la tesis que aquí se sustenta, pues quedaría sin explicación el hecho de que, siendo varias las obligaciones independientes, lo que suceda en una de ellas se traslade a las restantes. Haciendo notar esta aparente desinteligencia, De Gásperi ha podido decir: "Vese por este precepto [refiriéndose al art. 710] cómo repugna a la doctrina de nuestro Código la idea de pluralidad de vínculos y de obligaciones independientes en la correalidad, así como su con-

§ 557. FUENTES

A partir del art. 669 y en reiterados pasajes se ha dicho que la solidaridad debe estar expresada en el *título constitutivo* de la obligación. El "título" no es otra cosa que la "fuente", de allí la importancia de identificar cuáles son las fuentes de la solidaridad. En nuestro derecho, sólo puede derivar de dos fuentes posibles: a) la voluntad de las partes; o b) una disposición de la ley.

Las decisiones judiciales, en cambio, no pueden ordenar que una determinada obligación con pluralidad pasiva se cumpla en forma solidaria, salvo que las partes o la ley así lo hubiesen dispuesto, en cuyo caso la sentencia se limitará a reconocer ese carácter.

Pero veamos cada una de las fuentes en particular.

a) Solidaridad convencional

Puesto que lo atinente a la solidaridad obligacional no es una materia de orden público, la principal fuente de solidaridad se encuentra en la voluntad de las partes, que puede expresarse en los contratos o en los testamentos.

I) El *contrato paritario*. — En uso y ejercicio de su autonomía privada (art. 1197), en el marco de los contratos paritarios o discrecionales²¹, las partes son soberanas para "reglar sus derechos" (art. 1137) de acuerdo con lo que mejor convenga a sus intereses. En ese ámbito, imponer carácter solidario a determinadas obligaciones, especialmente aquellas que consisten en el pago de sumas de dinero, se ha convertido en una práctica habitual que ha contribuido a brindar mayor seguridad jurídica a los negocios, beneficiando así a los acreedores y, al propio tiempo, ha incentivado el otorgamiento de créditos, facilitando el financiamiento a los deudores.

U) *La disposición testamentaria*. — La solidaridad —dice la primera parte del art. 700— "puede también ser constituida por testamento...". Esta otra fuente voluntaria de solidaridad, el testamento, permite al testador, por ejemplo, imponer a sus herederos el cumplimiento solidario de las obligaciones que benefician a los legatarios, para asegurarles a éstos la percepción de los legados.

secuencia, la teoría del mandato recíproco de los deudores entre sí constituido en interés del acreedor, indebidamente trasgadas del moderno derecho francés al nuestro..." (De Gásperi y Morello, *Derecho civil Obligaciones*, t. II, n° 930, p. 391). La crítica no es certera; en el lugar oportuno, al ocuparme de la mora y de la culpa en la solidaridad, volveré sobre este tema.

²¹ Uso la expresión contrato "paritario o discrecional" para excluir a los contratos celebrados por adhesión de una de las partes a las condiciones generales predispuestas por la otra, porque en éstos la autonomía de la voluntad merece ser considerada con ciertas limitaciones.

b) *Solidaridad legal*

La otra fuente de solidaridad, no menos importante que la convencional, es la ley. Para determinadas situaciones, allí donde el legislador detecta que en una obligación con pluralidad de sujetos existe comunidad de intereses o interés asociativo, dispone que su cumplimiento sea solidario.

Entre nuestros autores existe acuerdo en que la solidaridad legal es siempre pasiva²²; entre las varias razones que se invocan para fundar esta afirmación, la más importante dice que lo prueba el hecho de que no existe ningún caso de solidaridad activa de origen legal²³. El argumento es demasiado débil: deberá reconocerse que, si en un caso concreto de pluralidad activa las circunstancias aconsejan establecer una solidaridad legal activa, el legislador podrá decidirlo así, sin que la *teoría de la solidaridad* sufra mengua alguna.

Los casos más importantes de solidaridad pasiva legal son los siguientes:

I) *Solidaridad impuesta a los autores de actos ilícitos*. — La obligación de reparar el daño causado por un delito o un cuasidelito pesa solidariamente sobre "todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices" (art. 1081)*.

H) *Solidaridad impuesta en algunos contratos en particular*. — En la sección destinada a los contratos se encuentran casos específicos de obligaciones solidarias. Así: a) en el contrato de mandato, si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, "le quedarán obligados solidariamente para todos los efectos del mandato" (art. 1945); b) en el contrato de comodato, cuando varias personas han tomado prestadas conjuntamente las mismas cosas "responden solidariamente por la restitución o daños sufridos por ella" (art. 2281); c) en el contrato de juego, si una persona incapaz de pagar, víctima de un ardid o trampa, pierde un juego y paga, sus representantes tienen acción para exigir la repetición de lo pagado por el incapaz "no sólo de aquellos que ganaron, sino también de aquellos en cuyas casas tuvo lugar el juego, siendo unos y otros considerados como deudores solidarios" (art. 2067)²⁵.

Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, 1.1, n° 991, p. 134; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 942, p. 355; De Gásperi y Morello, *Derecho Civil*, "Obligaciones", t. II, n° 874, p. 328; Lafaille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", vol. I, n° 1147, p. 229; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1195, p. 468; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 700, n° 3, p. 306.

²³ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, L II-A, n° 1195, p. 469.

²⁴ Del carácter solidario de la obligación de reparar el daño impuesta a los que participaron en un acto ilícito me ocuparé *infra* al tratar las obligaciones *in solidum* y, luego, más extensamente, en la parte destinada a la responsabilidad civil.

²⁵ Otros casos de solidaridad pasiva legal se encuentran en los arts. 46, 935, 942, 2003, 2689, 3870 del Cód. Civil.

c) *Inexistencia de solidaridad judicial*

El art. 700 dice textualmente que la solidaridad puede también ser constituida "por decisión judicial, que tenga fuerza de cosa juzgada...". Esto induce al error de creer que también una sentencia judicial puede ser fuente de solidaridad. No es así. La doctrina, unánime, sostiene que no está dentro de las facultades del juez disponer que varios deudores condenados al cumplimiento de una obligación, lo hagan en forma solidaria²⁶, si tal carácter no estaba ya impuesto en el título del cual nació el derecho del acreedor. Tal la consecuencia de que las sentencias judiciales deben limitarse a declarar el derecho preexistente, sin que le sea dado al juez transformar una obligación simplemente mancomunada en otra solidaria.

§ 558. CLASES

Las obligaciones solidarias pueden ser clasificadas con arreglo a distintos criterios: *d)* según que la solidaridad incida sobre la situación de los deudores o de los acreedores puede ser *pasiva* (lado deudor), *activa* (lado acreedor) o *mixta* (ambos lados al mismo tiempo); *b)* según la fuente de la que derive, puede ser *voluntaria* (contratos y testamentos) o *legal*.

§ 559. POLÉMICA EN TORNO A LAS OBLIGACIONES *INSOLIDUM*

Se distingue en doctrina la solidaridad perfecta o correal de la imperfecta o *in solidum*. Remóntase el origen de la distinción al derecho romano, aunque esto haya sido cuestionado por Maynz²⁷. Se cree encontrar la diferencia entre ambas especies en *la intensidad de los efectos*²⁸; cuando en la obligación solidaria—se dice— todo lo que respecto de ella acontece entre un codeudor y un coacreedor, se extiende a los demás en forma amplia, es decir, comprende los efectos principales y secundarios, la solidaridad es *perfecta*; en cambio, si la influencia se limita a los efectos principales, la solidaridad es *imperfecta*. En palabras de Giorgi²⁹, la perfecta o correal determina: *a)* que cada deudor se obliga

²⁶ Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 943, p. 355; Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, n° 902, p. 74; De Gásperi y Morello, *Derecho Civil*, "Obligaciones", t. II, n° 873, p. 326; La-faille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", vol. I, n° 1130, p. 226; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1196, p. 471; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art 700, n° 4, p. 308; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 586, p. 461; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 869, p. 403; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, p. 571.

²⁷ Maynz, *Curso de derecho romano*, t. II, § 186, ps. 72 y ss.

²⁸ Véase Savigny, *Des obligations*, 11, § 16, p. 154; Maynz, *Curso de derecho romano*, L II, § 186 p. 72; Pothier, *Tratado de las obligaciones*, 11, n° 258, p. 201.

²⁹ G. Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, n° 184, p. 167.

por entero, y el pago hecho por uno libera a los demás; $\Rightarrow$ la interrupción de la prescripción contra un deudor perjudica a los otros; c) los efectos de la mora de uno se expanden a todos, etc. Por el contrario, en la solidaridad imperfecta o *in solidum*, sólo se produce el primero de los efectos enunciados: cada deudor queda obligado a pagar íntegramente la prestación debida, pero no sucede nada de lo expuesto en los otros puntos. Mientras el deudor solidario se obliga *in totum* y *totaliter*, el deudor *in solidum* se obliga sólo *in totum*.

Entré nosotros, es general la opinión que desecha la distinción, con apoyo en la letra del art. 701: 'Tara que la obligación sea solidaria, es necesario que en ella esté expresa la solidaridad por términos inequívocos, ya obligándose '*in solidum*', o cada uno por el todo, o el uno por los otros...'.

La distinción es inadmisibles, no sólo por el argumento de derecho positivo que se extrae del art. 701. Correspondió a Demolombe³⁰ el mérito de haber demostrado que ella es falsa y arbitraria, rebatiendo con éxito la defensa que le dedicaron Aubry y Rau 3». Demolombe sostiene que para la ley existe una sola clase de solidaridad (la llamada perfecta o correal), y en ella se dan todos los efectos de la solidaridad. Las obligaciones que la doctrina llama *in solidum* no existen como solidarias aunque haya pluralidad de deudores e identidad de objeto, pues la *causa* que origina la obligación de cada deudor es diversa. El siguiente ejemplo ilustra la figura de la obligación *in solidum*: una persona es atropellada por un automóvil que conduce un empleado de una planta fabril; la víctima puede reclamar la reparación del perjuicio sufrido indistintamente al chofer, al propietario de la fábrica o la compañía de seguros. Hay, en la especie, pluralidad de deudores, identidad de objeto, pero *diversas causas*: para el chofer la deuda se origina en un hecho ilícito *propio*, para el propietario de la fábrica se origina en un hecho ilícito de *su dependiente*, en tanto que para la compañía de seguros, el deber de reparar nace del contrato de seguro³². No se trata, como se ve, de obligaciones *solidarias*, perfectas ni imperfectas, sino de *obligaciones concurrentes*³³ o *indistintas*, es decir, son obligaciones independientes unas de otras que *concurren* sobre un mismo objeto.

La completa independencia de vínculos determina que cada una de ellas se considere como una relación singular. Consecuentemente, la constitución en mora de un deudor, por ejemplo, no incide en la situación del otro; así, si dejo estacionado mi automóvil bajo custodia del dueño de un garage y un ladrón lo roba de ese lugar, ambos, depositario y ladrón, quedan obligados concurrente-

³⁰ Demolombe, *Cours de Code*, t. 26, n°» 291 a 300, ps. 226 y ss.

³¹ Aubry y Rau, *Cours de droit civil*, t IV, § 198 ter, ps. 19 y ss.

³² Además, el factor de atribución es también distinto: al chofer se le imputa *culpa*, para el propietario de la fábrica la responsabilidad es objetiva, mientras que la aseguradora queda obligada por efecto propio del contrato. Cfr. Borda, *Obligaciones*, I.1, n° 580, p. 458.

³³ Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 1287, p. 563, especialmente, n° 1288, p. 565.

mente al íntegro resarcimiento del daño que me causaron. Ahora bien, si demandando sólo al ladrón, esta demanda no interrumpirá la prescripción que pudiera estar corriendo a favor del depositario, pues la demanda contra el primero no expande sus efectos contra el segundo.

En la mayor parte de los casos, estas obligaciones concurrentes nacen de la comisión, de hechos ilícitos (delitos o cuasidelitos); esto significa que, en la práctica, todos los obligados al resarcimiento serán considerados en situación de mora (sin interpelación o *ex re*) desde el momento en que ocurrió el acto ilícito según la doctrina uniforme de nuestros tribunales. Pero ello, entiéndase bien, que no es una derivación de la solidaridad, sino una solución que resulta de aplicar el principio de la *reparación integral* que inspira todo el sistema de responsabilidad civil. En suma, a las obligaciones solidarias se las somete al régimen previsto en los arts. 710, 711 y 714; a las llamadas concurrentes, se las aprecia como relaciones obligacionales singulares, resolviéndose la cuestión de la mora de acuerdo con las modalidades y los elementos de cada obligación.

§ 560. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON FIGURAS JURÍDICAS AFINES

Es necesario distinguir la obligación solidaria de otras figuras jurídicas con las cuales presenta analogía; en particular, con la obligación indivisible y con la fianza.

a) Con la obligación indivisible

La obligación solidaria presenta con la indivisible notorias semejanzas, porque en ambas: *a)* hay pluralidad de sujetos; *b)* identidad de objeto; *c)* identidad de causa; *d)* cualquier acreedor puede exigir de cualquier deudor el cumplimiento íntegro y viceversa, cualquier deudor puede ofrecer el pago íntegro a cualquier acreedor, *e)* el pago hecho o aceptado por uno tiene efecto cancelatorio respecto de todos.

Pero no se identifican, pues entre ellas existe una diferencia esencial y varias diferencias accesorias.

i) Diferencia esencial. — La diferencia esencial entre una obligación indivisible y otra solidaria radica en lo siguiente: *a)* en la indivisible, el no fraccionamiento viene impuesto por la naturaleza o índole del objeto debido; por ende, se tiene derecho al todo y se debe pagar el todo, porque no es posible dividir físicamente el objeto; *b)* en la solidaria, el no fraccionamiento es una imposición contenida en la fuente de la obligación (la voluntad de las partes o la ley), con prescindencia de la naturaleza del objeto; por ende, aunque el objeto sea divisible se tiene derecho al todo y se debe pagar el todo, porque así lo han querido las partes o la ley.

II) Principales diferencias accesorias. — A partir de la diferencia esencial, se explican otras diferencias accesorias; las más importantes son las siguientes:

a) En caso de muerte de uno de los codeudores: 1) si la obligación es indivisible, continúa indivisible en cabeza de sus herederos pues el objeto, que por hipótesis sigue siendo indivisible, no permite el cumplimiento fraccionado (art. 686); 2) si la obligación es solidaria, la deuda se divide en tantas partes como herederos haya (art. 712).

b) En caso de mora o culpa de uno de los codeudores: 1) si la obligación es indivisible, la mora o la culpa de un deudor no se traslada a los demás, pues se la juzga como una situación personal; 2) si la obligación es solidaria, la mora o la culpa de un deudor expande sus efectos a los otros, porque se juzga que entre ellos existe una comunidad de intereses.

c) En caso de que por incumplimiento imputable se deba daños y perjuicios: 1) si la obligación era indivisible, la indemnización se fracciona en tantas partes como deudores o acreedores haya porque, por hipótesis, ha desaparecido el objeto debido que era indivisible, en tanto que la indemnización dineraria es divisible; 2) si la obligación era solidaria, continúa siéndolo respecto de la indemnización; es decir, cualquier acreedor tiene derecho, y cualquier deudor está obligado, al cumplimiento íntegro.

III) La indivisibilidad convencional y la solidaridad. — La mayoría de la doctrina³⁴ sostiene que la indivisibilidad puede ser también "convencional", es decir, no derivada de la naturaleza del objeto, sino de la voluntad de las partes. Si bien, bajo el amparo de la autonomía de la voluntad (art. 1197) no se puede negar que las partes pueden convenir esta indivisibilidad, lo que aquella doctrina pretende, además, es que esta indivisibilidad se someta al régimen jurídico de las obligaciones indivisibles, sin advertir su virtual asimilación con las obligaciones solidarias, ya que entre la indivisibilidad convencional y la solidaridad falta la diferencia esencial que sí existe entre la indivisibilidad natural y la solidaridad. En consecuencia, si entre la indivisibilidad convencional y la solidaridad no existe diferencia esencial, lo lógico y razonable es que ambas se sujeten al régimen de la solidaridad³⁵.

Con un ejemplo trataré de demostrarlo. La mora de un deudor en una obligación indivisible no se extiende a los demás, por dos razones: 1) es personal; 2) lo único que une a ese deudor con los otros es la naturaleza indivisible del objeto, pero no hay entre ellos comunidad de fines. Ahora bien, en la llamada indivisibilidad convencional, a los deudores no los une la naturaleza del objeto, sino la *intención común* de las partes porque, por hipótesis, fue su voluntad la

³⁴ Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 1133, p. 413 y demás autores citados *supra*, § 524, b.

³⁵ Cfr. Borda, *Obligaciones*, t. I, n° 540, p. 438.

que decidió que el cumplimiento fuese indivisible, tal como ocurre con la solidaridad! Éric consecuencia, si en la solidaridad los efectos de la mora de un deudor se expanden a los otros porque ésa fue la intención común, ¿por qué no habrá de ocurrir lo mismo en la indivisibilidad convencional, si en ella también, por hipótesis, es común la intención de que el cumplimiento sea íntegro?

b) Con la fianza

I) *Con la fianza simple*. — La fianza simple³⁶ y la obligación solidaria se asemejan, porque en ambas el acreedor cuenta con varios deudores a quienes reclamar el pago. Se diferencian, sin embargo, porque en la solidaridad los deudores son obligados *directos por el todo*, en tanto que el fiador lo es *en subsidio*³⁷ y si fuesen varios, cada uno debe sólo su parte, si el objeto de la obligación es divisible. Además, cada codeudor solidario es un "deudor principal" (art. 699), en tanto que el fiador tiene una obligación "accesoria" (art. 1986).

H) *Con la fianza solidaria*. — La similitud se acentúa cuando la fianza es solidaria, puesto que en ésta el fiador no goza de los beneficios de excusión ni de división, en consecuencia, se le puede exigir el cumplimiento íntegro. Se distinguen, empero, porque la obligación del fiador solidario sigue siendo accesoria y subsidiaria. Además, es fundamental tener presente que la comunidad de intereses que se forma entre los distintos codeudores solidarios no es la misma que la que puede existir entre fiador solidario y deudor principal. En general, se puede decir que a los codeudores solidarios los une un interés común, mientras que eso —también por lo general— no ocurre entre fiador solidario y deudor principal, porque el primero se obliga en interés ajeno y el segundo en interés propio³⁸.

B) SOLIDARIDAD PASIVA

§ 561. IMPORTANCIA, MÉTODO. EFECTOS

La solidaridad *pasiva*, que se presenta cuando la relación de obligación tiene pluralidad de deudores, es un eficaz instrumento jurídico para garantizar al acreedor el cobro de su crédito, porque, entre otras cosas, lo pone a salvo de la insolvencia en que pueda caer uno de los deudores, ya que en tal caso podrá perseguir de los otros, el pago íntegro. El acreedor suma tantos "patrimonios" de garantía como deudores solidarios existan.

³⁶ Sobre el concepto de fianza, Wayar, *Contratos*, § 3, p. 12.

³⁷ Cfr. Piantoni, *Garantías individuales*, p. 37.

³⁸ Cfr. Spota, *instituciones de derecho civil. Contratos*, L VIII, n° 1742, p. 230.

a) Método. Efectos

Si bien es posible estudiar los efectos, esto es, las consecuencias jurídicas de la solidaridad, según ocurran en el lado pasivo o en el activo, no se puede desconocer que en razón de su común naturaleza, los efectos que sucedan en el lado pasivo son el anverso y los del lado activo el reverso de un mismo fenómeno jurídico. En atención a esta circunstancia el estudio de los efectos se hará teniendo en cuenta la solidaridad pasiva, en razón de que la cuestión tiene en esa materia mayor importancia práctica. Por razones de método, es necesario separar los efectos según sucedan "entre partes", o según se trate de las relaciones de los codeudores o de los coacreedores "entre sí".

I) EFECTOS ENTRE PARTES

§ 562. (GASIFICACIÓN Y ENUMERACIÓN)

Los efectos "entre partes" son los que tienen lugar entre el lado pasivo, por hipótesis, plural, y el lado "acreedor" que puede ser singular o plural. En este último caso, si bien la solidaridad será mixta, el estudio se hará considerando el frente deudor.

La doctrina³⁹ clasifica los efectos de la solidaridad en *principales*, llamados también *primordiales* o *necesarios*, y *secundarios*, conocidos también como *accidentales*. Los primeros son aquellos que necesariamente deben suceder, pues de lo contrario la obligación no sería solidaria; a tal punto hacen a la esencia de la solidaridad, que si las partes decidieran de común acuerdo (art. 1197) que estos efectos no sucedieran o sucedieran de manera diferente, la solidaridad quedaría desvirtuada. Los segundos, son también propios de la solidaridad pero no hacen a su esencia, de manera que si las partes deciden, de común acuerdo, modificarlos, no por ello la obligación deja de ser solidaria.

Los efectos principales o esenciales, son: a) el derecho al cobro de la totalidad del crédito que tiene el acreedor, derecho que puede ejercer dirigiéndose a cada deudor o a todos conjuntamente; b) la extinción de la obligación por el pago realizado por uno de los deudores tiene efecto cancelatorio y extintivo respecto de los otros codeudores; lo propio ocurre con la novación o compensación hecha por uno de los deudores o por la remisión de la deuda hecha a favor de uno de ellos, favorece a todos los deudores. Consideración aparte merecen la confusión y la transacción.

³⁹ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 1207, p. 483 y n° 1234, p. 509. Si bien esta clasificación de los efectos de la solidaridad ha sido calificada de "artificiosa" (Borda, *Obligaciones*, t. I, n° 591, p. 464), estimo que permite ordenar la exposición.

Los efectos secundarios están relacionados con: *á)* la situación de mora y la imputación de culpa; *b)* el curso de los intereses; *c)* la prescripción; *d)* la autoridad de la cosa juzgada; *e)* la indemnización de los daños y perjuicios.

1) EFECTOS PRINCIPALES

§ 563. PRIMER EFECTO ESENCIAL: OBLIGACIÓN DE PAGAR LA TOTALIDAD DE LA DEUDA

El efecto esencial de la solidaridad pasiva se traduce en que cada deudor, o todo el conjunto, está obligado al pago íntegro de la deuda. Desde la perspectiva del acreedor, la primera parte del art. 705 lo consagra en estos términos: "El acreedor, o cada acreedor, o los acreedores juntos *pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos*".

El ejercicio del derecho al cobro de la totalidad del crédito puede presentar estas variantes:[^]

a) Se puede demandar a uno solo de los deudores, si tiene solvencia suficiente para afrontar la deuda; el acreedor no está obligado a demandar a todos (art. 705). Con esto queda dicho, también, que la insolvencia de un deudor perjudica a los restantes, que deben asumir la pérdida; el acreedor, siempre tendrá derecho al todo aunque sólo uno de los deudores sea solvente y todos los otros se hayan vuelto insolventes.

b) Se puede demandar a varios o a todos los deudores, en forma simultánea (art. 705).

c) Si uno de los deudores asumió la obligación bajo condición suspensiva o a plazo, el acreedor sólo podrá demandarlo después de cumplida la condición del plazo, pero no estará impedido, mientras tanto, de demandar a cualquier otro o a todos, si la obligación respecto de ellos es pura y simple (art. 702).

d) Se puede demandar a uno de los deudores y reclamarle sólo su parte en la deuda y, luego, demandar a los restantes por el todo, aunque se deberá descontar la parte del que fue demandado primero, si se hubiere cobrado esa parte (art. 705).

e) Si las partes establecieron en el título de la obligación un orden de prelación indicando quién debía ser demandado primero y el orden posterior, esa prelación debe ser respetada, pues no encontrándose interesado el orden público, es válido el acuerdo de partes¹⁰.

§ 564. Si SE DEMANDA A UN DEUDOR, ¿ES NECESARIO PROBAR
"SU INSOLVENCIA PARA-PODER DEMANDAR A LOS OTROS?

La hipótesis a considerar es la siguiente: se trata de saber si el acreedor que decidió demandar a uno de los deudores solidarios puede demandar después, sucesivamente, a los otros codeudores.

Se han ensayado dos interpretaciones.

a) Tesis de la insolvencia del demandado

Una primera opinión, indebidamente apegada a una interpretación literal de la ley⁴¹, sostiene que si el acreedor ha demandado a uno de los deudores, no podrá demandar a los otros si antes no prueba que el demandado en primer término se encuentra en estado de insolvencia⁴². Es importante dejar aclarado que esta tesis opera *de lege lata*, es decir, se funda exclusivamente en el texto del art. 705, cuya letra no quiere contrariar ni un ápice. En efecto, el art. 705, dice en uno de sus párrafos que si el acreedor o todos ellos "reclamasen el todo contra uno de los deudores, y resultase insolvente, pueden reclamarlo contra los demás". Se interpreta que las palabras "...si resultase insolvente..." carecerían de significación si no fuera un requisito que condiciona el derecho de exigir el cobro total a los otros deudores. Es decir, cuando el acreedor ha demandado a un deudor, podrá después demandar a los otros, siempre que pruebe que el primer demandado es insolvente.

Esta interpretación debilita la garantía que representa la solidaridad, desvirtuándola; de allí que haya merecido enérgica crítica de la doctrina mayoritaria.

*b) Tesis que hace prevalecer el derecho de los acreedores
a demandar sucesivamente a los otros deudores*

Otra doctrina⁴³, a la que adhiero, sostiene que la exigencia impuesta al acreedor consistente en tener que probar que el deudor al que demandó primero

⁴¹ Respaldada únicamente por Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 514, p. 371 y Díaz de Guijarro, *La insolvencia del deudor demandado primitivamente como condición para que el acreedor pueda requerir el pago a los demás obligados*, "LA.", 24-566. La mayoría de la doctrina, si bien de *lege lata* entiende que la exigencia está impuesta en el art 705, ha expresado fuertes críticas a esta tesis.

⁴² Esta solución ha sido aceptada, en forma reiterada, por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, a partir del fallo "Banco Nacional de Desarrollo v. Sema, Roque Agustín y otros", del 24/5/1988.

⁴³ Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.1, ps. 588 y 589; Llambías, *Obligaciones*, t. H-A, n° 1237, p. 512, especialmente notan" 134; BibWom, *Anteproyecto*, t. II, comentario al art. 1136; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 593, p. 465.

es insolvente antes de poder demandar a los otros codeudores, es injustificada, es un resabio del antiguo sistema romano y —ante la injusticia a la que conduce— debe ser desechada; la exigencia que se extrae de la letra del art. 705 debe ser interpretada de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la solidaridad. En definitiva, se postula una interpretación que reconozca a los acreedores solidarios el derecho de demandar sucesivamente a los distintos deudores solidarios, sin tener que probar, antes, la insolvencia del primer demandado.

Los argumentos sobre los que se basa esta interpretación son los siguientes:

1) Cuando el art. 705 dice que si los acreedores "reclamasen el todo contra uno de los deudores, y *resultase insolvente*, pueden reclamarlo contra los demás", no hace nada más que sentar una regla de lógica elemental, que también podría expresarse así: si el primer demandado es solvente y los acreedores cobran su crédito, ya nada tendrán que reclamar a los demás deudores; pero si es insolvente, entonces podrán dirigirse contra los otros. Es decir, es lógico que si por cualquier razón no pueden cobrar del primero, puedan demandar a los otros; pero de allí a sostener que se debe probar la insolvencia del primer demandado, es una deducción que choca de frente con la naturaleza y finalidad de la solidaridad.

Esta interpretación es muy distinta de la que lee en el art. 705 la imposición de un requisito —probar la insolvencia del primer demandado— para entablar demandas sucesivas contra los otros.

2) Mientras no exista pago por parte del primer demandado, no hay razón alguna para prohibir al acreedor que demande a los otros deudores⁴⁴. Basta que no se haya cumplido con la obligación por efecto de la demanda contra el primero para justificar la acción contra los demás⁴⁵.

3) Si la solidaridad pasiva ha sido concebida para favorecer el crédito, la tesis de la prueba de la insolvencia del primer demandado entraña una grave limitación al derecho del acreedor e implica, por ello, una seria contradicción con la política jurídica que ha inspirado el reconocimiento de la solidaridad como instrumento de tutela del crédito.

4) Cuando el acreedor, después de entablar una primera demanda, advierte que no llegará a buen puerto, se le debe reconocer el derecho de entablar una nueva demanda contra otro deudor, porque con ello no atenta contra el bien común ni lesiona el derecho de nadie⁴⁶. Es más, no se ha de pensar que se lo autoriza a cobrar dos veces el mismo crédito, pues si llegara a obtener un segundo pago, éste será sin causa y podrá ser repetido, sin perjuicio de encuadrar el comportamiento de ese acreedor en la figura penal de la estafa o la defraudación.

⁴⁴ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, X, II-A, n° 1237, p. 512, nota n° 134.

⁴⁵ Bibiloni, *Anteproyecto*, t. II, comentario al art. 1136.

⁴⁶ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1237, p. 513, nota n° 134.

5) La misma doctrina que sostiene la tesis de la prueba de la insolvencia, no ha dejado de percibir la gravedad de la consecuencia que de ella deriva. Por ello ha procurado mitigarla, mediante dos concesiones: *a)* no requiere una prueba rigurosa de la insolvencia, la que podrá ser acreditada, incluso, por medio de presunciones e indicios; *b)* se tiene por cumplido el requisito, si el acreedor desiste de la primera demanda; es decir, si desiste de la acción pero no del derecho⁴⁷.

§ 565. SEGUNDO EFECTO ESENCIAL: LA EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN
POR PAGO U OTROS MEDIOS (NOVACIÓN, COMPENSACIÓN,
REMISIÓN DE LA DEUDA, TRANSACCIÓN Y CONFUSIÓN)

El otro efecto esencial de la solidaridad pasiva es la extinción de la obligación, respecto de todos los deudores, con el pago u otro medio extintivo equivalente que satisfaga el interés del acreedor. Conviene considerar por separado las distintas situaciones.

a) Pago

El pago total realizado por uno de los deudores al único acreedor común o, en su caso, a cualquiera de los acreedores, tiene virtualidad suficiente para extinguir la obligación respecto de todos los deudores. Es una consecuencia lógica de la unidad del objeto debido. Si el pago fuera parcial, su virtualidad extintiva también será parcial. Sobre el saldo impago, la obligación continúa siendo solidaria.

b) Novación, compensación y remisión de deuda

Al respecto, dice el art. 707, según la redacción de la ley 17.711: "La novación, compensación o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación". En todos los casos, la expansión del efecto extintivo hacia los demás deudores es una consecuencia de la unidad del objeto debido. Si la compensación o la remisión de deuda fueran parciales, el efecto extintivo también será parcial; sobre el remanente, la obligación conserva su carácter solidario.

c) Confusión y transacción

Las consecuencias derivadas de la confusión y de la transacción en las obligaciones solidarias serán tratadas, por razones de método, cuando se estu-

⁴⁷ Pero la situación del acreedor no mejora pues, si desiste de la primera demanda, deberá pagar las costas del juicio.

die en particular, cada uno de estos medios extintivos; ahora sólo se dirá lo indispensable **.

I) *Confusión*. — En su versión original el art. 707 mencionaba también que la confusión producida entre cualquier deudor con el acreedor, extinguía la obligación respecto de todos; pero esa solución chocaba de frente con lo que estaba dispuesto en el art. 866: "La confusión entre uno de los acreedores solidarios y el deudor... sólo extingue la obligación correspondiente a ese acreedor...". La ley 17.711 vino a superar la contradicción al excluir del art. 707 toda referencia a la confusión; en definitiva, por decisión de la reforma, la confusión que se produzca entre un acreedor y un deudor sólo extingue la obligación respecto de ese deudor, sin afectar la subsistencia de la obligación solidaria respecto de los demás codeudores y coacreedores, aunque se deberá deducir la porción extinguida por la confusión¹⁹.

II) *Transacción*. — La cuestión ha sido contemplada en el art. 853 en los siguientes términos: "La transacción hecha por uno de los deudores solidarios aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta, y recíprocamente, la transacción concluida con uno de los acreedores solidarios puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta sino por su parte en el crédito"²⁰.

2) EFECTOS SECUNDARIOS

§ 566. MORA Y CULPA

Por su estrecha relación, me ocuparé de la mora y de la culpa en la solidaridad pasiva en un único párrafo.

a) *Delimitación de la materia a tratar*

El principal problema que se plantea en estas obligaciones queda concretado en dos cuestiones principales: a) saber si la mora de uno de los deudores afecta o perjudica a los demás, o si por el contrario, sólo el deudor culpable del retardo o interpelado debe soportar exclusivamente los efectos de la mora; b) si se acepta que la mora propaga sus consecuencias hacia los deudores no culpables o no interpelados, ¿en qué medida se verán afectados? ¿Limitarán su responsabilidad al valor de la prestación, o deberán además indemnizar los daños y perjuicios que excedan aquel monto?

El tema se abordará con mayor detenimiento cuando se estudien los medios extintivos. De acuerdo con la solución de la ley 17.711: Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1204, p.

De la interpretación de este artículo me ocuparé al tratar los medios extintivos.

b) Antecedentes históricos y de derecho comparado

Con carácter previo al examen de los textos del Código Civil que contienen una de las soluciones posibles, será de suma utilidad pasar revista a las distintas teorías que propuso la doctrina y estudiar las regulaciones que ofrece el derecho comparado. Ello permitirá merituar con mayor exactitud los fundamentos sobre los que reposa la doctrina que acogiera Vélez Sarsfield.

1) *La cuestión en el derecho romano.* — La respuesta que contienen las leyes romanas al problema que examinamos dista mucho de ser clara⁵¹. Ello quizá se deba a la existencia de dos fragmentos del *Digesto* aparentemente contradictorios; en uno de ellos, Pomponio⁵² expresa: "*Exduobus reis ejusdem Stichii promittendifactis alteriusfactum alteri quoque nocet*" (si dos personas prometen el mismo esclavo Stico, el hecho o culpa de uno perjudica también al otro). En otro pasaje dice Marciano⁵³: "*sed si dúo reipromittendisint, alterius mora alteri non nocet*" (pero si fueran dos los que prometieron, la mora de uno no perjudica al otro), regla ésta que corrobora Paulo en el Libro L⁵⁴: "*unicuique sua mora nocet...*" (a cada cual perjudica su propia mora...). La contradicción se patentiza en aquellos autores que utilizan las palabras *mora* y *culpa* en idéntico sentido. Debido a esta terminología la interpretación de los textos transcritos se complica en mayor grado, pues si culpa y mora aluden a una misma situación, no cabe duda de que el fragmento de Pomponio —que expande las consecuencias del *hecho* o *culpa* de un *correus* a los demás— está en pugna con lo que afirman Marciano y Paulo, en tanto limitan los efectos de la mora al deudor que hubiera incurrido en ella.

Procurando conciliar esta incongruencia, otros romanistas⁵⁵ distinguen la culpa de la mora y exponen para cada una de ellas regulaciones diferentes. Si Ticio y Mevio prometen entregar al esclavo Stico y éste muere por culpa exclusiva de Ticio, Mevio —deudor inocente— quedará no obstante obligado en las mismas condiciones que el deudor culpable por aplicación de la regla de Pomponio. En cambio, si la inexecución se traduce sólo en un retardo culpable, la interpelación hecha a uno de los *correus* no perjudica a los demás, con ajuste a los pasajes de Marciano y Paulo. En definitiva, los efectos de la culpa se ex-

⁵¹ Caramés Ferro, José M., *Curso de derecho romano*, p. 101.

⁵² Pomponio, *Digesto*, XLV, 2, 18.

⁵³ Marciano, *Digesto* XXII, 1.32, fragmento 4.

⁵⁴ Paulo, *Digesto*, L, 17, 173, § 2.

⁵⁵ Savigny, *Le droit des obligations*, I, Axxgvi&ttDmtmá, ?uñs, 1863, § 18, ID, letra A-A1-bertario, *Curso de diritto romano*, t. II (*Le obbligazioni*), p. 337; P. Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, § 121, n° 1, ps. 391 y 392; J. Iglesias, *Derecho romano*, § 95, p. 387; Monitor, *Cours de droit romain*, t. II, n° 1176.

panden, no así los de-ia-mora. "Si la inejecución —dice Mayn-fc56_ proviene de un hecho o culpa de uno de los deudores solidarios, ninguno de ellos se liberará, porque la imposibilidad de la ejecución no proviene de un caso fortuito: el acreedor conservará, pues, la facultad de perseguir contra todos la prestación debida y, a falta de esta prestación los daños e intereses a que tiene derecho. No obstante, los daños y perjuicios que pueden ser debidos por la demora de uno de los deudores no incumben más que al culpable, puesto que la correalidad exige necesariamente identidad de la prestación debida y que los daños e intereses debidos en virtud de la demora son algo Juera de la prestación originaria".

Pienso que una explicación como la que antecede constituye una grave inconsecuencia, pues la mora —según la tesis que aquí se sustenta— no puede escindirse de la culpa. En derecho romano la mora del *solvens* no quedaba configurada si éste no era *culpable* del retraso. Pero no es sólo eso; la tesis que se analiza conduce, además, a resultados injustos e infundados. Si Ticio —coobligado de Mevio— mataba al esclavo Stico, ambos deudores quedaban obligados a responder por las consecuencias de semejante falta; en cambio, si Stico moría como consecuencia de un caso fortuito sucedido después que Ticio hubiera sido constituido en mora, sólo él quedaba obligado a la reparación, liberando a Mevio⁵¹. Se ha dicho de esta discriminación que carece en absoluto de fundamentos: si la muerte del esclavo —aunque por caso fortuito— *se produjo durante la mora de uno de los deudores*, hay en esta situación tanta *culpabilidad* (elemento integrativo de la mora), como en aquella otra en la que la muerte fue el producto de la acción dolosa del obligado. Es ésta la razón que impulsa a buscar una misma solución para ambas hipótesis, ya extendiendo la responsabilidad a todos, ya limitándola sólo al culpable.

La distinción quedaría salvada si los romanos hubieran distinguido el *incumplimiento absoluto del retardo que no quita la posibilidad de cumplimiento tardío* (mora), decretando para el primero la responsabilidad de todos los obligados, eximiendo, en el segundo caso, a los deudores no interpelados o inculpables.

⁵⁶ Maynz, *Curso de derecho romano*, t. II, § 186, p. 78. A las palabras de Maynz que transcribimos en el texto, Bibiloni replica: "Hay inconsecuencia. La solidaridad responsabiliza cuando hay culpa, porque es solidaridad. No responsabiliza cuando hay mora, porque es solidaridad. Pero, ¿hay mora sin culpa..?", *Anteproyecto*, t. 2, p. 79.

⁵⁷ Siguiendo las ideas de Bibiloni, citadas en la nota anterior, nos pronunciamos expresamente contra esta teoría. La culpa, como elemento subjetivo de imputabilidad, existe tanto en el incumplimiento absoluto, como en el relativo (mora), decretando la responsabilidad del incumpliente; mediando culpa se responde en todos los casos, sin ella no se responde nunca, salvo que la ley establezca otro factor de atribución de carácter objetivo. "La discriminación —dice Llam-bías— no se justifica cuando siempre está en juego la necesidad moral de soportar las derivaciones de una situación que afecta a varios por razón del hecho imputable a uno: que eso es la solidaridad", *Obligaciones*, t. II-A, n° 1247, p. 522, cita n° 157.

Recapitulando, son dos las teorías que exponen los romanistas; una que distingue la *mora* de la *culpa*, y las regula de distinta manera, otra que busca una solución uniforme para todos los supuestos. Cualquiera que haya sido la que verdaderamente aplicaron los romanos, lo cierto es que las leyes contenidas en el *Corpus Iuris* sirvieron de fuente inspiradora para la elaboración de los tres sistemas que se disputan un lugar de preferencia en las legislaciones modernas:

1) Unos cuantos entienden que sólo el deudor culpable o constituido en *mora* debe soportar las consecuencias de su inconducta debiendo responder por el valor de la cosa más la indemnización compensatoria de daños y perjuicios por lo tanto, los deudores inocentes o no interpelados quedan exentos de toda responsabilidad. Es el sistema adoptado por el Código Civil alemán (art. 425); estimo que es también la solución del Código Federal suizo de las Obligaciones (art. 146).

2) Otros piensan que si bien la *mora* o *culpa* de uno de los deudores perjudica a los restantes —quienes quedan obligados a pagar *el precio de la cosa* (valor de la prestación)— únicamente el culpable o moroso debe reparar los daños e intereses que excedan de aquel valor. En otras palabras, la *mora* o *culpa* de uno perjudica a todos, pero los inocentes o no interpelados responden sólo hasta el monto de la prestación⁵⁸. Sus partidarios forman mayoría: Código francés (art. 1205); brasileño (art. 908); chileno (art. 1521); italiano (art. 307); peruano (art. 1220); uruguayo (art. 1372, inc. 7); portugués (art. 520); Anteproyecto Babiloni (art. 1239); etcétera

3) Un tercer sistema extiende a todos los coobligados los efectos de la *mora* o *culpa* de cualquiera de ellos, quedando compelidos a pagar no sólo la estimación de la cosa (precio), sino también la totalidad de los daños y perjuicios que hubieren resultado, al acreedor⁵⁹. Es la solución de nuestro Código (arts. 710 y 711) y del Código español (art. 1147).

Algún romanista ha creído ver en la disposición que Justiniano asentó en el Código (VIH, XL, 5)⁶⁰ una adhesión a esta última postura, por cuanto allí se lee: "...y mandamos que en todos los casos, el cumplimiento de los unos o su reconocimiento, o su citación por demanda perjudique a los demás deudores"⁶²,

⁵⁸ En doctrina, la tesis fue sustentada, entre otros, por B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, t. II, § 295, n° 13; Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. II, § 89, V, p. 263, nos 1,2 y 3.

⁵⁹ G. Giorgi, *Teoría de las obligaciones*, t. I n° 148, p. 139; Josserand, *Derecho civil*, "Obligaciones", t. II, vol. I, n° 767, p. 612; Aubry y Rau, *Cours de droit civil;roncáis*, t. IV, § 298 ter, p. 29, letra c.

⁶⁰ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 126, n° 334; Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, t. XII, vol. I n° 124.

⁶¹ En opinión de Caramés Ferro, Justiniano habría decidido que la culpa o *mora* de cualquiera de los deudores perjudicará a los demás, pues al resolver una cuestión análoga —la de la interrupción de la prescripción— dispuso que interrumpida ésta contra uno de los deudores, se considere también interrumpida respecto de los demás, *Curso de derecho romano*, p. 101.

⁶² Código, VIH, XL, 5.

y sobre todo, porque es esta respuesta la que más se compadece con la esencia de la *correalidad*.

II) Opinión de Dumoulin. — Dumoulin, que inspiró en este punto a Pothier y al Código francés, fue quien trazó las líneas doctrinarias del sistema enunciado en el punto *b)* precedente. Su pensamiento puede resumirse en tres puntos: *d) mora y culpa* deben ser captadas por la ley de la misma manera; *b)* los efectos de la culpa o mora de uno de los coobligados se extienden a los demás, perjudicándolos aunque no en la misma medida; *c)* los codeudores exentos de culpa o no interpelados quedaban obligados hasta el precíole la cosa (valor venal del objeto debido); los daños y perjuicios que excedieran ese valor, estaban a cargo exclusivo del culpable o moroso. Demolombe⁶³ —siguiendo a Demangeat— sostiene enfáticamente que esta interpretación carece de todo valor, pues se aparta de los textos romanos.

Ripert y Boulanger⁶⁴ entienden que esta construcción de Dumoulin es un *invento* destinado a conciliar los textos del *Digestoea* aparente pugna, interpretación que — pese a ello — fue seguida *ciegamente* por los autores posteriores, pasando, por intermedio de Pothier, al Código francés.

ni) La recepción de esta teoría por Pothier. — Según Demolombe, Pothier hizo suyas las ideas de Dumoulin, sin detenerse a examinarlas adecuadamente, proporcionándole el aval de su prestigio ante los redactores del Código Napoleón.

/Pothier resuelve este problema partiendo de la siguiente idea: si Pedro y Pablo se obligan solidariamente, cada uno de ellos asume *una sola y única deuda*, por lo tanto, ésta no puede subsistir o modificarse para uno sin alcanzar al otro, por ello, dice: "...cuando la cosa debida ha perecido por el hecho o la falta de uno de los deudores solidarios, o después de haber estado en mora de entregarla, la deuda se perpetúa no tan sólo contra ese deudor, sino contra todos sus codeudores, quienes son todos solidarios del pago que se le debe al acreedor por el precio de dicha cosa, pues la deuda de cada uno de ellos, siendo una sola y única deuda, no puede subsistir para uno, sin alcanzar a los otros"⁶⁵.

Hasta aquí queda claro que para Pothier la culpa o mora de uno de los deudores solidarios perjudica a los demás. Ahora bien, la falta o mora de uno perjudica a los demás *ad conservandum et perpetuendam obligationem*, es decir, sólo al efecto de que no sean descargados de su obligación por la pérdida de la cosa, sino que vengan obligados a pagar su precio. Mas la falta, el hecho o la demora de uno de ellos, no perjudica a los otros *ad augendam ipsorum obliga-*

⁶³ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t 26, n° 344, p. 285.

⁶⁴ Ripert y Boulanger, *Tratado de derecho civil*, "Obligaciones" t. V, n° 1831, p. 537, n. 187.

⁶⁵ Pothier, *Tratado de las obligaciones*, 1.1, n° 273, 3°, ps. 209 y 210.

tionem, es decir, sólo aquel que ha cometido la falta o ha sido constituido en mora, xlebe- ser responsable de los daños y perjuicios derivados de te'inejecución, además de quedar obligado a pagar el valor de la cosa debida *⁶⁶.

En cuanto al otro deudor —que no ha cometido falta alguna ni ha sido interpelado— no es responsable más que de pagar el precio de la cosa que ha perecido. Por las mismas razones, concluye Pothier, sólo aquel que ha sido puesto en mora es quien debe ser responsable de los daños y perjuicios causados por el retardo o demora.

IV) *La solución del Código Napoleón*. — Dice el art. 1205 del Código francés: "Si la cosa debida ha perecido por culpa o durante la mora de uno o de varios de los deudores solidarios, los demás codeudores no quedan liberados de la obligación de pagar el precio de la cosa; pero éstos no están obligados por los daños y perjuicios. El acreedor puede repetir tan sólo por los daños y perjuicios tanto contra los deudores, por cuya culpa haya perecido la cosa, como contra aquellos que estuvieran en mora". De la simple letra de este texto, se aprecia sin dificultad la influencia que en su redacción ejercieron Dumoulin y Pothier.

Según se desprende de su letra, este texto *distingue*, a los fines de la responsabilidad, la situación del deudor culpable o moroso de la de los no culpables ni morosos. Para los primeros la responsabilidad es total: deben el precio de la cosa más la indemnización de los daños e intereses; para los segundos es más leve: sólo están obligados a pagar el valor de la prestación. "Pero si se nos pregunta cuál es la razón de esta diferencia —escribe Giorgi—, respondemos que es una razón *puramente histórica*" ⁶⁷. En el mismo sentido se pronuncia Josserand ⁶⁸, para quien la distinción es "racionalmente injustificada", sólo explicable históricamente, pues es la derivación de la inexacta interpretación que Dumoulin hacía de los pasajes del *Digesto*. Y lo que es peor, de acuerdo con el jurista francés "el error cometido por Dumoulin se convirtió en la 'verdad legislativa del siglo XX' ", como lo demuestran los numerosos Códigos que adoptaron ese sistema, entre los que se cuenta uno de los más modernos: el portugués (art. 520). Por lo expuesto, parecería que la regla del art. 1205 del Código Napoleón carece de fundamentos suficientes que justifiquen su vigencia actual. Sin embargo, la acogida casi universal que ha merecido está indicando lo contrario. En nuestro país esta solución fue propuesta por el Anteproyecto Bibiloni (art. 1139), el Proyecto de 1936 (arts. 658, 2° párrafo y 661) y el Anteproyecto de 1954 (art. 923, segunda parte).

No creo, pues, que los fundamentos de esta tesis se agoten en la obra de Dumoulin. 'Según Lafaille' ⁶⁹, la sustentan *razones de equidad*, si bien reconoce

⁶⁶ Pothier, *Tratado de las obligaciones*, 1.1, n° 273, 3°, p. 210.

⁶⁷ G. Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, 1.1, n° 148, p. 139.

⁶⁸ Josserand, *Derecho civil*, "Obligaciones", t II, vol. I, n° 767, p. 613.

⁶⁹ H. Lafaille, *Obligaciones*, t- II, n° 1139, p. 235; Pothier, *Tratado de las obligaciones*.

que no se trata de una solución estrictamente jurídica; Bibiloni, por su parte, cree ver en la *seguridad económica* (que toda *ODItgáCTÓñ'só^daria* comporta para el acreedor), la *ratio iuris* que justifica esta postura. Por esta razón, dice Bibiloni⁷⁰, el art. 1205 del Código francés interpreta con mayor rigor la relación jurídica y económica de la solidaridad pasiva. Por otra parte, las distinciones de Dumoulin (afirma en defensa de este autor) podrán prestarse a observaciones de orden interpretativo de los textos romanos, pero son las más exactas ante las exigencias de los contradictorios intereses que están en juego.

La solución francesa ha recibido de propios⁷¹ y extraños⁷² las más severas críticas. Además de los reproches formulados a Dumoulin, a quien se le atribuye haber cometido un serio error al interpretar al *Digesto* que pasó sin enmendar al Código Napoleón, y a la legislación que lo siguió, se añade que la disposición del art. 1205 entra en flagrante contradicción con el art. 1207, desnudando su propia inconsistencia. "La demanda de intereses —reza el art. 1207— formulada contra uno de los deudores solidarios hace que corran los intereses con respecto a todos", lo que resulta inconciliable con aquella otra norma (art. 1205) que limita los efectos de la mora (indemnización por daños y perjuicios) exclusivamente al deudor interpelado. Procurando salvar esta incongruencia, los autores franceses construyeron la teoría del "mandato tácito", según la cual los codeudores solidarios —en sus relaciones con el acreedor— se representarían recíprocamente, asegurándole el cumplimiento íntegro de la prestación por cualquiera de ellos, es decir, el mandato se confiere para *perpetuar* la obligación, *adperpetuandam obligationem*, pero no *ad augendam*, lo que significa que ninguno de los *mandatarios* podrá *agravar* la situación de sus *mandantes*⁷³.

Opino que la crítica más certera que puede formularse a este sistema debe tomar como punto de partida su desajuste, casi total, con la teoría general de la responsabilidad civil, en punto a la extensión del resarcimiento. Si Cayo, Ticio

1.1, n° 273, p. 210. Marcadé y Pont, *Explication méorique etpratique du code*, t IV, comentario alan. 1205, n° 609, p. 501.

⁷⁰ J. A. Bibiloni, *Anteproyecto de Reforma al Código Civil*, t. II, p. 72.

⁷¹ Entre los autores que critican la solución del Código Napoleón se cuentan: Demolombe, *Cours de Code Napoleón*, t. 26, n° 344; Baudry-Lacantinerie y Barde, *Traite méorique etpratique de droit civil français. Des obligations*, t. XII, vol. I, n° 1224; Jossierand, *Derecho civil*, "Obligaciones", t. II, vol. I, n° 767.

⁷² G. Giorgi, *Teoría de la obligaciones en el derecho moderno*, 1.1, n° 148, p. 140; De Gásperi y Morello, *Derecho civil*, t. II, n° 928, p. 388 y ss.; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1247, p. 523, n. 158.

⁷³ Toullier, *Le droit civil français*, t. VI, n° 730 y 731, p. 758 y ss.; Aubry y Rau, *Cours de droiicivilfrangab*, t IV, § 298 ler, p. 29, letras c y d; Marcadé y Pont, *Explication méorique et pratique du code*, X. IV, n° 609, p. 501; la misma explicación puede verse en Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, X. II, comentario al art 908, ps. 48 y 49.

y Mevio, deudores solidarios, están obligados a entregar al esclavo Stico, pero éste muere por culpa exclusiva de Cayo, tomándose así la prestación de cumplimiento imposible, ¿por qué razón la responsabilidad ha de ser diferente para los codeudores solidarios? Cayo, en cuanto deudor culpable o moroso es responsable *in totum*; hasta allí de acuerdo, pero no alcanzamos a comprender por qué Ticio y Mevio sólo responden por el precio de la cosa. Si analizamos a fondo esta relación de obligación advertimos que en ella concurren los siguientes elementos que integran la responsabilidad civil: antijuridicidad, dañosidad, causalidad; sólo resta determinar si el hecho productor del daño es imputable únicamente a Cayo. En principio la respuesta debe ser afirmativa, pues Cayo, obrando con dolo o culpa (inmutabilidad subjetiva), dio muerte al esclavo Stico; en consecuencia es correcto que sólo él sea responsable. Sin embargo, cuando la ley dispone que Ticio y Mevio (deudores inocentes o no interpelados) queden obligados a pagar el precio del esclavo muerto, está creando un factor de atribución objetivo, que viene a completar, junto a los restantes, los extremos configurativos de la responsabilidad civil; en consecuencia, Ticio y Mevio también *son responsables*. Pero siendo así, no se ve por qué razón han de imitar su responsabilidad al precio de la cosa debida; se trataría de una responsabilidad a medias que el derecho no consiente, pues no hay norma alguna que la sustente⁷⁴. "Porque —dice Llambías⁷⁵— o hay razón para hacer valer la responsabilidad de uno de los deudores por la mora en que incurrió otro, y en ese caso la responsabilidad debe cubrir un resarcimiento ordinario (comprendido de todo daño); o no hay razón para imputar tal responsabilidad, y no se debe nada por resultar la pérdida un caso fortuito". Pese a las objeciones, éste es el sistema que mayoritariamente acogió la legislación posterior al Código Napoleón y un calificado sector de la doctrina⁷⁶. Por último, cabe señalar que esta responsabilidad a medias, lejos de favorecer la solidaridad, la debilita sensiblemente.

⁷⁴ Procurando poner en evidencia las contradicciones que afectan al sistema francés, afirma De Gásperi que al imponer a los codeudores inocentes la obligación de pagar el precio de la cosa perecida por el hecho del culpable, no sólo se conserva y perpetúa la obligación —como querían Dumoulin y Pothier— sino que además, se la "agrava", porque, como observa Demolombe, puede ocurrir y ocurrirá con frecuencia que esta nueva obligación les resulte más onerosa que la primera, reducida a la simple entrega de un cuerpo cierto: *Derecho civil*, t II, n° 928, p. 389. Por su parte Ripert-Boulanger, refiriéndose al art. 1205 del Cód. Napoleón, expresan: "La solución, que no se apoya en ningún texto, es tradicional. *Tratado de derecho civil*, t. V, n° 1831, p. 536.

⁷⁵ Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 1246, cita 158, p. 523. Cabe dejar aclarado que este autor, al redactar el Proyecto de Reformas de 1954 prestó su adhesión —aceptando los argumentos de Bibiloni— al sistema francés en los arts. 923 y 928 de aquel cuerpo. Con posteridad, al publicar el *Tratado*, se rectificó admitiendo el criterio de Vélez Sarsfield.

⁷⁶ Siguen la solución del art. 1205 del Cód. Napoleón: el Cód. italiano de 1942 (art. 1307); el Cód. chileno (art. 1521); el Cód. de Venezuela (art. 1227); el brasileño (art. 908), el Cód. peruano (art. 1372, inc. 7); el Cód. uruguayo (art. 1372, inc. 7); el Cód. portugués (art. 520); el *Esbofo* de Freitas (art. 1017, inc. 2); Proyecto García Goyena (art. 1065); Anteproyecto Bibiloni

V) *La solución del Código Civil alemán (B.G.B.) y del Código Federal suizo de las Obligaciones.* — Extremando las consecuencias del principio *personalista* de la culpa y de la mora, el Código Civil alemán (B.G.B.) resuelve que únicamente el culpable o moroso debe soportar las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, mientras que el deudor inocente o no interpelado queda exonerado de toda responsabilidad. Es decir, se aprecia individualmente el comportamiento de cada uno de los deudores, distinguiéndose —al igual que en el sistema francés— el culpable o moroso de los inocentes o no interpelados; sólo que en este caso los primeros *exclusivamente* continúan obligados a pagar el precio de la cosa más la indemnización de los daños y perjuicios; los mencionados en segundo lugar, por el contrario, quedan liberados de toda deuda.

Reza el parágrafo 425 del B. G.B.: "Los demás actos no consignados en los arts. 422 a 424, sólo producirán efecto a favor o en contra del deudor solidario que en ellos haya intervenido, a no ser que de la obligación resulte lo contrario. Esta regla será aplicable especialmente a la notificación, a la morosidad, a la falta, a la imposibilidad de la prestación por el deudor solidario, a la prescripción, a la confusión y a la cosa juzgada"⁷⁷. Claramente se infiere de este texto que la mora de uno de los deudores solidarios sólo a él perjudica.

Dice el art. 146 del Código Federal suizo de las Obligaciones: "Salvo estipulación en contrario, uno de los deudores solidarios no puede agravar con su falta personal, la posición de los otros"⁷⁸. Si bien la doctrina discrepa al interpretar este artículo —hay quienes piensan que sigue el sistema francés (Lafaille, Borda, Galli)—, estimamos acertada la posición de Von Tuhr⁷⁹ y Busso «o, entre otros, quienes sostienen que el Código suizo recepta la solución del Código Civil alemán, pues no cabe duda de que, conforme a la letra del art. 146, *la falta (lato sensu)* en que incurra uno de los deudores solidarios sólo perjudica a él exclusivamente, sin que la situación de los demás se vea agravada por ello.

(art. 1139); Proyecto de 1936 (art. 661); Anteproyecto de 1954 (arts. 923, segunda parte, y 928). En doctrina lo aceptan Toullier, Duranton, Larombière y otros.

⁷⁷ Por el juego armónico de los §§ 422 a 424 por un lado y el § 425 por otro, el sistema que resulta del B.G.B. será el siguiente: el cumplimiento, la dación en pago, la consignación o la compensación hecha por un deudor solidario, favorece a los demás. Si el crédito pertenece a un solo deudor, los otros no pueden compensarlo (art. 422). La remisión de la deuda convenida entre el acreedor y un deudor aprovecha a los demás cuando los contratantes hayan querido extinguir la relación en su totalidad (art. 423). La mora del acreedor respecto de un solo deudor aprovecha a los otros (art. 424). *Los demás actos no consignados en los arts. 422 a 424* sólo producirán efecto a favor o en contra del deudor solidario que en ellos haya intervenido..., tal lo que ocurre con la situación de *mora solvendi*.

⁷⁸ El texto original del art. 146 del Código Federal suizo es el que sigue: "*Sauf stipulation contraire, l'un des débiteurs solidaires ne peut aggraver par son fait personnel la position des autres*".

⁷⁹ Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t. II, § 89, p. 262.

⁸⁰ Busso, *Código Civil comentado*, t. V, n° 4 y 5, p. 148.

Por otra parte, la ley no dice, como en el caso del Código Napoleón, que los ino-
• cefilSS-W' no morosos continúan obligados a pagar el ^recic^de'ta'cosaí "" •

La solución que consagran los Códigos alemán y suizo reposa en la *independencia* de las obligaciones que pesan sobre los distintos deudores solidarios⁸¹. Siendo *independiente* el vínculo que sujeta al deudor culpable o no constituido en mora, con respecto a sus codeudores, es lógico resolver que si la cosa debida se pierde o perece por culpa de aquél o durante el tiempo que permanece en mora, sólo él deba responder por los daños y perjuicios resultantes. Para los otros deudores—inocentes o no morosos— la pérdida de la cosa constituye un verdadero *caso fortuito* y, como es sabido, nadie responde por las consecuencias del *casus*. En otras palabras, la eximición de responsabilidad se funda en que la culpa o mora de uno es para los demás un *acaecer fortuito*⁸², pues los vínculos son independientes. Por ello —dice Enneccerus⁸³—, los acontecimientos que se producen en la persona del acreedor o del deudor singular, por regla general, *sólo influyen sobre el crédito o la deuda de este individuo* (parágrafos 425 y 429, apartado 3°), pues *el efecto es personal*.

Pero este sistema ha sido criticado. Bibiloni⁸⁴ ha sido el que con mayor vehemencia procuró demostrar la inconveniencia del sistema bajo análisis. A la afirmación de que la culpa de uno constituye para los demás un caso fortuito, responde: "Pero hay otra persona en la obligación: el acreedor. Para él no es fortuito ese hecho. Porque no fueron fuerzas naturales inevitables, o circunstancias de imposible previsión, las que determinaron la pérdida. El hecho, por sí mismo, no es fortuito". "En la solidaridad hay —continúa más adelante— no solamente una obligación independiente de varios, sino también una relación económica constituida para asegurar al acreedor la satisfacción de su crédito". Asumiendo el rol de acreedor increpa a los deudores inocentes: "Se pretenden Uds. liberados, pero, ¿por qué? ¿Por caso fortuito? ¿Lo es acaso el hecho culpable? No es un hecho fatal ni inevitable. La liberación no puede resultar por consiguiente de él, desde que tengo la 'seguridad económica' que implica la solidaridad pasiva, de que será satisfecho mi crédito hasta su cumplimiento total".

Parece, sin embargo, que tales críticas no son contundentes. Por el contrario, cabe afirmar que el sistema del Código alemán es *teóricamente* correcto, pues respeta el principio general según el cual *no hay responsabilidad sin culpa*, dejando a salvo —como lo hace notar Von Tuhr— la posibilidad de que las

⁸¹ Enneccerus y Lehmann, *Derecho civil alemán*, "Obligaciones", t II, vol. I, § 93, II, cita n° 1-a, p. 447; Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, t II, § 89, V, p. 262 y ss.; J. W. Hedemann, *Tratado de derecho civil*, vol. III, § 30, ps. 213 y ss.

⁸² Von Tuff, *Tratado de las obligaciones*, t. II, § 89, V, n° 3, p. 263. Véase: Bibiloni. *Anteproyecto*, t. II, ps. 68 y ss., comentario al art. 1139.

⁸³ Enneccerus y Lehmann, *Derecho civil alemán*, "Obligaciones".

⁸⁴ Bibiloni, *Anteproyecto*, t II, ps. 71 y 72.

partes se alejen de él mediante un pacto en contrario. Aún más, en ciertas hipótesis no será necesario un pacto expreso, bastará o^d las[^]roimstancias del caso se infiera que la responsabilidad de uno deba ser soportada por el otro para atenuar el rigor personalista de la culpa. A mayor abundamiento, este sistema es coherente, ya que considerando a los deudores inocentes, los libera de toda responsabilidad.

Por su parte, Llambías⁸⁵, a mi juicio con mayor acierto, le ha objetado que la liberación de los codeudores inocentes significa debilitar exageradamente la estructura concentrada de la obligación solidaria, la que se desvirtúa, pues funciona como simplemente mancomunada con prestación indivisible. En similares términos se pronuncia Lafaille.

c) Sistema del Código Civil argentino

Estudiadas las soluciones que a nuestro problema brindan el art. 1205 del Código Napoleón, y el parágrafo 525 del B.G.B., resta examinar los textos de nuestra ley civil.

I) *Los artículos 710 y 711 del Código argentino.* — Se lee en el art. 710: "Si la cosa ha perecido por el hecho o culpa de uno de los deudores, o se hallase éste constituido en mora, los otros codeudores están obligados a pagar el equivalente de la cosa". Resulta evidente que nuestro codificador decidió en este precepto extender la responsabilidad del deudor solidario culpable o moroso a los demás codeudores. Si Juan, Pedro y Diego deben solidariamente el caballo *Bucéfalo* y éste perece por culpa de Juan o después de su constitución en mora, "los otros codeudores están obligados a pagar el equivalente de la cosa", conforme el texto transcripto.

Hasta aquí queda claro que ante un *incumplimiento absoluto*, todos los deudores —culpables o inocentes— cargan con la obligación de pagar el equivalente de la cosa. Ahora bien, la doctrina se ha detenido a examinar qué debe entenderse por *equivalente de la cosa*, creyendo algunos⁸⁶ que la expresión se traduce por la de *precio de la cosa*, asimilando de ese modo nuestro sistema al que surge del art. 1205 del Código Napoleón. Sin embargo, la mayor parte de nuestros autores se pronuncian en contra de esta lectura, e interpretan que Vélez Sarsfield dispuso en el art. 710 que los deudores solidarios fueran responsables no sólo por el precio de la cosa, sino también por los daños y perjuicios⁸⁷. Un argumento ilevantable en apoyo de esta última opinión fluye de la

⁸⁵ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1247, cita n° 156, p. 521.

⁸⁶ Así lo entendió Bibiloni, *Anteproyecto*, t. TI, p. 147; también la Comisión Reformadora de 1936, *Proyecto*, * ILp.409, art. 661.

⁸⁷ La doctrina argentina entendió siempre que Vélez consagró en estos artículos una res-

letra del art. 711: "La indemnización de pérdidas e intereses en el caso del artículo anterior, podrá ser demandada por cualquiera de los acreedores, del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal".

Esta disposición despeja toda duda. Cualquier acreedor podrá exigir de cualquier deudor el valor de la prestación (equivalente de la cosa) más la indemnización de los daños y perjuicios.

En suma, con arreglo a los arts. 710/711, si la obligación se toma de imposible ejecución por culpa de uno de los deudores, o después de haber quedado constituido en mora, sus codeudores quedan solidariamente obligados a pagar el precio de la cosa debida, más la indemnización de daños y perjuicios que resultare al acreedor. La responsabilidad es conjunta e integral.

II) Objeciones.—Lisandro Segovia ha opuesto reparos al art. 710; en primer lugar interpreta que los deudores inocentes sólo están obligados a pagar el precio de la cosa (sistema francés), y como éste se traduce siempre en una *suma de dinero*, encuentra que el artículo no dice si esta deuda mantiene el carácter solidario que tenía la prestación principal, o si se convierte en simplemente mancomunada. En consecuencia, propone la reforma del precepto *. Por otra parte, sostiene que el art. 711 y su nota no solucionan el problema de la mora en la solidaridad pasiva, pues la disposición legal se refiere exclusivamente a la solidaridad activa. Entiende que lo que Vélez quiso decir en el art. 711 es que *cualquiera de los acreedores solidarios* (solidaridad activa) está facultado para exigir del *deudor* la reparación integral del perjuicio sufrido, sin resolver la cuestión de la solidaridad pasiva. Esta crítica fue seguida luego por otros autores w

Los reproches formulados son fácilmente contestables. En primer lugar, sería superfluo que la ley enunciara que la indemnización subsidiaria por in-

ponsabilidad conjunta e integral: Llerena, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 1.1, p. 437; Machado, *Exposición y comentario del Código Civil*, t. II, p. 475; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 516, p. 368; Busso, *Código Civil comentado*, t. V, n° 16, p. 150; Lafaille, *Obligaciones*, t. II, 2° párr., p. 234; Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, n° 933, p. 97; Rezónico, *Estudios de las obligaciones en nuestro derecho civil*, 11, letras b) y d), p. 644; De Gásperi y Morello, *Derecho civil*, t. II, n° 929 y 930, p. 390; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. I, p. 97; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1248, p. 524; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 597, p. 400; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 1313 y 1314; Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. IV, n° 1163, p. 553; Raffo Benegas, *Código Civil* (dir. por Llambías), t. II-A, n° 6, p. 534; Gagliardo, *La mora*, p. 147.

⁸⁸ Segovia, *El Código Civil Su explicación y crítica bajo la forma de notas*, 1.1, n° 13 y 14, ps. 182 y 183. Procurando sanear los defectos del art. 710 postula su reemplazo por la siguiente redacción: "Si la imposibilidad absoluta del pago ha tenido lugar por el hecho o culpa de uno o más deudores solidarios, o durante la mora de ellos, todos y cada uno de los deudores estarán obligados solidariamente a pagar el valor de la prestación imposible".

⁸⁹ "Este artículo y su nota—dice Segovia, refiriéndose al 711—suponen equivocadamente que tratan y que han resuelto la cuestión en el caso de la solidaridad *pasiva*, mientras que sólo se ocupan de la solidaridad *activa*": *El Código Civil. Su explicación y crítica bajo la forma de notas*, 1.1, n° 13 y 14, ps. 182 y 183.

cumplimiento de una obligación solidaria, sea también solidaria. Si se debe el caballo *Bucéfalo* y éste perece, se adeuda en su lugar una suma de dinero; ha mutado el objeto, pero la naturaleza del vínculo es la misma. Un simple cambio de objeto no quita a la obligación el carácter de solidaria. En segundo lugar, es verdad que el art. 711 contempla la solidaridad activa, pero también es innegable que es, de *aplicación extensiva* a la solidaridad pasiva, no sólo porque así lo expresan sus propias palabras: "La indemnización de pérdidas e intereses en el caso del artículo anterior...", sino también porque el art. 16 obliga al juez a echar mano —ante el silencio de la ley— a los principios y soluciones contenidos en normas análogas.

En sustancia, debe interpretarse que por el art. 710 todos los deudores solidarios son responsables por la culpa o mora en que incurra cualquiera de ellos, y en cuanto a la *extensión* de esa responsabilidad, cada uno queda obligado a la reparación integral del daño causado con ajuste al art. 711.

ni) *Fundamentos del sistema argentino.*— Como se desprende de lo expuesto, Vélez se apartó de la solución que consagrara el art. 1205 del Código Napoleón y, con mayor razón, dejó de lado aquel otro sistema que hace responsable únicamente al culpable o moroso. Es sabido que nuestro codificador construyó el edificio de la responsabilidad civil —que nos rigió por más de un siglo— cimentándolo en el milenarismo principio de *la culpa* ⁹⁰, conforme al cual *no hay responsabilidad sin ella*. Siendo así, si sólo se puede condenar a la reparación de un daño a la persona que actúe *culpablemente*, sorprende que el mismo Vélez decida, en materia de solidaridad pasiva, sancionar a los codeudores inocentes, haciéndolos cargar con las culpas ajenas. ¿Qué motivos lo impulsaron a apartarse del Código francés, imponiendo en su lugar la solución más dura? Bien pudo nuestro codificador seguir en este punto el Código Napoleón, cuya solución, aunque difícil de justificar desde el punto de vista estrictamente jurídico, es menos dura y más equitativa que la que finalmente adoptó, como acertadamente lo ha hecho notar Marcadé ⁹¹, opinión que Vélez no ignoraba. Pese a tales condicionamientos doctrinarios, la verdad es que nuestro Có-

⁹⁰ Orgaz, A., *La culpa* (Actos ilícitos), p. 27, n° 5; Acuña Anzorena, *Estudios sobre la responsabilidad* (Actos ilícitos, definición y elementos), p. 3. Si bien después de la reforma de 1968 la culpa ha visto reducido su campo de aplicación sigue siendo, para una importante doctrina, la regla general. Los factores objetivos de atribución (riesgo creado, garantía, etc.) revisten carácter excepcional: Bustamante Alsina, *Teoría general*, n° 745, p. 234. En este sentido el IV Congreso de Derecho Civil declaró: que no obstante las reformas, introducidas por la ley 17.711, sigue rigiendo, como principio general, la idea de que no hay responsabilidad sin culpa. Otra doctrina, que ha ganado importantes adeptos, sostiene que luego de la reforma coexisten *dos sistemas* generales de responsabilidad: uno subjetivo basado en la culpa, y otro objetivo basado en el riesgo creado: Borda, *Obligaciones*, t. II, n° 132,2, p. 261; Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, t. I, n° 53, p. 1218.

⁹¹ Marcadé y Pont, *Explication méorique et pratique du Code*, t IV, n°s 608 y 609, p. 501.

digo recogió la solución más justa. Según la nota puesta al pie del art. 711, el codificador explica que establece la solución contraria al Código francés "...porque la obligación de satisfacer los perjuicios en el caso de la inejecución de la obligación es de ley..."; además, agrega, "no debe olvidarse tampoco el principio de que los deudores son mutuos mandatarios y representantes los unos de los otros, lo que en tantos casos es muy favorable. Deben, pues, sufrir las consecuencias de la culpa del que ha perjudicado al acreedor solidario". Parecería entonces, que nuestro legislador se apoyó en la teoría del *mandato tácito*.

§ 567. CONSECUENCIAS DE LA TEORÍA DE LA PLURALIDAD DE VÍNCULOS
SOBRE LA CULPA Y EL CURSO DE LOS INTERESES.
LGS SUPUESTOS DEL ART. 702

La teoría de la pluralidad de vínculos sirve para explicar la concurrencia de diversos factores de atribución de responsabilidad y el funcionamiento de los arts. 702, 704 y 705.

a) *Pluralidad de vínculos y diversos factores de atribución de responsabilidad*

En el caso de que uno de los deudores solidarios imposibilite por su culpa el cumplimiento de la obligación, o la imposibilidad sobrevenga a la constitución en mora, todos los codeudores son responsables solidarios frente al acreedor por el valor de la cosa más la indemnización de daños y perjuicios que resultaren al *accipiens*. Ahora bien, el factor de atribución de responsabilidad no es el mismo para el deudor culpable o moroso que para los inocentes o no interpelados. Para los primeros, mediando por hipótesis *culpabilidad*, la atribución es *subjetiva*; para los segundos, en cambio, la ley crea un factor *objetivo* de atribución. Quede claro, pues, que la culpa de uno de los deudores solidarios no se contagia a los demás, quienes, sin embargo, son igualmente responsables por la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. La ley les imputa responsabilidad prescindiendo del elemento culpa.

La solidaridad, se ha dicho⁹², sólo tiene razón de ser como medio de proteger el interés del acreedor. Pues bien, la aplicación rigurosa del principio *personalista* de la culpa —tal como sucede en el Código alemán— conduce a la quiebra de la solidaridad como fácilmente se alcanza a comprender. Parece, en consecuencia, incorrecto pretender que la *culpa* sea en todos los casos el fundamento de la reparación. Acaecida cualquiera de las formas de incumplimiento (absoluto, relativo, etc.) quedan configuradas en la solidaridad: la nota de antijuridicidad (tomando al incumplimiento como ilícito); un resultado dañoso; un nexo ade-

cuado de causalidad y dos factores de atribución: uno subjetivo y otro objetivo. Sólo así, atribuyendo responsabilidad objetiva a los deudores inocentes, quedará rodeado de suficientes garantías en favor del acreedor.

b) Curso de los intereses

Siguiendo al art. 1207 del Código Civil francés, Vélez estableció en nuestro art. 714 que "La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, hace correr los intereses respecto de todos".

El precepto sugiere algunas observaciones.

I) Se trata de una solución congruente, guarda armonía con lo dispuesto en los arts. 710 y 711, pues confirma que —en nuestro derecho— la responsabilidad de los deudores solidarios es, en todos los casos, conjunta e integral.

II) Los intereses a que se refiere el artículo son de naturaleza *moratoria*, no *compensatoria*. Constituyen, por ende, una sanción resarcitoria, pues se adeudan en razón del atraso en cumplir la obligación, son un típico efecto de la situación de mora (arts. 508, 509, etc.).

IÜ) Pese a las palabras de la ley (*la demanda de intereses entablada...*), la doctrina entiende que el efecto expansivo que prevé el dispositivo legal nti'se alcanza *únicamente* por *demanda judicial*. Se requiere, sí, constitución en mora, abstracción hecha de la forma que se emplee para poner al deudor en mora.

IV) El art. 509 del Código Civil limita la vigencia del texto del art. 714 a los supuestos en los cuales sea necesaria la interpelación, pues de lo contrario, si la obligación es a plazo, el solo vencimiento de éste implica la mora automática de todos los deudores, sin discriminación.

c) Los supuestos previstos en el art. 702

Con arreglo a la letra de este artículo, *la obligación no deja de ser solidaria*, aunque un deudor se obligue pura y simplemente, otro lo haga bajo condición, y un tercer deudor se fije un plazo. Es decir, la ley tolera que los codeudores asuman la obligación bajo distintas modalidades: para uno hay un plazo, para otro condición, para el tercero la exigibilidad es inmediata. ¿También en este caso la mora se expande sin más, a los otros? En principio, la respuesta debe ser negativa. Si bien el objeto debido es el mismo para todos los deudores, *el momento en que su cumplimiento es exigible* no coincide en el tiempo; por el contrario, mientras que para el que se obligó pura y simplemente la exigibilidad es actual, a los otros no se le puede exigir el cumplimiento hasta que la condición no se cumpla o el plazo no expire.

Si el acreedor interpela al que se obligó pura y simplemente, lo habrá constituido en mora, cuyos efectos no alcanzarán a los otros deudores, pues para ellos la obligación aún *no es exigible*. La solución es enteramente lógica, pues la situación de mora, por definición, presupone una obligación exigible.

Ahora bien, luego de constituido en mora el primer deudor (obligado pura y simplemente) y mientras dura ese estado, *se cumple la condición* tornando exigible la obligación con respecto al segundo deudor «¿el acreedor deberá interpelar también a este deudor? La reclamación es, en la hipótesis, innecesaria. La interpelación hecha al primer deudor vale para el segundo; por consiguiente, el cumplimiento de la condición no sólo torna exigible la obligación, también provoca la mora. Con relación al deudor que se obligó a plazo, la expiración de éste bastará para convertirlo en moroso. Es posible que el acreedor no requiera el cumplimiento al deudor obligado en forma pura y simple y decida esperar la expiración del plazo, en tal caso, el vencimiento del término provoca la mora de ambos deudores.

En resumen, si varias personas asumen una obligación solidaria con diversas modalidades, la constitución en mora —por regla general— no se produce en forma simultánea, sus efectos se van expandiendo entre los deudores a medida que las obligaciones se tornen exigibles. Así opina la mayor parte de nuestros autores⁹³. La importancia práctica del régimen de la mora en esta clase de obligaciones se patentiza en la cuestión siguiente.

I) *¿Desde qué momento se computan los efectos de la mora?*—Tres personas se obligan a pagar una suma de dinero. Juan, primer deudor, la asume pura y simplemente; Pedro, segundo deudor, condiciona su cumplimiento a la obtención de una buena cosecha; mientras que el tercer deudor, Diego, estipula que efectuará el pago el día 30 de junio. Semejante contrato tiene lugar el 28 de febrero. A partir de esa fecha el acreedor se encuentra facultado para exigir el cumplimiento de la prestación a Juan, pues tratándose de una obligación pura y simple, su exigibilidad es inmediata. Respecto de los otros deudores, el acreedor debe esperar hasta que la condición y el plazo se cumplan. Llegado el 30 de marzo interpela a Juan constituyéndolo en mora; ahora bien, ¿los intereses moratorios que corren a partir de esta fecha, perjudican a todos los deudores, o solamente a Juan? ¿Podrán Pedro y Diego alegar que durante este período, hasta el cumplimiento de la condición y del plazo, ellos no estuvieron en mora? Los intereses corren para Juan desde la interpelación (30 de marzo), para Pedro, desde el cumplimiento de la condición y para Diego desde la expiración del plazo 9*. Es decir, para los segundos, los efectos no se retrotraen al día de la interpelación formulada al primero de ellos. La interpelación hecha por el acreedor

⁹³ Por todos: Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 937, p. 100; Busso, *Código Civil*, t. V, comentario al art. 702, n° 11, p. 118 y n° 29, p. 120.

⁹⁴ El art. 1201 del Código Napoleón, similar a nuestro 702, que lo tomó como fuente, ha sido interpretado por los autores franceses en sentido concordante con lo que decimos en el texto: Aubry y Rau, *Cours de droit civil*, t. IV, § 298 *ter*, p. 19; Marcado y Pont, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, t. IV, n° 611, p. 502; Demolombe, *Cours de Code Napoleón*, t. 26, n° 352 a n° 354; Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, t. II, n° 1229.

al primer deudor, lo exime de nuevas interpelaciones, pero el cómputo de los intereses se hará para cada deudor, desde que cada uno incurre en mora⁹¹. La jurisprudencia ha tenido oportunidad de aplicar esta tesis en materia de fianza solidaria.

II) Supuesto de fianza solidaria. — Si una persona afianza solidariamente la obligación del inquilino, pero supedita su responsabilidad a la condición de que se le comunique la falta de pago en que pueda incurrir el deudor principal, no procede el cobro de alquileres atrasados contra el fiador solidario si el actor no acredita que la falta de pago le fue comunicada en la forma pactada⁹².

§ 568. LA MORA DEL ACREEDOR EN LA SOLIDARIDAD PASIVA

Corresponde indagar si el acreedor que queda constituido en mora por uno de los deudores, es también moroso frente a los otros deudores que no le ofrecieron el pago. En otras palabras, sin salir de la solidaridad pasiva, pero "enfocando el fenómeno desde el lado opuesto, se trata de saber si cuando un deudor constituye en mora al acreedor, favorece con este acto a sus codeudores⁹³.

Nuestro Código Civil —como sucede en general con todo lo relacionado con la *mora accipiendi*— nada dice al respecto. Pese al vacío legal, la respuesta válida es: puesto en mora un acreedor, esta situación favorece a todos los deudores. Se ha considerado que esa respuesta se encuentra plenamente justificada en nuestro ordenamiento, pues si el pago de un deudor es liberatorio de todos los demás, *afortiori*, los efectos más limitados de la tentativa de pago, fracasada por culpa del acreedor, tienen que alcanzar también a todos los deudores⁹⁴. En realidad, si el acreedor rehusa las ofertas reales de cumplimiento que uno de los deudores le formula, estará en mora con relación a todos, pues no le será lícito alegar que esperaba recibir el pago de Juan y no de Pedro. Por su

⁹¹ Cfr. Machado, *Exposición y comentario*, t. II, comentario al art. 702, p. 483; L. Segovia, *Código Civil* 11, p. 184, n° 15, segunda parte. También opina así, Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, 1.1, n° 155, p. 144.

⁹² CCiv. 1°, "J.A.", 50-881; C.Paz, Sala IÜ, "J.A.", 1960-11-612; C.Civ. 1°, "J.A." 35-106; CPaz, Sala II, "J.A.", 53-808; CPaz, Sala I, "J.A.", 54-591. Si la obligación es a plazo (art. 509, primer párrafo), su solo vencimiento constituye al deudor en mora principal y compromete la responsabilidad del fiador CPaz, Sala I, "J.A.", 1960-III-299. El fiador únicamente podrá invocar la falta de aviso —en los supuestos de mora automática— cuando esta condición se haya estipulado expresamente: C.Paz, Sala I, "L.L.", 147-962 (S-28.991).

⁹³ El Anteproyecto Bibiloni (art. 11423), el Proyecto de 1936 (art. 664) y el Anteproyecto de 1954 (art. 928, segunda parte) legislan una clara solución: la mora de uno de los acreedores perjudica a los demás, al tiempo que beneficia a todos los deudores. Otros Códigos y proyectos tienen establecida esa misma solución: es el sistema que resulta de los arts. 424 y 429, primera parte del **B.G.B.**, y del art. 988 del Anteproyecto de De Gásperi.

⁹⁴ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1250, p. 526.

esencia, la solidaridad faculta a cualquier deudor a cumplir íntegramente la obligación. Tampoco en este caso cree útil acudir a la teoría del mandato. Si se admite que el cumplimiento que consiste en *un daré* es un fenómeno que debe ser apreciado *objetivamente*, con prescindencia de los sujetos que en él intervienen, se comprenderá por qué cuando el *accipiens* obstaculiza el ingreso del objeto debido a su propio patrimonio, es justo que sólo él cargue con las consecuencias de sus actos.

§ 569. PRESCRIPCIÓN

Desde la perspectiva de la solidaridad pasiva, es necesario distinguir la *iniciación*, la *interrupción* y la *suspensión* de la prescripción con la finalidad de examinar si los efectos respecto de uno de los deudores se extienden a los restantes.

a) Iniciación

En principio, la iniciación del curso de la prescripción es *común* para todos los deudores pues, por hipótesis, la deuda nace y se hace exigible respecto de todos ellos en el mismo momento. Sin embargo, puede ocurrir que para uno de los deudores la obligación, sin dejar de ser solidaria, se encuentre sujeta a una condición suspensiva o a un plazo y que para los otros deudores sea pura y simple (hipótesis prevista en el *art. 702*); en este caso, el comienzo del curso de la prescripción no será uniforme, sino que dependerá del momento en que la obligación se haga exigible para cada deudor.

b) Interrupción

*

Una vez iniciado el curso de la prescripción a favor de los deudores solidarios, "cualquier acto que la interrumpa en favor de uno de los acreedores o en contra de uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás" (art. 713).

Si bien queda claro el efecto expansivo de la interrupción de la prescripción, caben las siguientes acotaciones:

1) El art. 713 se refiere a *cualquier acto* que interrumpa la prescripción. Sin embargo, cuando la interrupción proviene del reconocimiento de la deuda que haga uno de los deudores, si bien tendrá efecto interruptivo, ese reconocimiento no puede perjudicar a los demás deudores, porque se trata de un acto personal fundado en razones de conciencia y, como todo acto de conciencia, sólo puede ser atribuido a su autor^m.

Tal como lo propone Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1243, p. 518.

Comp. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 599, p. 469, quien parece aceptar que si el reconoci-

2) Si el plazo de prescripción se ha cumplido y, por ende, se considera ganada su eficacia liberatoria por los deudores, la *renuncia* que haga uno de ellos a los beneficios de esa prescripción no puede afectar o perjudicar a los demás, es claro, pues, que operada la prescripción, la obligación se ha vuelto *natural* y la renuncia de un deudor no puede hacer renacería obligación civil para quienes no han renunciado a ella.

3) En caso de fallecimiento de uno de los deudores, sus herederos no están comprendidos en la solidaridad; en consecuencia, respecto de ellos, no rige el efecto expansivo de la interrupción de la prescripción (art. 3995).

c) *Suspensión*

Por último, la suspensión de la prescripción no extiende sus efectos entre los codeudores. Es decir, si la prescripción está suspendida respecto de uno de los deudores, para los otros la prescripción no se suspende (arts. 3980 y 3981).

§570. COSA JUZGADA

a) *Planteo del problema*

Desde la perspectiva de la solidaridad pasiva, el problema que se debe resolver es si la sentencia dictada en *contra* de uno de los deudores hace cosa juzgada respecto de los otros codeudores que, por hipótesis, no participaron en el juicio. Como se analiza la cuestión en la solidaridad pasiva, buscando claridad en la exposición, se trabajará con la hipótesis que se presenta cuando la relación de obligación se establece entre un único acreedor y varios deudores, por ejemplo, Juan es el acreedor de Pedro, Diego y Pablo, deudores solidarios, si Juan demanda a Pedro, la sentencia que se dicte en ese juicio, ¿hará cosa juzgada respecto de Diego y Pablo que no intervinieron en el pleito?

Con anterioridad a la reforma de la ley 17.711, ante el silencio de nuestro Código Civil en esta materia, predominaba la opinión —fundada en la necesidad de reforzar la seguridad del acreedor solidario— según la cual si la sentencia era condenatoria, el acreedor podía invocar y hacer valer esa condena contra los otros codeudores, aunque éstos no hubiesen participado en el juicio, salvo que alguno de los deudores no demandados tuviera alguna defensa personal que oponer al acreedor ¹⁰¹.

miento de un deudor consta en instrumento público o privado de fecha cierta, sería invocable como causal interruptiva de la prescripción contra los otros codeudores.

¹⁰¹ Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 1010, p. 144; Busso, *Código Civil*, t. V, comentario al art. 713, n° 38, p. 164; Lafaille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", vol. I, n° 1140, p. 235 y n° 1159, p. 244; De Gáspari y Morello, *Derecho Civil*, "Obligaciones", t. D, n° 923, p. 382.

b) La solución de la ley 17.711. El párrafo agregado al art. 715

La opinión que predominaba con anterioridad a la reforma había sido objeto de severo cuestionamiento, con dos argumentos: *a)* se vulneraba la garantía constitucional de la defensa en juicio, pues los deudores, sin haber sido "parte" en el juicio, debían soportar la condena; *b)* se favorecía la colusión o acuerdo fraudulento entre el acreedor y un deudor (que podía prestarse a facilitar la sentencia condenatoria) para así perjudicar a los otros ¹⁰².

En el marco de este debate, la ley 17.711 incorporó al art. 715 un segundo párrafo, de cuyo texto resulta que "La cosa juzgada recaída en juicio,... no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio". Con esta disposición queda cerrado el debate, pues es claro que la sentencia condenatoria dictada en contra uno de los deudores solidarios no es oponible, es decir, no hace cosa juzgada respecto de los otros codeudores que no fueron demandados. A mayor abundamiento, el acreedor que demandó y resultó victorioso no puede hacer valer su victoria contra los deudores a quienes no demandó; con mayor razón, otros coacreedores que no demandaron, si los hubiere, tampoco pueden invocar la sentencia condenatoria contra los deudores no demandados. Se respeta, así, la garantía constitucional de la defensa en juicio, respecto de los deudores que no fueron parte en el juicio.

c) Sentencia que rechaza la demanda

Distinta es la cuestión cuando la sentencia es favorable al deudor demandado, es decir, cuando rechaza la demanda o absuelve al deudor; en este caso, ¿pueden los codeudores que no fueron parte en el juicio invocar esa sentencia absolutoria contra el acreedor que promovió el juicio? La cuestión está expresamente prevista en la última parte del segundo párrafo del art. 715: "Los codeudores pueden invocar la cosa juzgada contra el coacreedor que fue parte en el juicio".

Este párrafo merece una aclaración importante: el rechazo de la demanda puede ser invocado por los codeudores que no fueron demandados, pero exclusivamente contra el acreedor que entabló la demanda y resultó vencido, pero no contra otros coacreedores no demandantes, si los hubiere. La aclaración es importante, porque el fundamento que justifica que los codeudores no participantes en el juicio pueden hacer valer el rechazo de la demanda contra el acreedor que demandó, radica en que la ley presume que ese acreedor, al demandar, tuvo plenas garantías para hacer valer su derecho y si no lo logró, es porque no tiene derecho.

En definitiva, el sistema instaurado por la ley 17.711 toma como base la participación en juicio. Considerando siempre la hipótesis de que exista un solo acreedor, aquella premisa arroja estas conclusiones: *a)* si la sentencia es con-

denatoria, sólo afecta al deudor que fue demandado, no puede ser invocada contra los otros; b) si la sentencia es absolutoria respecto de un deudor, puede ser invocada por los otros codeudores contra el acreedor.

§ 571. INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Si el cumplimiento *in natura* de la obligación solidaria se toma imposible por una causa imputable a uno de los deudores, si bien desaparece el objeto específico, todos los codeudores quedan obligados "a pagar el equivalente de la cosa" (art. 710, *in fine*). En tal caso, la indemnización de pérdidas e intereses, "podrá ser demandada por cualquiera de los acreedores, del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal" (art. 711), es decir, la obligación continúa siendo solidaria no obstante la mutación de su objeto.

U) EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD ENTRE LOS CODEUDORES

§ 572. PLANTEO DEL PROBLEMA. EL PRINCIPIO DE CONTRIBUCIÓN

El problema a resolver es el siguiente: cuando uno de los deudores solidarios ha solventado íntegramente la deuda, desinteresando al acreedor, ¿qué derechos tiene contra los otros codeudores que, por hipótesis, se han beneficiado?

Los otros codeudores están obligados a *contribuir* con quien ha pagado. Esta respuesta se deduce, en efecto, del art. 716, según el cual la obligación solidaria "se divide entre los deudores, los cuales entre sí están obligados sino a su parte y porción". Queda entendido, en consecuencia, que si el pago íntegro ha tenido lugar, cada codeudor está obligado a aportar, restituyendo cada uno "su parte y porción" al deudor que ha pagado. Tal, el denominado "principio de contribución".

Ahora bien: ¿en qué medida debe hacerse la contribución? Las relaciones entre los codeudores al respecto, dice el art. 717, "se reglarán como está dispuesto en el art. 689". El Código resuelve la cuestión remitiéndose a las reglas que sobre distribución y contribución han sido establecidas para las obligaciones divisibles e indivisibles¹⁹³. En resumen, la contribución entre los deudores solidarios se hará: 1) de acuerdo con lo que los propios codeudores hubiesen acordado, en el título de la obligación o en un contrato especial; 2) de acuerdo con "las circunstancias" de la obligación, es decir, teniendo en cuenta su causa y el interés que cada deudor tiene en ella; 3) en subsidio, a falta o por insuficiencia de los criterios anteriores, la contribución se hará en partes iguales.

La cuestión ha sido tratada *supra*, § 551.

§ 573. LAS ACCIONES RECURSORIAS O DE REGRESO. LÍMITE

Ya se dijo que el deudor que ha pagado íntegramente la deuda (*solvens*), tiene derecho a que los otros deudores "contribuyan" con él, reintegrándole, cada uno, su parte y porción. Ahora bien, si la contribución no se hace en forma voluntaria, ¿con qué acción cuenta para demandar judicialmente el reintegro? Son varias las posibilidades.

a) *Acciones típicas*

En primer lugar es lógico suponer que entre los codeudores existe una relación jurídica particular y concreta que es, por otra parte, la que justifica que se hayan obligado solidariamente, por ejemplo, puede existir entre ellos un contrato de sociedad o una fianza o un mandato; en cualquiera de esos casos, la "contribución" podrá ser demandada haciendo uso de la acción típica que corresponda a cada contrato, con sujeción a su régimen específico. Es más, si por las particularidades del caso no fuera posible probar, por ejemplo, la existencia de un mandato, podrá el deudor que ha pagado demandar el reintegro mediante la acción de gestión de negocios irregular (art. 2302) 'W, si encuentra que las condiciones de esta acción le resultan convenientes.

b) *Subrogación legal*

Si no existieran acciones típicas o si las que existieran no resultan convenientes a quien intenta el recupero, éste puede hacer uso de la subrogación legal prevista en el art. 768, inc. 2, e intentar la acción que tenía el acreedor ya desinteresado y, por hipótesis, satisfecho con el pago. En ese caso, tendrá los mismos derechos, privilegios y garantías de que gozaba el acreedor pagado. Es importante dejar establecido que es el deudor que intenta el reintegro quien tiene el derecho de optar por una de las acciones a su alcance y puede, incluso, ejercerlas conjuntamente¹⁰⁵.

c) *Límites de la acción de regreso*

Supóngase que el deudor que ha pagado decide hacer uso de la subrogación e intenta la acción que tenía el acreedor, como éste tenía, en razón de la solidaridad, derecho al pago íntegro de cualquiera de los deudores, corresponde preguntan ¿el

¹⁰⁴ Cfr. Baudry-Lacantinerie y Barde, *Des obligations*, t. II, n° 1257; De Ruggiero, *Instituciones de derecho civil*, t. II, vol. I, § 72, p. 94; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t U, n° 976, p. 125; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1260, p. 532.

¹⁰⁵ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1262, p. 533.

mismo derecho tendrá el deudor subrogado?; es decir, ¿tendrá derecho a exigir de cualquiera de los otros codeudores la íntegra contribución? No. Sólo tiene derecho a exigir de cada codeudor, la contribución de la "parte y porción" que a cada uno le corresponde en la deuda. Bien se ve que si se quiere recuperar íntegramente la contribución, se deberá demandar a cada codeudor. No obstante, existe acuerdo en nuestra doctrina en que ésta es la mejor solución¹⁰⁶, porque facilita la pronta liquidación de la solidaridad entre los codeudores¹⁰⁷.

d) Supuesto de pago parcial

Una última cuestión. Hasta aquí se ha considerado la hipótesis que se presenta cuando uno de los deudores paga toda la deuda; ahora, si uno de los deudores, no obstante la solidaridad, paga su parte o menos, ¿tendrá acción para pedir contribución de los otros en proporción a lo que pagó?, por ejemplo, Pedro y Pablo deben solidariamente \$ 10.000, Pedro paga, porque lo acepta el acreedor, solamente \$ 5.000, es decir, paga su parte, ¿podrá exigir que Pablo "contribuya" restituyéndole \$ 2.500? No, pues sólo se ha pagado lo que se debe y en nada se ha beneficiado al otro codeudor. Sólo hay derecho a exigir contribución, cuando un deudor paga toda la deuda o más de lo que le corresponde en el reparto.

§ 574. INSOLVENCIA DE UNO DE LOS DEUDORES

Si uno de los deudores solidarios cae en insolvencia, ¿quién debe soportar la pérdida?

a) Regla general

El art. 717, última parte, nos brinda la regla general: "Si alguno de los deudores resultare insolvente, la pérdida se repartirá entre todos los solventes y el que hubiese hecho el pago". Por ejemplo, Pedro, Pablo y Diego deben solidariamente \$ 15.000; Pedro paga toda la deuda y tiene derecho a que los otros dos le reintegren, cada uno, \$ 5.000. Según la regla general, si Pablo cae en insolvencia, su parte (\$ 5.000) debe repartirse entre el otro deudor solvente y quien ha hecho el pago, es decir, reliquidada la deuda, Pedro y Diego deben aportar cada uno \$ 7.500, pero como Pedro ya ha pagado todo, Diego debe contribuir con él reintegrándole \$ 7.500. Es una solución lógica, pues si la solidaridad se

¹⁰⁶ Cfr., por todos: Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 607, p. 475.

¹⁰⁷ Sería engorroso y antieconómico autorizar una subrogación por el remanente del crédito, con la sola deducción de la parte del *solvens*, contra cualquiera de los otros deudores, pues ello originaría una prolongada *cadena de acciones*: Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1263, p. 534.

funda en un interés asociativo o comunidad de fines, la pérdida debe repartirse, y es justa¹⁰⁸, porque evita castigar al deudor que ha pagado.

En principio, es irrelevante, a los fines de la distribución de la pérdida, que la insolvencia se haya producido antes o después del pago¹⁰⁹. Sin embargo, si al tiempo de hacer el pago todos los codeudores eran solventes y el que pagó demora iniciar, por notoria y manifiesta negligencia, la acción de reintegro y en ese lapso uno de los deudores cae en insolvencia, los otros podrán oponerse a soportar la pérdida, esta solución merece dos comentarios: 1) debe tratarse de una negligencia grave y debidamente probada; 2) la *fecha* de la insolvencia (posterior al pago) es irrelevante, porque lo que incrementa la responsabilidad de quien pagó es su propia culpa.

b) Dispensa de la solidaridad a favor de uno de los deudores e insolvencia de otro

La hipótesis a considerar es la siguiente: Juan, Pedro, Diego y Pablo deben solidariamente \$ 20.000, Juan paga toda la deuda, Pedro es dispensado de la solidaridad por el acreedor y Diego cae en insolvencia, sólo queda Pablo como codeudor solvente y no dispensado. ¿Cómo se distribuirá la deuda? ¿Quién o quiénes cargarán con la parte del insolvente?

Para resolver la cuestión se tendrán en cuenta las siguientes pautas:

1º) Existe conformidad entre los autores en el sentido de que la dispensa o liberación de uno de los deudores por parte del acreedor no puede perjudicar a los otros deudores¹¹⁰. Un solo argumento es suficiente para justificar esta solución: lo que acuerden el acreedor y uno de los deudores es, para los otros, *res inter alios acta*, es decir, siendo un contrato ni en el que no participaron, sus cláusulas no los vinculan ni son obligatorias para ellos.

2) En consecuencia a los fines de la acción de regreso, se ha de proceder, mentalmente, como si no existiera la dispensa o la liberación de uno de los deudores. Esto quiere decir que, por aplicación de la regla general (art. 717, *in fine*),

¹⁰⁸ Como lo ha reconocido nuestra doctrina: Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t II, n° 982, p. 128; Borda, *Obligaciones*, t I, n° 610, p. 477.

¹⁰⁹ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1264, p. 535,

¹¹⁰ Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t II, n° 983, p. 129 y n° 985, p. 130; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 654; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, a' 1324; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1265, a), p. 537; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 717, n° 10, p. 370; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 905, p. 465; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 611, p. 478. En contra. Machado (*Exposición y comentario*, t. II, comentario al art 717, nota en p. 463), sostiene que el deudor dispensado no debe contribuir con la parte del insolvente.

¹¹¹ El "acuerdo" entre el acreedor y uno de los deudores, en tanto tiene un contenido patrimonial, es un *contrato*, según la interpretación amplia del art. 1137 del Cód. Civil.

la parte o porción del insolvente se repartirá entre todos los deudores solventes (incluido él dispensado o liberado) y el deudor que realizó el pago. En el caso de nuestro ejemplo: Juan, Pedro, Diego y Pablo deben solidariamente \$ 20.000, Juan paga toda la deuda, Pedro es dispensado de la solidaridad por el acreedor y Diego cae en insolvencia, la parte de este último debe distribuirse entre los otros tres codeudores: Juan (que pagó), Pedro (que fue dispensado) y Pablo (codeudor solvente).

3) Por último, si el acreedor está decidido a liberar a uno de los deudores, no sólo de la solidaridad sino incluso de la deuda, puede hacerlo, pues impera al respecto el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197). Pero en este caso, como no puede perjudicar a los otros deudores, él (el acreedor) ocupará el lugar del deudor liberado y deberá contribuir con quien hizo el pago, restituyéndole todo lo que el liberado estaba obligado a restituir, incluida la porción del insolvente¹¹².

§ 575. CONTRIBUCIÓN EN CASO DE EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR OTROS MEDIOS

Hasta aquí se han venido considerando las relaciones entre los codeudores originadas en la extinción de la obligación por *pago*, efectuado por uno de ellos. ¿La misma contribución será debida si la obligación se extingue por otros medios, como la novación, la confusión o la dación en pago? Existe acuerdo entre los autores en el sentido de que se aplican las mismas reglas relativas a la contribución, porque lo que interesa es que la extinción de la obligación hecha por uno de los deudores por cualquier medio, ha *beneficiado* a los otros deudores y entonces es justo que éstos deban contribuir con quien los liberó¹¹³.

C) SOLIDARIDAD ACTIVA

§ 576. IMPORTANCIA. EFECTOS. MÉTODO

La solidaridad activa, que se presenta cuando una relación de obligación tiene pluralidad de acreedores y en cuya virtud cualquiera de ellos puede reclamar del deudor el cumplimiento íntegro del objeto debido, es de uso menos frecuente que la solidaridad pasiva. Su menor importancia práctica¹¹⁴ se explica porque no tiene,

¹¹² Cfr. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 611, p. 478. Algunos autores, como Llambías (*Obligaciones*, t. II-A, n° 1265, p. 541) y Ameal (en Belluscio [dir.] y Zannoni [coord.], *Código Civil*, t. III, comentario al art. 717, n° 10, p. 370) afirman que el *solvens* tiene acción de regreso contra el liberado y éste, luego, puede repetir contra el acreedor que lo liberó.

¹¹³ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1268, p. 545.

¹¹⁴ Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 618, p. 482.

como la pasiva, la finalidad de asegurar el cumplimiento, sino sólo el de posibilitar que cualquier acreedor pueda cobrar la totalidad del crédito.

Los efectos de la solidaridad activa no son sino el reverso de los efectos que se producen en la solidaridad pasiva¹¹⁵, ya estudiados. Por eso aquí sólo se dirá lo indispensable, salvo que la cuestión tenga particular interés respecto de la solidaridad activa

§ 577. EFECTOS PRINCIPALES

En razón de la apuntada simetría con la solidaridad pasiva, los efectos principales de la activa son: 1) cualquier acreedor tiene derecho al cobro íntegro del crédito; 2) si la obligación se extingue para un acreedor, se extingue para todos los demás.

a) Derecho al pago íntegro

El derecho a cobrar íntegramente el crédito que tiene cada acreedor es el reverso de la obligación de pagar toda la deuda que pesa sobre cualquiera de los deudores solidarios (arts. 705 y 706). Si bien cualquier acreedor tiene derecho al cobro íntegro, puede limitarse a aceptar un pago parcial, en tal caso, el crédito se habrá extinguido para todos los coacreedores hasta el límite de ese pago.

b) Extinción de la obligación

Ya se ha dicho que si la obligación se extingue para un acreedor se extingue para todos. Desde la perspectiva de la solidaridad activa, es importante destacar que cuando se dice que el deudor puede hacer el pago a cualquier acreedor, se le está reconociendo el derecho de elegir a quién pagar (art. 706).

I) *Principio de prevención.* — El derecho de elegir a quién pagar cesa si el deudor ha sido demandado por uno de los acreedores, en este caso, el pago deberá hacerse a quien ha demandado, pues funciona el principio de prevención (art. 706 *in fine*). Para que la prevención funcione se requiere: a) que se haya interpuesto demanda judicial, no es suficiente la reclamación extrajudicial; b) que la demanda haya sido notificada al deudor demandado¹¹⁶.

II) *Supuesto de varias demandas.* — ¿Cuál debe ser la solución en caso de que sean varios los acreedores que demandaron judicialmente el pago? No cabe duda de que si los acreedores entablaron una demanda *conjunta*, el pago deberá hacerse a todos ellos o a uno solo pero con conocimiento y conformidad, expresa o

¹¹⁵ Supra, §561.

¹¹⁶ Cfr. Busso, *Código Civil*, t. V, comentario al art. 706, n° 17, p. 137.

tácita, de los restantes¹¹⁷. Si las demandas son separadas y sucesivas, es necesario distinguir a) si una demanda ha sido notificada y al amestarkel ceudor paga, sin haber sido todavía notificadas las otras, el pago debe ser considerado válido, con efecto cancelatorio respecto de los otros demandantes¹¹⁸; b) si las sucesivas demandas han sido notificadas sin que el deudor hubiese pagado, entonces el pago deberá hacerse a todos los demandantes, aunque para ello, y ante la eventual incertidumbre, el deudor deba recurrir al procedimiento de pagar mediante consignación.

DT) *Otros medios de extinción*. — Como ya fue dicho respecto de la solidaridad pasiva, la extinción de la obligación por cualquier medio que implique la satisfacción del interés de uno de los acreedores, tiene efecto extintivo para todos los demás coacreedores: "La novación, compensación o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, *extingue la obligación*" (art. 707).

IV) *Imposibilidad de pago*. — Si la cosa objeto de la obligación "ha perecido sin culpa del deudor, la obligación se extingue para todos los acreedores solidarios" (art. 709). Este artículo era innecesario, pues no es nada más que una aplicación concreta del principio contenido en el art. 888.

§ 578. EFECTOS SECUNDARIOS. ENUMERACIÓN

Los efectos secundarios de la solidaridad activa, también simétricos con los de la pasiva, están relacionados con: a) la situación de mora; b) el curso de los intereses; c) la prescripción; d) la autoridad de la cosa juzgada; e) la indemnización de los daños y perjuicios.

§ 579. LA SITUACIÓN DE MORA EN LA SOLIDARIDAD ACTIVA

Para la determinación del régimen que debe aplicarse cuando la situación de mora se produce en la solidaridad activa, es necesario: a) saber si la *constitución en mora* del deudor efectuada por uno de los acreedores de éste aprovecha a sus coacreedores; b) establecer si puesto en mora *uno de los acreedores*, sus efectos *se trasladan* a los demás coacreedores.

a) *El deudor puesto en mora por un acreedor, lo está, en principio, respecto de todos los acreedores*

El Código no contiene disposición expresa que resuelva este problema. Sin embargo, es unánime el parecer de los autores: si el deudor es interpelado

¹¹⁷ De acuerdo: Busso, *Código Civil*, t V, comentario al art 706, n° 13, p. 136; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 622, p. 484.

¹¹⁸ De acuerdo, Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 1210, p. 487.

debe ser indemnizada; pues bien, desde la perspectiva de la solidaridad activa, cabe decir que la indemnización "podrá ser demandada por cualquiera de los acreedores, del mismo modo que el cumplimiento de la obligación principal" (art. 711).

§ 584. RELACIONES DE LOS COACREEDORES ENTRE SÍ

Como consecuencia natural del interés común ¹²¹ que vincula a los coacreedores, cualquiera de ellos "que hubiese cobrado el todo o parte de la deuda, o que hubiese hecho quita o remisión de ella, *queda responsable a los otros acreedores de la parte que a éstos corresponda, dividido el crédito entre ellos*" (art. 708). Impera, como es lógico, el principio de distribución.

Al respecto, caben estas Consideraciones:

a) La distribución debe hacerse de acuerdo con las pautas establecidas en el art. 689. En subsidio, a falta de un criterio distinto, el reparto se hará por partes iguales.

b) Los acreedores que no hubiesen percibido el crédito, tienen acción de regreso contra quien lo percibió, siendo suficiente acreditar la calidad de coacreedor solidario ¹²².

c) La misma solución se aplica en caso de pago parcial, es decir, cuando uno de los acreedores hubiese recibido sólo una parte del crédito, no puede quedarse con ella imputándola a su cuota en el crédito, sino que debe distribuirla entre los demás.

m) EFECTOS COMUNES A LA SOLIDARIDAD ACTIVA Y PASIVA

§ 585. DEFENSAS COMUNES Y DEFENSAS PERSONALES

Contra la demanda entablada por la parte acreedora, los deudores pueden oponer defensas *comunes o personales*. Lo propio puede ocurrir cuando la demanda la entabla la parte deudora contra la parte acreedora como ocurre, por ejemplo, con el juicio por consignación.

¹²¹ Se afirma que la *distribución* entre los coacreedores se explica por la solidaridad activa, no es otra cosa que el otorgamiento de un poder a quien cobra para que lo haga en nombre de todos: Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 627, p. 486. Sin embargo, no es necesario acudir a la idea de poder para explicar la distribución, porque si cualquier acreedor tiene derecho al pago íntegro, tendría que tratarse de un poder otorgado por todos y para todos los acreedores, recíprocamente.

¹²² Entre los romanistas se discute, en qué casos, para el derecho romano, el coacreedor que cobraba la totalidad del crédito debía distribuir lo cobrado entre los restantes. Para algunos, sólo se debía distribuir entre quienes probaran tener título a esa participación, por ejemplo, si acreditaban que habían formado un sociedad o le habían dado mandato a quien cobró. Para otros, la solidaridad activa, en sí misma, era título suficiente para tener derecho a la participación: Savigny, *Des obligations*, §§ 23 a 25; Girard, *Manual elemental de derecho romano*, p. 787. Este criterio pasó al Código francés (art. 1197 *in fine*) y de allí a nuestro derecho (arts. 708 y 717).

Las defensas comunes son aquellas que pertenecen a todos los integrantes del frente; las personales, en cambio, son las que sólo pueden ser invocadas por determinados deudores (o acreedores), pues se fundan en razones o condiciones personales de quien las intenta y no son transferibles a los otros (art 715, primer párrafo).

Como ejemplos de defensas comunes para el frente deudor se pueden citar, la excepción de pago, si la obligación deriva de un contrato "con prestaciones recíprocas", cualquiera de los deudores podrá oponer con provecho para todos, la excepción de incumplimiento (art 1201) o la de resolución por incumplimiento (art 1204), o la de nulidad o reajuste del contrato (arts. 954, í198). Para el frente acreedor, sería común la invocación de la insuficiencia del depósito que el deudor quisiera hacer con efecto cancelatorio de la totalidad del crédito.

Las defensas personales, que sólo corresponden a determinados deudores pueden ser, la fundada en la incapacidad del demandado, al tiempo de contraer la obligación, la pendencia de un plazo o de una condición a favor del deudor demandado, al momento de contestar la demanda, etc. En el frente acreedor, sería una defensa personal, por ejemplo, la imposibilidad de aceptar pagos por encontrarse declarado en quiebra.

Sobre las defensas personales caben dos acotaciones:

a) En principio, estas defensas sólo aprovechan al deudor que las plantea. Aunque prosperen, sus codeudores siguen obligados por el todo, ya que respecto de ellos la solidaridad no sufre ninguna modificación¹²³.

b) Existen ciertas defensas que si bien son personales, una vez opuestas por el deudor a quien pertenecen, si son aceptadas por el juez aprovechan parcialmente a los otros codeudores, es lo que ocurre con la remisión parcial de la deuda, la confusión y la dispensa parcial de la solidaridad. En cada uno de estos supuestos, la deuda se reduce, para todos, en la parte que corresponde al deudor que hizo valer esa defensa¹²⁴, por ejemplo, si Juan, acreedor, remite parcialmente la deuda en favor de Pedro, los otros deudores, Pablo y Diego, continúan obligados por el todo, pero se deberá reducir la parte de deuda que correspondía a Pedro.

§ 586. FALLECIMIENTO DE UN CODEUDOR O COACREEDOR SOLIDARIOS

¿Cómo repercute en la obligación solidaria el fallecimiento de un codeudor o de un coacreedor? Para simplificar, supóngase la muerte de un codeudor, por ejemplo, a Juan le deben Pedro y Diego \$ 10.000, por fallecimiento de Pedro, lo heredan en partes iguales sus hijos Pablo y Carlos; ¿cómo queda conformado el frente deudor? Repárese en que sobrevive uno de los deudores origi-

¹²³ Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 951, p. 108.

¹²⁴ Cfr. Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 715, n° 5, p. 379.

nanos a quien se suman los dos herederos del fallecido. ¿La deuda se repartirá, ahora, en tres porciones o partes? No, la obligación sigue siendo solidaria y la "parte" deudora continúa integrada por "dos" codeudores, aunque uno de ellos, el integrado por los herederos, es pluripersonal y presenta por ello una particularidad que la distingue.

Hasta aquí, por el fallecimiento de un codeudor se producen estas consecuencias: *a)* el acreedor tiene el derecho de cobrar, de cualquiera de los codeudores, la totalidad del crédito; *b)* el codeudor sobreviviente, está obligado a pagar la totalidad de la deuda; *c)* el codeudor pluripersonal (integrado por los dos herederos) también está obligado a pagar la totalidad de la deuda, pero cada heredero no está obligado a aportar nada más que el cincuenta por ciento; *d)* de allí que si el acreedor decide demandar al codeudor pluripersonal, deberá hacerlo, forzosamente, contra ambos herederos si quiere cobrar toda el crédito; *e)* si sólo demanda a uno de los herederos, éste se liberará pagando el cincuenta por ciento, porque ése es el límite de su deuda.

Estas soluciones resultan del art. 712: "Si falleciere alguno de los acreedores o deudores, dejando más de un heredero, cada uno de los coherederos no tendrá derecho a exigir o recibir, ni estará obligado a pagar sino la cuota que le corresponda en el crédito o en la deuda, según su haber hereditario".

§ 587. EXTINCIÓN DE LA SOLIDARIDAD

La obligación deja de ser solidaria, aunque subsiste como simplemente mancomunada, cuando el o los acreedores *renuncian* a la solidaridad. Para un mejor tratamiento del tema, es posible clasificar la renuncia según dos criterios¹²³: 1) si favorece a todos los deudores, se la llama general o absoluta, si sólo beneficia a uno o algunos de los deudores, se la denomina, relativa o individual; 2) si el renunciante manifiesta directamente su voluntad de hacerlo, es *expresa*, si la renuncia se infiere del comportamiento del renunciante, es *tácita*.

Conviene analizar cada hipótesis por separado.

a) Renuncia absoluta o general

Está prevista en la primera parte del art. 704 en los siguientes términos: "La obligación solidaria perderá su carácter en el único caso de renunciar el acreedor expresamente a la solidaridad, consintiendo en dividir la deuda entre cada uno de los deudores". Esta hipótesis no suscita dificultades, pues es claro que si el acreedor o los acreedores renuncian expresamente a la solidaridad respecto de todos los deudores, la obligación subsistirá como simplemente man-

Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1198, p. 473.

comunada y, en consecuencia, el crédito o la deuda se fraccionarán, o no, según la naturaleza del objeto, pero no tendrá lugar ninguno de los efectos de la solidaridad¹²⁶.

b) Renuncia relativa o individual

A esta posibilidad se refiere la segunda parte del art. 704: "Tero si rinunciare a la solidaridad sólo en provecho de uno o de alguno de los deudores, la obligación continuará solidaria para los otros, con deducción de la cuota correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad". Nada se opone a que un acreedor renuncie o dispense de la solidaridad a uno de los deudores, pero en ese caso, si bien la obligación sigue siendo solidaria respecto de los codeudores no comprendidos en el beneficio y, por ende, ellos continúan obligados al cumplimiento íntegro, se debe deducir la porción del dispensado, pues ya se dijo que el acreedor no puede perjudicar a los otros codeudores.

c) Forma de la renuncia. Renuncia tácita

La renuncia expresa, sea absoluta o individual, en tanto constituye expresión de una voluntad sana, haya sido debidamente receptada y aceptada por el favorecido (art. 875), no genera mayores problemas interpretativos.

Según nuestro Código Civil, si los acreedores reclaman a uno de los deudores sólo la parte que a ese deudor le corresponde pagar, se entiende que renuncian, tácitamente, a la solidaridad respecto de él; los otros codeudores continúan obligados solidariamente, pero tienen derecho a la deducción de la parte del deudor dispensado de la solidaridad. Tal la solución de nuestro Código: "Si hubiesen reclamado sólo la parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división, respecto de un deudor, podrán reclamar el todo contra los demás, con deducción de la parte del deudor liberado de la solidaridad" (art. 705 *in fine*).

Se entenderá que hay renuncia tácita, sea que el reclamo se haga por demanda judicial o por vía extrajudicial (por ejemplo, intimación por carta documento)¹²⁷, ya que lo que interesa es la voluntad del acreedor de reclamarle al deudor favorecido sólo su parte en la deuda, la ley no exige que el reclamo sea exclusivamente judicial¹²⁸.

Por último, cabe dejar sentado que no sólo el reclamo parcial importa renuncia tácita a la solidaridad, la consecuencia será la misma si, por ejemplo, los acreedores *aceptan* de un deudor el pago de su parte, esa aceptación sin reser-

¹²⁶ Cfr. Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 704, n° 2, p.316.

¹²⁷ Comp. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 963, p. 114.

¹²⁸ Llambías, *Obligaciones*, tII-A, n° 1201, p.475; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n°816, p.481.

vas puede ser interpretada¹²⁹ Como renuncia tácita de la solidaridad respecto de ese deudor. Pero, en definitiva, todo dependerá de las circunstancias de cada caso. Así, puede no ser interpretado como renuncia, el hecho de que los acreedores acepten que uno de los deudores entregue una cantidad menor a la de su propia parte, pues, salvo que otros elementos permitan inferior renuncia, puede tratarse sólo de la aceptación de un pago parcial sin intención de liberar al deudor de la solidaridad¹³⁰.

IV) OTRAS HIPÓTESIS DE OBLIGACIONES CON VARIOS SUJETOS

§ 588. LOS SUPUESTOS A CONSIDERAR

Para concluir el estudio de la clasificación de las obligaciones con relación a los sujetos, cabe considerar dos supuestos en los que la obligación se presenta con varios sujetos, ya deudores, ya acreedores, pero sin llegar a constuir una *mancomunación* en el sentido del art. 690. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en la mancomunación simple o solidaria, en la que la concurrencia de acreedores o deudores es *conjunta*, en los casos que ahora interesa se trata de una concurrencia *disyunta*, caracterizada porque si bien los sujetos concurren, se excluyen entre sí. Para identificar los supuestos a considerar, se los individualizará como: a) obligaciones disyuntas, y, b) obligaciones concurrentes.

§ 589. OBLIGACIONES DISYUNTAS

Las obligaciones disyuntas, también llamadas de sujeto alternativo, son aquellas en las que el deudor, o en su caso el acreedor, puede ser una persona, inicialmente indeterminada, que habrá de surgir de entre varias determinadas¹³⁰; bien se ha dicho que estas hipótesis se presentan siempre que en la fuente de la obligación, especialmente la voluntad de las partes o la ley, se utilice la conjunción "o", o una fórmula equivalente¹³¹, por ejemplo, cuando una cuenta corriente bancaria se abre a nombre de dos personas indistintas o cuando se estipula que Juan pagará a Pedro "o" a Diego "o" a Pablo, \$ 10.000. Si se hubiese empleado la conjunción "y" se estaría ante una especie de mancomunación simple (divisible), salvo que se hubiese dispuesto que sea solidaria. Pero como se empleó la conjunción "o" no hay mancomunación, sino concurrencia disyunta, porque Pedro, Diego y Pablo (acreedores concurrentes) se excluyen entre sí.

¹²⁹ Cfr. Busso, *Código Civil*, t. V, comentario al art 704, n° 17, p. 126.

¹³⁰ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1079, p. 373.

¹³¹ Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, t II, n° 1065, p. 170; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 816, P-481.

¿C¹³²ies-^rigimeja juxídica al que deben someterse estas obligaciones?

La doctrina¹³² y la jurisprudencia¹³³ han entendido que estas obligaciones deben sujetarse al régimen de las solidarias, en consecuencia, el deudor se libera pagando a cualquiera de los acreedores y cualquier deudor puede ser obligado a pagar toda la deuda¹³⁴.

§ 590. OBLIGACIONES CONCURRENTES. REMISIÓN

Las obligaciones concurrentes son las que fueron analizadas como obligaciones *in solidum*¹³³, que se caracterizan porque tienen un mismo acreedor, un mismo objeto, pero varios deudores obligados por diversas causas. Existe consenso en que constituyen una hipótesis distinta de la obligación solidaria, cuya ubicación se halla entre los capítulos destinados a estudiar la responsabilidad civil, adonde cabe remitir.

¹³² Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 1022, p. 154; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 448, p. 321; De Gásperi y Morello, *Derecho Civil*, "Obligaciones", t. II, n° 823, p. 259; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 629, p. 488.

¹³³ CComCap., "J.A.", 2-108; CCiv. 1° Cap., "J.A.", 7-20.

¹³⁴ En contra, sostiene que la asimilación con la solidaridad no es tal» pues en las de sujeto disyunto no habría acción de reintegro entre los codeudores o derecho a distribución entre los acreedores: Llambías, *Obligaciones*, t II-A, n° 1083, p. 376.

¹³⁵ Ver *supra*, % 559.

CAPÍTULO XVUJ
TRANSMISIÓN Y RECONOCIMIENTO
DE LAS OBLIGACIONES

A) *TRANSMISIÓN*

§ 591. CONCEPTO

La palabra "transmisión" se vincula con "sucesión" que, a su vez, según el diccionario, significa en su acepción general "entrada o continuación de una persona en lugar de otra". A partir de esta idea, se puede decir que habrá transmisión, en una determinada relación de obligación², cuando tenga lugar una *sucesión* en la persona del acreedor o del deudor, de tal manera que por efecto de la transmisión la *misma* obligación aparece ahora con un nuevo acreedor o un nuevo deudor. Es importante destacar que, pese al cambio de sujetos, el objeto de la obligación y su causa fuente no se alteran³.

§ 592. FORMAS Y FUENTES DE LA TRANSMISIÓN

La transmisión del crédito o de la deuda puede tener lugar por actos *inter vivos* o por causa de muerte.

a) La transmisión *inter vivos*, esto es, la que tiene lugar en vida de quien transmite y de quien lo sucede, puede nacer: 1) del acuerdo de las partes, por

¹ Para la teoría general del derecho, "suceder" significa, en sentido amplio, *subentrar* a otro sujeto en la titularidad de una relación jurídica: Barbero, *Sistema del derecho privado*, t. III, n°706, p.264.

² Aquí se analiza la transmisión del "crédito" o de la "deuda", por eso se habla de ella con referencia a una *determinada* relación de obligación, pero es claro que, incluso, puede haber transmisión de una "posición jurídica compleja", es decir, de la íntegra posición que ocupa el sujeto en un contrato, por ejemplo, de la posición de un vendedor que, en cuanto tal, es por un lado acreedor (del pago del precio) y por otro deudor (de la entrega de la cosa); en consecuencia cuando se habla de transmisión de la posición jurídica del vendedor, se habla de la transmisión simultánea del crédito y la deuda de que es titular una misma persona.

³ Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. III, n° 689, p. 743; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. U, n° 1132, p. 743.

ejemplo, del contrato de cesión de crédito, previsto en los arts. 1434 a 1484 del Cód. Civil; o 2) de una disposición de la ley, por ejemplo, en los casos de subrogación legal previstos en los arts. 767 y 768 del Cód. Civil.

Existe acuerdo en nuestra doctrina acerca de que la transmisión *inter vivos* es siempre *singular*, es decir, sólo puede estar referida a uno o varios créditos o deudas determinadas y no puede comprender la totalidad de los créditos o deudas que están en el patrimonio del transmitente⁴.

b) La transmisión *mortis causa*, que tiene lugar por muerte del titular del crédito o de la deuda, puede ser *universal o singular*, es decir, puede comprender la totalidad de los créditos y deudas de que hubiese sido titular el fallecido (transmisión universal), como sucede, por ejemplo, con la transmisión de la herencia a los herederos forzosos del causante, o únicamente créditos o deudas determinadas (transmisión particular), como sucede, por ejemplo, con el legado de un crédito⁵.

§ 593. PRINCIPIO GENERAL Y EXCEPCIONES

En general, se puede decir que todos los derechos de que puede ser titular una persona pueden ser objeto de una cesión, es decir, son transmisibles (doctrina del art. 1444). Aquí, para el derecho de obligaciones, corresponde afirmar que todo crédito y toda deuda son, en principio, transmisibles, sea por un acto entre vivos, sea por causa de muerte.

Pero este principio dista mucho de ser absoluto. Se conocen importantes excepciones:

a) En primer lugar no son transmisibles aquellas obligaciones que se han contraído teniendo en cuenta las condiciones personales del deudor, llamadas por ello *intuitupersonae*, ya que no podrían ser cumplidas, *in specie*, con provecho para el acreedor, sino por quien las asumió⁶.

b) En otros casos es la propia ley la que, por razones de interés social, prohíbe la transmisión, como ocurre con los créditos por jubilaciones y pensiones o con los subsidios por maternidad u otros beneficios sociales⁷.

⁴ Cfr. Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. III, p. 612; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 1371; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1334, p. 744; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 630, p. 489; J. Carbonnier, *Derecho civil*, t. II, vol. IÜ, p. 183.

⁵ Puesto que la transmisión *mortis causa* es objeto de estudio por el derecho de las sucesiones, aquí sólo resulta pertinente una breve mención de ella con el fin de ubicar la "transmisión de la obligación" cuyo estudio corresponde al derecho de las obligaciones.

⁶ Para la teoría general, está claro que no son transmisibles aquellos derechos que, por su naturaleza, son inherentes a la persona, como el derecho a la vida, al honor, a la libertad y los demás derechos llamados personalísimos.

⁷ Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 631, p. 490.

.. c) Por último, las partes, en ejercicio de su autonomía privada (art. 1197) pueden prohibir, estipulándolo así en el contrato la transmisión de los créditos o deudas que ellas mismas hubiesen concertado.

§ 594. PLAN DE EXPOSICIÓN

Para proceder con método, comenzaré con una breve referencia a la transmisión *monis causa*, comprendiendo en ella tanto los créditos como las deudas. Luego se verá la "transmisión de la obligación" por actos *inter vivos*, cuyo análisis se dividirá en dos partes: a) en la primera se verá lo atinente a la transmisión de créditos, centrandó el análisis de la cuestión en una de las formas más importantes de circulación del crédito: el pago con subrogación; la otra forma importante, el contrato de cesión de crédito, no será tratada, pues su estudio corresponde al derecho de los contratos y allí cabe remitir, b) la segunda parte estará referida a la transmisión de la deuda, en la que se analizará, en particular, la denominada asunción de deuda.

§ 595. BREVE REFERENCIA A LA TRANSMISIÓN POR CAUSA DE MUERTE

a) *Antecedentes históricos*

Los romanistas están de acuerdo en que en los primeros tiempos de Roma, dado el carácter estrictamente personal con que se asumía una obligación, no se admitía que el acreedor o el deudor pudieran por alguna causa dejar su lugar a otra persona; la intransmisibilidad de la obligación era lo más natural'. Pero el sentido práctico de los romanos advirtió que en caso de muerte, debía admitirse la transmisión, pues de lo contrario con la muerte de la persona se extinguía también el crédito o la deuda y semejante consecuencia trastocaba las relaciones patrimoniales. De allí que el derecho romano buscó y encontró en la religión una razón que justificara la transmisión *mortis causa*; en efecto, se consideraba que el heredero, por lo común el hijo mayor, *continuaba la persona* del difunto, pues por razones religiosas era necesario que alguien tomara, en el mismo momento del fallecimiento, el lugar del muerto en los cultos y ritos del hogar, ya que, si se quería evitar el infortunio, no debía haber interrupción. Pero si el heredero era la continuación de la persona del fallecido en el culto, también debía ser su continuador en los derechos y en las obligaciones patrimoniales'. De allí quedó entendido y aceptado que el heredero era propietario,

^{*} Como bien lo han explicado B. Windscheid, *Diritta delle pandette*, t. II, primera parte, § 329, ps. 272 y ss. y Maynz, *Curso de derecho romano*, t. II, § 187, ps. 83 y ss. Además, véase E. Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, n° 476, ps. 613 y ss.

[°] Cfr. B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, t. II, primera parte, § 329, ps. 272 y ss.

acreedor o deudor, de todo lo que el causante era propietario, acreedor o deudor. Y todavía más, esta solución respetaba la tradición romana, pues la obligación continuaba siendo una relación de persona a persona.

b) La universalización de la regla

Luego la regla se universalizó; llegó al Código de Napoleón y de allí a los Códigos que lo siguieron. En efecto, en la mayoría de las legislaciones del mundo¹⁰ se acepta, cada una según su sistema, que las obligaciones se transmiten, activa y pasivamente, a los herederos y sucesores de las partes. La regla se funda, no ya en razones religiosas, sino en la necesidad de asegurar el tráfico jurídico, pues la muerte, mal que nos pese cuando nos toca de cerca, no puede interrumpir el flujo de los bienes que constituyen el objeto de las relaciones jurídicas. La transmisión *mortis causa* de los créditos y las deudas es necesaria, en definitiva, por razones económicas.

c) El sistema en nuestro derecho

En nuestro derecho, la transmisión *mortis causa* de las obligaciones está expresamente consagrada en diversos textos del Código Civil, en particular: *a)* art. 3417, según el cual: "El heredero que ha entrado en posesión de la herencia, o ha sido puesto en ella por juez competente, continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor"; *b)* art. 3431 que dice: "El heredero debe cumplir las obligaciones que gravan la persona y el patrimonio del difunto..."; *c)* art. 3409, que dispone que si ha cesado el beneficio de inventario, los acreedores del difunto "vienen a ser acreedores personales del heredero,...", etc.¹¹. No son transmisibles, *in especie*, las obligaciones inherentes a la persona del deudor.

I) TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS, EL PAGO CON SUBROGACIÓN

§ 596. MÉTODO. EL PAGO CON SUBROGACIÓN COMO HIPÓTESIS DE TRANSMISIÓN DEL CRÉDITO

Por razones impuestas por el método adoptado en esta obra¹², lo concerniente al pago, en general, fue tratado en el Capítulo V, ya que se lo consideró, no como

¹⁰ Por ejemplo, Códigos Civiles brasileño (arts. 1572 y 1578); alemán (arts. 1922, 2032, 2037); etc.

¹¹ Si bien el estudio *in extenso* de la transmisión *mortis causa* de las obligaciones corresponde al derecho de las sucesiones, aquí se debe dejar sentada la regla general de la transmisibilidad: Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. III, n° 2316, ps. 690 y ss.

¹² T.I, §80.

un medio extintivo del vínculo, sino como el efecto normal y natural de toda obligación¹³; pero allí no se incluyó el pago con subrogación¹⁴. La razón por la que se omitió tratar el pago con subrogación junto a los restantes temas referidos al pago fue que el lugar en que correspondía encarar su tratamiento era, según su naturaleza jurídica¹⁵, el presente capítulo referido a la transmisión porque, como se verá en los párrafos que siguen, si bien se está en presencia de un pago, desde que satisface el interés del acreedor, su efecto subrogatorio lo convierte, en sustancia, en una de las hipótesis más importantes de "transmisión del crédito" que ofrece el derecho civil¹⁶. Ya se dijo que el estudio del otro instituto importante que se utiliza para la circulación del crédito, propio del derecho civil¹⁷, el contrato de cesión, será abordado en la parte destinada a los contratos.

§ 597. LA DESCRIPCIÓN LEGAL

El pago con subrogación tiene lugar "cuando lo hace un tercero, a quien se transmiten todos los derechos del acreedor" (art. 767, primera parte).

Son tres las notas típicas de esta figura:

1) La subrogación (sustitución o sucesión) que se produce es personal¹⁸, pues al acreedor originario lo reemplaza un nuevo acreedor; se trata, en suma, de la misma obligación en la que ha cambiado el sujeto activo. La transmisión es instantánea, sucede en el momento mismo del pago.

2) Se requiere, siempre, la intervención de un tercero; esa intervención puede ser directa, si el tercero actúa como *solvens*, esto es, como sujeto que efectúa el pago, o indirecta, si quien hace el pago es el propio deudor, pero con dinero que ha tomado prestado del tercero (supuesto del art. 770).

3) Se produce, siempre, un traspaso de los derechos del acreedor que ha sido pagado, hacia el tercero que ha hecho el pago, aunque la transmisión no es idéntica en todos los casos, como se verá.

¹³ T.L.Cap. V. §§81 a 200.

¹⁴ Nuestro Código Civil incluye lo concerniente al pago con subrogación (arts. 767 a 772), como uno de los capítulos del pago, siguiendo la tendencia mayoritaria: Códigos Civiles de Francia (arts. 1249 a 1252), de Italia (arts. 1201 a 1205), de Chile (arts. 1608 a 1613), de Brasil (arts. 985 a 990), etc.

¹⁵ Según se expondrá, *infra*, § 598, c).

¹⁶ De acuerdo con este método: Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. n, n° 1225, p. 829. Desde el punto de vista legislativo, el pago con subrogación ha sido tratado como un medio de transmisión de obligaciones, junto a la cesión de derechos, por el Código Civil de México, Distrito Federal, en sus arts. 2058 a 2061.

¹⁷ En el ámbito del derecho comercial, en torno al instituto del *endoso*, propio de los títulos de crédito (vale, letra de cambio, pagaré, etc.) la transmisión del crédito ocupa un lugar de preferencia en la atención de sus especialistas.

¹⁸ Por oposición a la subrogación *real*, que tiene lugar cuando se produce el reemplazo de una cosa por otra cosa, como objeto de una relación jurídica

§ 598. NATURALEZA DEL PAGO CON SUBROGACIÓN

Respecto de la naturaleza jurídica, existe una atrayente controversia, vinculada con la ubicación metodológica que se le quiere dar al pago con subrogación. Antes de exponer la tesis que estimo explica con mayor rigor la naturaleza de este instituto, pasaré revista a las opiniones que se han dado al respecto, dividiéndolas en dos grupos: *a)* las que pretenden asimilar el pago con subrogación al pago en estricto sentido, reconociéndole fuerza extintiva de la obligación, a las que denominaré teorías del pago; *lo)* las que sólo ven en la subrogación un modo de transmisión del crédito, a las que llamaré teorías de la transmisión.

a) Teorías del pago

Estas teorías consideran que el pago con subrogación, si bien es hecho por una persona distinta del deudor, es en definitiva, un pago en sentido estricto¹⁹. Pero si es tal, deben explicar por qué, a pesar de que hay pago, la obligación no se extingue, por el contrario, subsiste: el deudor continúa siendo deudor, sólo que ahora frente a un nuevo acreedor. Tratando de superar esta incongruencia, se han ensayado dos respuestas, a saber, la de la transmisión de los accesorios y la de la ficción:

I) *Teoría de la transmisión de los accesorios*.—Para unos el pago, en tanto satisface el interés del acreedor, extingue la obligación, de manera que no se podría hablar de *transmisión* del crédito porque éste, por hipótesis, está extinguido. Lo que se transmite a favor del tercero que ha pagado, son los *accesorios* del crédito, es decir, por ejemplo, la fianza, la prenda o la hipoteca, si existieren. Repárese en que, según esta teoría, el crédito que tiene el tercero para reclamar del deudor el reembolso de lo que ha pagado al acreedor, *no es* el que éste tenía, sino uno distinto nacido del mandato, de la gestión de negocios o del enriquecimiento sin causa, según sea el caso. Lo único que se transmitiría serían los accesorios del crédito, pero éste está extinguido por el pago.

II) *Teoría de la ficción*.—Para otros la subrogación no sería nada más que una ficción jurídica según la cual, una obligación extinguida por el pago efectuado por el tercero "...se considera como si continúa subsistiendo a beneficio de este tercero, que está autorizado para hacer valer en la medida de lo que ha desembolsado, los derechos y acciones del antiguo acreedor" »

¹⁹ Recuérdese que el pago en estricto sentido cumple las siguientes funciones: *a)* satisface el interés del acreedor; *b)* extingue el vínculo; *c)* libera al deudor. Ver 1.1, § 99, *b)*.

²⁰ Tal como lo expresa Vélez Sarsfield en la nota puesta al pie del art. 676, nota que denuncia que el codificador aceptó la teoría de la ficción.

b) Teorías de la transmisión

Invocando una dosis de necesario realismo y frente a la debilidad que se atribuye a las teorías expuestas, se afirma que no es posible negar que en el pago con subrogación tiene lugar una verdadera transmisión de los derechos del acreedor a favor del tercero, lo que trae consigo, *afortiori*, la subsistencia de la misma obligación. Dos teorías se han ensayado al respecto:

I) *Teoría de la cesión de crédito*. — Unos pretenden asimilar el pago con subrogación a la cesión de créditos, no se trataría de un contrato de cesión, sino de una cesión ocurrida por disposición de la ley, sin embargo, la completa asimilación es inconveniente, pues, por las particularidades que presenta el pago con subrogación es necesario dotarlo de un régimen jurídico específico, sin perjuicio de aplicarle, en subsidio, el régimen de la cesión.

II) *Teoría de la sucesión singular del crédito*. — Por último, una importante doctrina²¹ considera que el llamado pago con subrogación es en realidad un caso de *sucesión singular* de un crédito "con algo de pago"²², sustentada en el art. 3263, distinto de la cesión de derechos, con un régimen jurídico propio. Esta doctrina, en definitiva, niega que el llamado pago con subrogación sea en rigor de verdad un pago, lo niega porque supone que el pago debe ser ejecutado, *exclusivamente*, por el deudor, lo que haga el tercero, aunque satisfaga el interés del acreedor, no sería un pago²³.

²¹ Cfr. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 655, p. 449; Lafaille, *Tratado*, t VI, "Obligaciones", vol. I n° 414, p. 356; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t, U, n° 1242, p. 841; R. Brebbia, *Pago con subrogación*, "Revista Juris", n° 4, p. 486; Borda, *Obligaciones*, t, n° 790, p. 583.

²² Según la expresión de Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. n, n° 1242, p. 841.

²³ Dice Cazeaux: "...no puede haber pago strictusensu, desde que en el caso el cumplimiento emana de un tercero. En efecto, el objeto de la obligación lo constituye 'la prestación' —conducta o actividad del deudor—, en virtud de la cual el obligado procura al acreedor un bien determinado, un hecho o una abstención (objeto de la prestación)". En el párrafo siguiente agrega: "Y, siendo ello así, sólo habrá pago o cumplimiento, cuando la prestación sea realizada por el propio deudor; lo que excluye del concepto de pago al efectuado por un tercero": Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t n, n° 1242, p. 841.

Esta afirmación merece las siguientes observaciones: a) deja sin explicación satisfactoria la naturaleza de la ejecución forzada y del pago por tercero, porque en ambos casos el interés del acreedor queda satisfecho sin que haya tenido lugar la *prestación* del deudor, b) omite considerar que para analizar la naturaleza del pago por tercero, es necesario distinguir entre "objeto" y "contenido" de la obligación (ver 1.1, § 48, b); c) el objeto es el bien o utilidad que satisface el interés del acreedor; el contenido es el cúmulo de derechos y medios con que cuenta el acreedor para satisfacer ese interés; d) la prestación es únicamente uno de los medios posibles de satisfacción del crédito, la ejecución forzada y el pago por tercero, son "otros" medios para lograr aquel resultado (ver 1.1, § 47).

Por último, limitarse a afirmar que hay aquí una mera *sucesión singular* del crédito, restan-

c) *Tesis de la naturaleza jurídica propia*

Revisadas las distintas teorías, considero que la institución bajo análisis tiene naturaleza jurídica propia, consistente en un pago seguido de la inmediata transmisión del crédito. Está dotada, incluso, de un nombre propio y registrado: *pago con subrogación*, tal como la llama la ley. Fundo la tesis en las siguientes razones:

I) *Hay pago*. —En primer lugar, se verifica un pago²⁴, aunque sus efectos se limiten a una de sus funciones: la satisfacción del interés del acreedor pagado-, las otras dos funciones, extinción del vínculo y liberación del deudor, faltan. En su oportunidad se dijo que el pago, en general, es de naturaleza jurídica *proteica*, es decir, no es única e idéntica en todas las hipótesis posibles (t. I, § 98, VII); acudiendo a esa misma idea, bien se puede decir que aquí hay un pago de efecto limitado. La tesis que afirma que se está ante una mera *sucesión* del crédito, oculta o minimiza la importancia de la *causa* de esa sucesión, que es el pago, es decir, hay sucesión del crédito porque hubo un pago. La importancia de aceptar que el pago, aun con efecto limitado, integra su naturaleza, radica en que el objeto de la obligación que subsiste puede ser distinto del objeto de la obligación originaria, dependiendo ello, precisamente, de las circunstancias en que tuvo lugar el pago del tercero, por ejemplo, si fue realizado *contra* la voluntad del deudor, éste no estará obligado a reembolsarle al tercero todo lo que hubiese pagado, sino sólo aquello que le ha sido útil al deudor.

II) *Seguido de subrogación*. —El pago es seguido de inmediata subrogación, es decir, de la transmisión del crédito a favor del tercero pagador, tal cual lo establece el art. 767. Elementales razones de justicia justifican esta transmisión: el tercero tiene derecho al recupero de lo que ha pagado, pues de lo contrario el deudor se vería beneficiado *sin causa* —es verdad que el recupero podría intentarse mediante el ejercicio de la acción que corresponda a la relación que seguramente existe entre el tercero y el deudor: mandato, sociedad, gestión

dolé toda importancia al "pago" efectuado por el tercero y, por ende, a la satisfacción del interés del acreedor, es ver sólo una de las caras de una cabeza que tiene dos.

²⁴ Esta posición se acerca a la de quienes sostienen que se está ante un pago *sui generis*: sobre el tema: De Gásperi y Morello, *Derecho cMI*, "Obligaciones", t. IU, n.º 1246, p. 117. Pero se separa de ella en tanto sus sostenedores afirman que el pago extingue el derecho del acreedor originario, porque en realidad no lo extingue, sino que lo transmite al tercero, de otra manera no se explicaría por qué —pese al pago— subsiste la deuda, a cargo del mismo deudor aunque frente a un nuevo acreedor. Comp. Cañizares Laso, *El pago con subrogación*, Civitas, Madrid, 1996, p. 53.

²⁵ Salvo, naturalmente, que existiera alguna relación entre el tercero y el deudor que compensara el pago del tercero, por ejemplo, que éste fuera, a su vez, deudor del deudor.

de negocios, etc., e incluso en algunos casos al tercero puede convenirle ejercer esta acción, pero la ley ha decidido concederle al tercero la opción por el derecho que tenía el acreedor que ha sido beneficiado con el pago y por ello dispuso que haya subrogación.

TU) Importancia de la transmisión. — El rasgo saliente de la figura es la transmisión del crédito, tanto que la médula de su disciplina jurídica apunta precisamente a ella, tal como lo demuestra el art. 771 y sus tres incisos. Atendiendo a la importancia asignada por la ley a la transmisión, es que se decidió ubicar su estudio, como ya fue dicho, en el lugar destinado a tratar la transmisión de las obligaciones.

§ 599. COMPARACIÓN CON LA NOVACIÓN POR CAMBIO DE ACREEDOR

Dado su carácter autónomo, es necesario distinguir el pago con subrogación de la novación subjetiva por cambio de acreedor²⁶.

El pago con subrogación se asemeja a la novación subjetiva activa, porque en ambas figuras se opera un cambio de acreedor. De allí la necesidad de establecer la diferencia. En el pago con subrogación, pese al reemplazo del acreedor: *a)* *subsiste* el mismo crédito, con todos sus accesorios; *b)* en consecuencia, el crédito transmitido pasa al nuevo acreedor con todas las garantías y privilegios. En cambio, en la novación: *a)* la sustitución del acreedor, al tiempo que *extinguió* la anterior obligación, ha dado lugar al nacimiento de una nueva (art. 801); *b)* en consecuencia, los accesorios de la obligación extinguida —privilegios y garantías— también se extinguen, salvo reserva expresa (arts. 803 y 804) w.

§ 600. CLASES. ENUNCIACIÓN

El pago con subrogación, según la fuente que lo disponga, puede ser **convencional o legal**. La subrogación convencional puede ser, a su vez, consentida por el acreedor, sin intervención del deudor, o por el deudor, sin el concurso de la voluntad del acreedor (art. 767, segunda parte).

²⁶ También es necesario distinguirlo de la cesión de créditos, pero esto se hará luego, al tratar la subrogación convencional consentida por el acreedor, *Infra*, § 602.

²⁷ Se suele señalar que éstas son las diferencias que existen entre el pago con subrogación y la novación subjetiva activa. Sin embargo, en rigor, no son estas diferencias, sino que son *consecuencias* que trae consigo la diferencia entre ambas especies. Volveré sobre el asunto al tratar, en particular, la novación.

1) SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

§ 601. NECESIDAD DE ACUERDO (CONTRATO)

La subrogación convencional es la que nace de un acuerdo, esto es, de un contrato (art. 1137), que puede celebrarse entre el acreedor y el tercero o entre el deudor y el tercero, supuestos previstos en los arts. 769 y 770, respectivamente.

Es más, es posible señalar sus caracteres más importantes. Considerando el "contrato" de subrogación por acuerdo entre tercero y acreedor, por tratarse de la hipótesis más frecuente, se puede decir que se caracteriza por ser a) *consensual*, porque se perfecciona mediante el solo consentimiento de las partes²⁸; sin embargo sus efectos, esto es, la transmisión del crédito, recién se producirán cuando el acreedor reciba el pago del tercero; el pago funciona, en este sentido, como *modo traslativo* y esta particularidad, como se verá luego, lo distingue de la cesión de crédito. Es válida la *promesa* de subrogación; b) es bilateralmente atributivo, pues ambas partes reciben una ventaja patrimonial recíproca: el acreedor, el pago; el tercero, el crédito; c) es formal, pues debe ser hecho por escrito, como se verá

§ 602. SUBROGACIÓN POR ACUERDO ENTRE EL ACREEDOR Y EL TERCERO

Según el art. 769, esta especie de subrogación convencional tiene lugar "cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le transmite expresamente todos sus derechos respecto de la deuda. En tal caso, la subrogación será regida por las disposiciones sobre la cesión de derechos". Huelga decir que, tratándose de un contrato celebrado entre el acreedor y el tercero, no es necesario el consentimiento del deudor, pero sí deberá ser notificado del acuerdo para que le sea oponible²⁹.

a) *Requisitos*

A partir del art. 769, se puede afirmar que para que haya subrogación por el acreedor, deben concurrir los siguientes requisitos, referidos a la forma y al tiempo en que debe ser hecha:

²⁸ No ha de creerse que se trata de un contrato *real* en el sentido de que sólo quedaría perfecto con el pago (entrega del objeto debido) que el tercero haga al acreedor. Si el acuerdo no es *previo* a la entrega, ya no se tratará de un "acuerdo subrogatorio" y la subrogación que se produzca será legal. Es más, el acuerdo puede ser contemporáneo con el pago, es decir, las partes pueden acordar la subrogación en el momento del pago sin que esta circunstancia le quite su carácter consensual, por la misma razón que una compraventa no deja de ser consensual cuando es manual o al contado (W ayar, *Compraventa y permuta*, § 8, b, p. 18).

²⁹ Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 1409, p. 431; Ameal, en Belluscio (dir.) Zannoni (coord), *Código Civil*, LIII, comentario al art. 769, n°3, p. 586; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1649, p. 356.

I) *Respecto de la forma**~^Son dos las exigencias formales, a saber:

1) El contrato de subrogación debe ser hecho por *escrito**; la forma escrita tiene en este caso carácter de solemnidad relativa, es decir, si el contrato no se hace por escrito no queda concluido como subrogación, pero valdrá como *promesa* de otorgar el escrito respectivo. Esta conclusión se funda, primero, en el art. 1454 que prevé la forma escrita para la cesión de créditos, recaudo que es aplicable a la subrogación por analogía; en segundo lugar se funda en el art. 1185, según el cual si al contrato le falta la forma exigida, no queda concluido como tal, pero vale como promesa de elevarlo a la forma requerida (conversión del negocio jurídico)³¹. Se trata de un contrato, pero ello no quiere decir que, necesariamente, deba elaborarse por documento separado, bien puede constar en el mismo recibo de pago³².

Es importante destacar que si el crédito pagado es *dudoso o litigioso*, la forma que debe observarse es la escritura pública, porque así está previsto para la cesión de derechos de ese carácter por el art. 1455, aplicable aquí por analogía. No obstante el mayor rigor de la forma exigida, siempre se trata de una solemnidad relativa³³.

2) La voluntad de las partes al acordar la subrogación debe ser *expresa*; no se requiere por cierto el empleo de términos sacramentales, pero la voluntad en tal sentido debe ser inequívoca 3*. La subrogación convencional no se presume. No obstante, es importante destacar que aun en ausencia de acuerdo con el acreedor, el tercero pagador de todos modos obtendrá la subrogación por disposición de la ley, en los supuestos previstos en el art. 768. ,

U) *Respecto del tiempo*. — La doctrina afirma que la subrogación debe ser acordada por el acreedor, con anterioridad o en el momento mismo del pago, "pues de lo contrario, se dice, la *relación jurídica se encontraría extinguida, y por lo tanto no habría posibilidad de efectuar ninguna transmisión de derechos*"³³. Está bien negar que la subrogación pueda ser convenida por el acree-

³⁰ CN.Com., Sala A, "L.L.", 65-432.

³¹ Cfr. Machado, *Exposición y comentario*, t. II, p. 581; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 667, p. 456.

³² Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, **L ni**, comentario al art. 669, n° 3, p. 586. •

³³ López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte especial*, 11, p. 577.

³⁴ Salvat y Galli, *Obligaciones*, t. II, n° 1407, p. 429; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1647, p. 356; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. **n**, n° 1245, p. 843; CN.Com., Sala A, "E.D.", 65-168.

³⁵ Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. Oí, comentario al art. 769, n° 3, p. 586. En sentido concordante: Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. U, n° 1408, p. 430; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 666, p. 455; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 837; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1648, p. 356; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1245, p. 843.

dor *después* de recibido el pago, pero el argumento que invoca esta doctrina es inaceptable. En efecto, decir que después del pago la relación jurídica está extinguida y que por ello no se puede hablar de transmisión, es un error³⁶, pues en este caso, en particular, el pago no extingue la obligación. Cuando el tercero no pacta con el acreedor que lo subroga en sus derechos antes o al tiempo de pagar, lo que se extingue o, mejor dicho, lo que se pierde —porque más que extinción habría caducidad— es el derecho del tercero a obtener *esa* subrogación del acreedor, pero tendrá otra subrogación, la legal.

b) Régimen legal aplicable. Diferencias con el contrato de cesión de créditos

Según la parte final del art. 769, la subrogación consentida por el acreedor "será regida por las disposiciones sobre la cesión de derechos". Pero, como ya fue dicho, esta remisión al régimen de la cesión no implica la identificación de ambas figuras; de allí la necesidad de establecer la distinción.

1) *Semejanzas. Importancia práctica de la distinción.*—En general, la cesión de crédito y el pago con subrogación pueden distinguirse sin mayores dificultades, salvo cuando se compara, precisamente, la cesión *onerosa* (transmisión del crédito por un precio en dinero) con el pago con subrogación convencional por acuerdo del acreedor³⁷ (pago, seguido de transmisión del crédito), pues ambos presentan tal grado de afinidad que no es fácil establecer la diferencia. Supóngase el siguiente ejemplo: Juan es acreedor de Pedro, no obstante acepta que Diego (que es un tercero) pague la deuda y, a cambio, le transmite a Diego todos los derechos y acciones que tiene contra el deudor, Pedro. ¿Se ha celebrado una cesión de crédito o se trata de un pago seguido de subrogación? Para comprender el alcance de la similitud, repárese en que, en la cesión, "la propiedad del crédito pasa al cesionario por el efecto de la cesión" (art. 1457); en la subrogación, cuando el acreedor recibe el pago del tercero "le transmite expresamente todos sus derechos respecto de la deuda" (art. 769).

Pero antes de formular el distingo, importa tener en cuenta que la remisión de la última parte del art. 769, disponiendo que la subrogación por acuerdo del acreedor se rija por las disposiciones sobre la cesión de derechos, parece diluir el interés práctico de la distinción, pues se podría pensar que el esfuerzo no vale la pena si —en definitiva— ambas figuras están sometidas al mismo régimen

³⁶ Salvo que se acepten las teorías del pago (la de la transmisión de accesorios o la de la ficción), que ya fueron reseñadas.

³⁷ Téngase presente que el pago con subrogación puede ser legal (hipótesis del art. 768) o convencional por acuerdo entre el deudor y quien paga (art 770); en ambos casos la posibilidad de confusión con la cesión es menor que en la hipótesis prevista en el texto.

legal. Sin embargo, la asimilación no es absoluta, ya que es posible demostrar que las acciones que se confieren al cesionario y al tercero subrogado *no son* las mismas, razón suficiente para justificar la distinción. En efecto: 1) el cesionario adquiere todos los derechos y acciones de que era titular el cedente (art. 1458); 2) en el pago con subrogación, el que reemplaza al anterior acreedor también adquiere, los derechos y acciones que correspondían a éste (art. 771), pero con las importantes limitaciones que surgen del mismo art. 771, especialmente de su primer inciso: adquiere todos los derechos y acciones pero sólo "hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor".

II) *Diferencias*.—Justificada la necesidad de distinguir, es posible señalar estas diferencias:

1) La cesión es *traslativa y consensual*, en este particular sentido: la transmisión del crédito tiene lugar como consecuencia del *solo consentimiento* de las partes 38, aunque el "precio" de la cesión (pues aquí se considera la hipótesis de la cesión onerosa) se pague con posterioridad al acuerdo. El pago con subrogación es también *consensual*, pero de carácter *creditorio*, es decir, el acuerdo se perfecciona con el solo consentimiento y da lugar a obligaciones recíprocas: el tercero debe pagar, el acreedor debe transmitir el crédito; por ello, para que tenga lugar la transmisión de los derechos y acciones, es necesario el pago del tercero que viene a funcionar como *modo traslativo*³⁸ (letra y doctrina del art. 7,67).

2) Como consecuencia de lo anterior, en el pago con subrogación, la transmisión de los derechos, acciones y garantías del anterior acreedor tiene lugar —precisamente— en razón del pago efectuado por el nuevo acreedor, es decir, no hay transmisión sin pago, pues es su consecuencia. En la cesión de crédito, en cambio, la transmisión es independiente del pago del precio; en efecto, el pase se opera por el solo consentimiento, aunque el cesionario goce de un plazo para pagar el precio.

3) También se puede decir que la cesión es un negocio *especulativo*, porque el precio que se paga suele ser inferior al valor del crédito ya que el cesionario espera ganar la diferencia, cobrándole al cedido la totalidad del valor, del crédito. El pago con subrogación *no es especulativo*, porque el nuevo acreedor —a diferencia del cesionario— "no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente..." (art. 771, inc. 1) «o. Así, si el crédito es de \$ 1.000, un cesionario ofre-

³⁸ La cesión transmite el crédito (arts. 1457 y 459); López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte especial*, 11, § 87, III.

³⁹ Sobre la diferencia entre cesión de crédito y pago con subrogación: Cañizares Laso, *El pago con subrogación*, ps. 61 y ss.

⁴⁰ Cfr. Spota, *Instituciones. Contratos*, vol. IV, p. 271; Borda, *Contratos*, 1.1, n°493, p. 425.

>£S^J?'áiPsa'cedente \$ 800, con el fin de cobrarle al deuder<^<áolos\$ kOOQ. ** •
ganando la diferencia; en cambio, tratándose de un pago con subrogación, si el
nuevo acreedor ha pagado \$ 800, sólo podrá cobrarle al deudor esos \$ 800.

UJ) *La garantía de evicción.* — Una importante doctrina⁴¹ afirma que ambas figuras también se diferencian por la garantía de evicción: el cedente, se dice, debe garantizar la existencia y legitimidad del crédito cedido; el acreedor que recibió el pago del tercero y le transmitió el crédito, no debe esta garantía, pues él "no ha querido ceder su título, sino percibir lo que se le debía"⁴². No comparto esta tesis. Por regla general, la garantía de evicción es debida por *todo el que transmite un derecho* sirviéndose de un título de carácter *oneroso*⁴³, en este sentido, el acreedor pagado reúne ambas condiciones: *a)* por un lado, es *transmitente* de derechos; *b)* por otro, esa transmisión es onerosa, en tanto recibe a cambio el pago del crédito que transmite, que bien puede ser catalogado como "precio". Pero lo más importante: el fundamento de la garantía de evicción no radica en que el cedente o el acreedor pagado hayan querido, o no, ceder su título, la garantía es debida porque la transmisión es onerosa. Una elemental razón de equidad exige que quien transmite derechos recibiendo un precio a cambio deba garantía de evicción.

§ 603. SUBROGACIÓN POR ACUERDO ENTRE EL DEUDOR Y EL TERCERO

El contrato de subrogación puede también celebrarse entre el deudor y el tercero. La hipótesis supone que el tercero facilita o aporta el dinero para el pago. Caben dos posibilidades: *a)* que el deudor convenga con el tercero en que éste pague directamente el crédito y que ocupe el lugar del acreedor pagado; *b)* que el tercero le preste dinero al deudor para que éste haga el pago consintiendo, a cambio, que el prestamista ocupe el lugar del acreedor reconociéndole los mismos derechos y acciones (hipótesis prevista en el art. 770). En ambos casos, celebrándose el acuerdo entre deudor y tercero, no es necesario el consentimiento del acreedor. Se ve aquí, con toda claridad, el carácter *consensual* y *creditorio* de la subrogación convencional; en efecto, su perfeccionamiento no requiere, como elemento constitutivo del negocio, que se haga el pago al tercero; ese pago será una *consecuencia* del acuerdo celebrado entre el tercero y el deudor.

⁴¹ Por ejemplo, Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 1398, p. 425; Lafaille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", vol. I, n° 415, p. 357; Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. IV, § 1240, p. 625; Ameal, en Belluscio (dir.) y 2^a nnoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art 768. n° 5, c 575; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1263, p. 874; Borda, *Contratos*, 1.1, n° 493, p. 426.

⁴² Tal; lo que expresa, Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1263, p. 874.

⁴³ Ver Wayar, *Evicción y vicios redhibitorios*, 1.1, § 5, p. 14.

Esta operación, por otra parte, no perjudica al acreedor que ha pagado, ni a los otros acreedores. En efecto: *a)* el primero, de nada puede quejarse porque, en definitiva, él recibe el pago de su crédito; *b)* respecto de los otros acreedores, la subrogación no los perjudica porque, en definitiva, sólo se trata del reemplazo de un acreedor por otro en las mismas condiciones.

Aunque el Código nada dice al respecto, es claro que esta especie de subrogación requiere: *a)* que la voluntad de las partes se manifieste expresamente; *b)* que se observe la forma escrita.

¿Qué se debe probar para acreditar la existencia de esta subrogación? La mayoría de la doctrina afirma que se debe probar, además del acuerdo entre deudor y tercero, que el pago se hizo con dinero de este último, sea que haya pagado directamente el tercero, o el deudor con dinero que tomó prestado del tercero **.

2) SUBROGACIÓN LEGAL

§ 604. CONCEPTO DE SUBROGACIÓN LEGAL

Según el art. 768 la subrogación es *legal* cuando "tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor". Con mayor rigor y precisión, se puede decir que hay subrogación legal cuando no existe un contrato de subrogación «J. Prescindiendo de la voluntad de los sujetos que son "parte" de la obligación, acreedor y deudor, la ley dispone que cuando un tercero paga, el crédito y las acciones del acreedor pagado pasen al tercero pagador. La subrogación legal tiene carácter excepcional y subsidiario: si la subrogación ha sido acordada, sea entre acreedor y tercero, sea entre deudor y tercero, se regirá, primero, por lo que hubiesen dispuesto las partes en ejercicio de su autonomía privada (art. 771, inc. 2). En subsidio, opera la subrogación legal.

§ 605. LOS DISTINTOS CASOS PREVISTOS EN EL ART. 768

El Código Civil menciona —en el art. 768— los siguientes casos en que tiene lugar la subrogación legal:

⁴⁴ Machado, *Exposición y comentario*, t II, comentario al art. 770, p. 587; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t II, n° 1415, p. 435; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. UI, comentario al art. 770, n° 2, p. 587; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II n°, p. 876; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 804, p. 591.

⁴⁵ El art. 768, dice: "La subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor:...". Esta redacción ha sido criticada, porque parece identificar la subrogación convencional con la cesión, lo que es un error, en razón de las claras diferencias que separan a ambas figuras. Cfr. Llambías, *Obligaciones*, L II-B, n° 418, p. 358; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, comentario al art. 768, n° 1, p. 576.

a) Pago al acreedor preferente

El primer caso mencionado es el de aquel "que siendo acreedor paga a otro acreedor que le es preferente" (art. 768, inc. 1). Supóngase que dos acreedores, uno hipotecario y otro quirografario, concurren frente al mismo deudor, si el quirografario le paga al hipotecario se subrogará en los derechos de éste. Considerando la necesidad y conveniencia de favorecer el crédito, estimo que cabe una interpretación amplia de este inciso, en consecuencia, operará la subrogación a favor del acreedor que le pague a otro que se encuentre en mejor posición respecto del deudor, sea que tenga garantía real, hipoteca, prenda, etc., sea que se trate de un acreedor con otra especie de privilegio, o que goce del derecho de retención⁴⁶.

b) Pago del coobligado (remisiones)

El inc. 2 del art. 768 otorga subrogación legal a favor "del que paga una deuda al que estaba obligado con otros o por otros". La interpretación de este texto requiere efectuar una serie de distinguos. En primer lugar, se debe distinguir según que quien pague se encuentre obligado "con" otros o "por" otros.

1) *Obligado "con" otros.*—Sólo puede hallarse una persona obligada con otros en el caso de obligaciones mancomunadas; ahora bien, para saber si el codeudor mancomunado que paga se subroga o no en los derechos del acreedor, hay que analizar por separado las distintas especies de mancomunación.

1) Respecto de la mancomunación indivisible y de la solidaria, existe acuerdo en nuestra doctrina en que el codeudor que paga se subroga en los derechos del acreedor pagado⁴⁷, es decir, tendrá los mismos derechos, privilegios y garantías de que gozaba el acreedor, pero con una importante limitación: sólo tiene derecho a exigir de cada codeudor, la contribución de *la parte y porción* que a cada uno correspondía en la deuda⁴⁸.

2) Respecto de las obligaciones simplemente mancomunadas (divisibles), desde que cada codeudor sólo está obligado a pagar su parte en la deuda, las posibilidades de que un codeudor pague todo —único supuesto en que se plantea el problema de la subrogación— se reducen a dos: *d)* que pague *por error*, *b)* que pague a sabiendas de que no está obligado, en cuyo caso actúa como tercero. Si ha pagado por error, tiene derecho a repetir lo pagado en exceso demandando el

⁴⁶ De acuerdo: Borda, *Obligaciones*, t. 1, § 794, p. 586. En contra, afirma que el derecho de retención no es subrogable: Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1251, p. 849.

⁴⁷ Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1262, p. 533; Borda, *Obligaciones*, t. 1, n° 607, p. 475.

⁴⁸ El tema ya ha sido tratado a propósito de la *contribución* entre los codeudores solidarios, t. 1, § 573, c; y c;.

reembolso *al acreedor*, por aplicación de los principios del pago indebido o del enriquecimiento sin causa; no hay, pues subrogación. Si ha pagado como tercero, entra a jugar la última parte del art. 693: "El deudor que pague íntegra la deuda *no será subrogado en los derechos del acreedor contra los otros deudores*". Nuestros autores sostienen que esta prohibición es, injustificada⁴⁹ y que entra en colisión con el art. 768, inc. 3, que concede la subrogación al tercero no interesado 5°, siendo así, ¿por qué no se ha de conceder la subrogación a un tercero que por su condición de codeudor tiene, por hipótesis, legítimo interés?⁵¹.

3°) Por último, cabe mencionar que en las obligaciones *concurrentes*, por ejemplo, la de indemnizar que pesa sobre todos los coautores de un delito, no se plantea el problema de la subrogación, porque no hay mancomunación, si uno de los deudores paga, paga su propia deuda, no hay entre ellos subrogación

U.) *Obligado "por" otro*. — Es el caso de los fiadores. Es lógico que si el fiador, típico deudor de deuda ajena, paga la obligación afianzada, se subroga en los derechos del acreedor frente al deudor principal.

c) *Pago del tercero poseedor de un inmueble hipotecado*

De la situación jurídica en que se halla el tercero poseedor de un inmueble hipotecado me he ocupado en el 1.1, §§ 39 y 40. Allí quedó establecido que no es un deudor frente al acreedor hipotecario, pero, como tercero, tiene derecho a pagar. Si lo hace, el inc. 4 del art 768 le concede subrogación legal, convirtiéndolo a él en acreedor hipotecario. Por cierto que la subrogación funciona, incluso, cuando sobre el mismo inmueble pesan varias hipotecas sucesivas, si el tercero paga al acreedor que se ubica en primer grado, pasa a ocupar el lugar que tenía ese acreedor; como en este caso, por hipótesis, el tercero es el *adquirente* del inmueble hipotecado, por efecto de la subrogación, se presentará una rara especie de hipoteca sobre la cosa propia, pero que es útil, pues desplaza a los otros acreedores hipotecarios de grado inferior⁵³.

⁴⁹ Por todos: Borda, *Obligaciones*, 11, n° 556, p. 446; Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1109, p. 397.

⁵⁰ Comp. Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, t. II, n° 871-a, p. 56 y n° 1436-a, p. 445.

⁵¹ De la interpretación del m. 693 me ocupé al tratar las obligaciones simplemente mancomunadas (divisibles), í «pro, § 531, cº I, II) y III).

⁵² Llambías, *Obligaciones*, t. II-A, n° 1289, g, p. 567.

⁵³ Cfr. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 797, p. 589.

d) Pago del heredero beneficiario

Hay también subrogación legal cuando el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario "paga con sus propios fondos la deuda de la misma" (art. 768, inc. 5). La solución se explica porque el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario, no está obligado a pagar las deudas de la sucesión con sus propios bienes; si lo hace, se subroga en los derechos del acreedor pagado, convirtiéndose en acreedor de la sucesión.

§ 606. PAGO DEL TERCERO NO INTERESADO. IMPORTANCIA Y REMISIÓN

Según el inc. 3 del art. 768 hay también subrogación legal a favor "del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo". Es razonable interpretar que si la ley ha decidido conceder subrogación al tercero no interesado, con cuánta mayor razón deben ser subrogados los terceros interesados, mencionados en los incs. 1, 2, 4 y 5 del art. 768. A partir de esta premisa se podría pensar que la enunciación contenida en tales incisos era innecesaria, pues la subrogación a favor del tercero no interesado cubriría las restantes hipótesis.

De allí la importancia del no interesado.

Sin embargo, es significativo hacer notar que la mención de los otros terceros era necesaria, porque éstos pueden pagar y subrogarse, incluso, contra la voluntad conjunta del acreedor y del deudor, mientras que el no interesado no puede pagar, y, por ende, no se subroga si el acreedor y el deudor se oponen^{s*}. Al tratar lo concerniente a los sujetos activos del pago, me he referido a la situación jurídica en que se encuentra el tercero no interesado y allí me remito^{54*}.

3) EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN

§ 607. PRINCIPIO GENERAL

La regla general en esta materia es la siguiente: la subrogación, sea legal o convencional "traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores..." (art. 771).

Se interpreta que, en principio, el subrogado asume la misma posición jurídica que tenía el acreedor pagado, en lo que se refiere a derechos, acciones,

⁵⁴ La mayoría de la doctrina encuentra la diferencia en que los terceros interesados pueden pagar contra la voluntad del deudor, mientras que el no interesado no puede pagar si el deudor se opone, por ejemplo, Borda, *Obligaciones*, n° 793, p. 585 y n° 796, p. 588.

⁵⁵ Sobre los fundamentos de la tesis expuesta, ver 1.1, § 116.

garantías, privilegios y demás accesorios del crédito. Así, a título de ejemplo, puede recibir el pago, demandar judicialmente¹ su cumplimiento al deudor o a sus fiadores, puede pedir medidas cautelares (embargo o secuestro de bienes, etc.), valerse de las garantías reales, ejercer contra el deudor las acciones de revocatoria, simulación, etc.

§ 608. LIMITACIONES

La regla general está sujeta a importantes limitaciones, a saber:

a) Se extiende hasta el límite de lo pagado

Sea la subrogación convencional o legal, la primera limitación de importancia está señalada en el inc. 1 del art. 771, en estos términos: "El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino *hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente* para la liberación del deudor". Es ésta una de las diferencias entre la subrogación y la cesión onerosa de un crédito, ya que la cesión, por su carácter especulativo, permite al cesionario recuperar la totalidad del crédito aunque él hubiese pagado un precio menor⁵⁶.

Bien se ve, en consecuencia, que si el tercero pagador desinteresa al acreedor con una cantidad menor a la del crédito, no podrá recuperar el valor del crédito, sino únicamente la cantidad que él pagó, salvo que celebre con el acreedor una cesión de crédito.

b) Límites impuestos por las propias partes

Si la subrogación es convencional, las partes pueden establecer límites al traspaso del crédito, según sus intereses o conveniencias, así está dispuesto en el inc. 2 del art. 771: "El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o por el deudor que la consiente".

c) En las obligaciones mancomunadas

También fue dicho que cuando uno de los deudores paga una obligación indivisible o solidaria, resulta subrogado en los derechos del acreedor, pero no podrá reclamar el reembolso de los otros codeudores "sino hasta la concurrencia de la parte, por la cual cada uno de estos últimos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda" (art. 771, inc. 3).

Sobre esta cuestión, *supra*, § 602, b).

§ 609. SUPUESTO DE PAGO PARCIAL

Una situación particular se presenta cuando el tercero realiza un pago parcial y el acreedor lo acepta. En este caso, la subrogación es también parcial, de suerte tal que el crédito se divide en dos partes: a) una, que corresponde al acreedor originario, que continúa siéndolo en las mismas condiciones que tenía, aunque deberá descontar el pago parcial recibido; b) otra, que corresponde al tercero pagador, que se subroga en los derechos, acciones y privilegios del acreedor, pero sólo hasta el monto del pago realizado. La situación del deudor no cambia en punto al monto de la deuda, que seguirá siendo el mismo, con las eventuales acrecidas, intereses, gastos, etc.

¿Qué ocurre si los bienes del deudor resultan insuficientes para satisfacer a ambos acreedores? Ninguno de los acreedores, ni el subrogante ni el subrogado, tiene mejor derecho, la ley ha dispuesto que ambos "concurrirán con igual derecho por la parte que se les debiese" (art 772). La solución de la ley deja en mejor situación al subrogante, en efecto, supóngase que el deudor debe a Pedro \$ 6.000, Diego, como tercero, paga \$ 3.000, por efecto de la subrogación parcial, Pedro (subrogante) sigue siendo acreedor por \$ 3.000 y Diego (subrogado) es nuevo acreedor, también por \$ 3.000, ahora, si subastados los bienes del deudor se obtiene únicamente \$ 2.000, puesto que subrogante y subrogado concurren *con igual derecho* a cada uno le corresponderá \$ 1.000. El subrogante queda en mejor situación, porque habrá recibido \$ 3.000 de Diego y \$ 1.000 del deudor, en tanto que el subrogado, que pagó \$ 3.000, sólo obtendrá el reembolso de \$ 1.000. La solución, no obstante, es justa⁵⁷, porque, en definitiva, cada acreedor soporta en partes iguales la insolvencia del deudor.

U) TRANSMISIÓN DE DEUDAS

§ 610. CONCEPTO DE TRANSMISIÓN DE DEUDA

Con el nombre *transmisión de deuda*⁵⁸, en sentido estricto, se menciona la situación que se presenta cuando en una relación de obligación integrada con un acreedor y un deudor determinados, sin que se modifique ni su causa ni su objeto, se produce el traspaso de la deuda y la liberación del deudor originario, de manera que el mismo acreedor, después de ella, tiene que cobrar su crédito a un *nuevo* deudor.

⁵⁷ De acuerdo: Borda, *Obligaciones*, 11, n° 807, p. 594.

⁵⁸ Conviene, desde el comienzo, precisar la terminología: cuando se habla de transmisión de deuda *strictu sensu*, se menciona la hipótesis en que el traspaso libera al deudor originario. Ya se verá que existen casos en que un tercero puede asumir la obligación del deudor, pero sin liberarlo, de manera que en esos casos no se puede hablar, en estricto sentido, de *transmisión*, sino de *acumulación* de deudores.

En sentido amplio e impropio, también se dice que hay transmisión de deuda cuando un tercero asume la obligación del deudor, pero sin liberarlo; no hay aquí, como se verá luego, transmisión sino acumulación de deudores.

§ 611. PLANTEO DE LA CUESTIÓN A LA QUE DA LUGAR

Cuando se indaga sobre la *transmisión de deuda*, se trata de saber, en definitiva, si está prohibida o permitida.

El problema puede plantearse en estos términos, se sabe que la relación de obligación tiene dos polos: el acreedor, titular de un derecho subjetivo, *derecho de crédito*, el deudor sobre el que pesa un deber jurídico específico, *deber de cumplir* con el pago de la deuda. El derecho de crédito es transmisible, ¿lo será también la deuda? Repárese en que con la transmisión del crédito, en tanto facultad o prerrogativa, se está transmitiendo un beneficio patrimonial, de allí que haya sido admitida sin reparos. Pero con la deuda, en tanto deber de cumplir, se transmite una carga patrimonial; por esta y por otras razones, en algunas legislaciones no ha tenido, todavía, concreta aceptación.

a) Breve referencia a los antecedentes históricos

Los antecedentes históricos muestran que siempre hubo reparos y objeciones que hacer a la transmisión de deudas, hasta que en épocas recientes se advirtió la necesidad y hasta la conveniencia de aceptarla. En el derecho romano las objeciones fueron insuperables, a tal punto que no se admitía el reemplazo del deudor, salvo los casos transmisión de un patrimonio entero, como ocurría con la sucesión *mortis causa*, con la *bonorum venditio*⁵⁹ o la *bonorum cessio* -³⁰. La negativa a admitir el traspaso de la deuda se justificaba en una razón elemental: partiendo de que la obligación era un vínculo entre personas, la del deudor, en particular, era intransferible, porque se suponía que sus condi-

⁵⁹ La *bonorum venditio* es la venta en bloque de los bienes de un deudor insolvente en beneficio de sus acreedores, al adquirente del patrimonio se lo llamaba *bonorum emptor*. Esta venta podía tener lugar, bien viviendo el deudor, o bien después de su muerte. Se hacía durante su vida: si estando demandado se sustraía a la persecución sin dejar un representante; si había dejado sus bienes a sus acreedores, como le autorizaba una ley *Julia*; si no pagaba sus deudas después de haber sido condenado por una sentencia del juez o después de haberla reconocido delante del magistrado. Tenía lugar después de su muerte, cuando no dejaba heredero alguno, ni civil ni pretoriano. Este modo de transmisión *per universitatem* fue introducido por el pretor P. Rutilio en la primera mitad del siglo VII de Roma. Sin duda, debió inspirarse para esta creación en la especie de venta usada en beneficio del Estado y llamada *bonorum fectio*: E. Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, n° 703, p. 811.

³⁰ Una ley *Julia*, del tiempo de César o de Augusto mejoró la situación del deudor insolvente y de buena fe, permitiéndole hacer *cesión voluntaria* (*bonorum cessio*) de sus bienes a sus acreedores, mediante esta cesión se libraba de la prisión y de la infamia: Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, n° 705, p. 813.

ciones, especialmente la solvencia, eran fundamentales para el acreedor. Por ello, cuando por circunstancias imponderables era irremediable el cambio de deudor, se recurría a una figura que no implicara transmisión de la deuda, como la novación subjetiva pasiva que producía la extinción de la obligación anterior y el nacimiento de una nueva⁶¹.

b) Derecho comparado

Superadas las objeciones del pasado, la transmisión de deuda fue expresamente reconocida en algunas legislaciones, como por ejemplo, en los Códigos Civiles de Alemania e Italia. En otras legislaciones, como por ejemplo, en los Códigos francés y argentino, aunque sus normas no se refieren a ella, la doctrina y la jurisprudencia la han aceptado justificándola con razones que, a esta altura del debate, no son controvertibles. Ante la ausencia de normas específicas en nuestra legislación, es útil un somero repaso de derecho comparado.

I) *Derecho alemán*. — Según refiere Larenz⁶² el Código Civil alemán, permite la transmisión de la deuda de dos formas: a) mediante un contrato entre el acreedor y el nuevo deudor, al que llama adquirente, sin la intervención del deudor anterior, b) mediante un contrato entre el anterior y el nuevo deudor, que, para ser válido, requiere la aceptación expresa del acreedor. En ambos casos, el nuevo deudor entra en lugar del anterior, que queda liberado como consecuencia de la asunción del primero. Destaca que hay transmisión, porque el crédito que debía cumplir el primer deudor no se extingue, se trata del mismo crédito, con nuevo deudor. Cotejando estas figuras de transmisión de deuda referidas por Larenz para el derecho alemán, con las que son posible en nuestro ordenamiento, cabe observar que únicamente la segunda sería para nosotros una *transmisión strictu sensu*. La primera, en cambio, en tanto consiste en un pacto entre el acreedor con el nuevo deudor, por el que se libera al primer deudor sin su intervención, es para nosotros una expromisión, es decir, un supuesto de novación subjetiva pasiva, según nuestro art. 815.

JJ) *Derecho italiano*. — El Código Civil italiano de 1942 se refiere en sus arts. 1268 a 1274, a la delegación, a la expromisión y a la responsabilidad del tercero. La *transmisión* de deuda *strictu sensu*, aunque como una hipótesis de excepción, está contenida en el art. 1268 que lleva por título "Delegación acumulativa". Para detectarla, es necesaria una lectura cuidadosa del texto citado. Así, según la

⁶¹ Dice Maynz: "...si ambas partes están de acuerdo, el motivo que se opone al cambio de la obligación desaparece: pueden libremente sustituirse de común acuerdo otra persona, sea como deudor, sea como acreedor. Pero no es esto propiamente hablando, una cesión, una transferencia, sino la creación de una obligación nueva por medio de la cual se reemplaza a la antigua. Así es que la novación era al principio el solo medio de obtener semejante resultado", *Curso de derecho romano*, t II, § 187, p. 83.

⁶² K. Larenz, *Derecho de obligaciones*, 1.1, § 31,1, ps. 476 y ss.

primera parte: "Si el deudor (delegante) asigna al acreedor un nuevo deudor (delegado), el cual se obliga frente al acreedor, el deudor originario no queda liberado de su obligación, salvo que el acreedor declare expresamente liberarlo". De este primer párrafo resulta que pueden presentarse dos posibilidades:

1) La primera (delegación acumulativa) se presenta cuando el acreedor acepta la delegación, pero no libera al primer deudor (delegante), en este caso no hay transmisión de deuda, sino únicamente una acumulación de deudores. Se da sin embargo, un efecto importante: puesto que aceptó la delegación, el acreedor no puede demandar al primer deudor, si antes no ha pedido el cumplimiento al segundo deudor (art. 1268, segunda parte).

2) La segunda (transmisión de deuda *strictu sensu*) se presenta cuando el acreedor no sólo acepta la delegación, sino que manifiesta expresamente su voluntad de liberar al primer deudor. En este caso, está claro que se produce la transmisión de la deuda, porque si el acreedor libera al primer deudor, el único obligado que queda, respecto de la misma obligación, es el segundo deudor o delegado⁶³.

ni) *Derecho francés*. — Si bien el Código Civil francés no ha incluido entre sus normas la transmisión o cesión de deudas, su doctrina no duda en admitirla «*. Se sostiene que no constituye un procedimiento de transmisión perfecto, porque no basta el acuerdo entre el primer y el segundo deudor sino que requiere la aceptación del acreedor. Se justifica esta necesidad de intervención del acreedor porque la personalidad del deudor tiene una importancia primordial, a tal punto que no sería concebible que pudiera realizarse un cambio de deudor sin el consentimiento del acreedor»⁶⁵.

§ 612. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO

El Código Civil argentino no contiene normas que se refieran a la transmisión de deuda⁶⁶ *strictu sensu*. Sin embargo, está impuesta en la doctrina y en la jurisprudencia⁶¹, la idea de que es jurídicamente posible su existencia.

⁴¹ Cfr. F. Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, t IV, § 109, p. 175.

⁶⁴ Henry, Léon y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte segunda, vol. nj, p. 511.

⁶⁵ Henry, Léon y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte segunda, vol. D3, nos 1277 y ss., ps. 520 y ss.

⁶⁶ Se ha dicho que se puede justificar que Vélez Sarsfield no haya legislado sobre la transmisión de deuda porque en la época en que se redactó el Código (1864-1869) ésta todavía no había sido aceptada o, en todo caso, recién se comenzaba a hablar de ella. En cambio, se afirma que no es comprensible que la reforma de nuestro Código, operada en el año 1968 por la ley 17.711, haya omitido tratar sobre la transmisión de deudas, que a esa altura había tenido ya plena aceptación en el derecho comparado: Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 1264, p. 875.

⁶⁷ Cfr. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 1093, p. 754; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. DI, n° 2339 a), p. 731; Lafaille, *Tratado*, t VI, "Obligaciones", vol. I, n° 299, p. 272;

Los argumentos que justifican admitirla, son los siguientes:

a) En primer lugar es invocable el principio de legalidad (art. 19, Const. Nac). En efecto, si bien nuestro Código no contiene normas que autoricen expresamente la transmisión de deuda, tampoco la prohíbe. En consecuencia, puesto que nadie puede ser privado de hacer aquello que la ley no prohíbe hacer, no cabe sino concluir que el traspaso de la deuda está permitido. En todo caso, quedará librada a la conciencia y al interés de los particulares.

b) En segundo lugar impera aquí el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197). En efecto, no encontrándose interesado el orden público, y siempre que no ofendan la moral o las buenas costumbres (art. 953), las partes son libres para convenir la liberación del deudor originario y su reemplazo por uno nuevo⁶⁸, sin modificar la causa ni el objeto de la obligación.

c) Es también un argumento válido recurrir, una vez más, a la diferencia entre "objeto" y "contenido" de la obligación. Ya se vio que la principal razón por la que se prohibía el traspaso de la deuda, era el carácter *esencial* que se atribuía a la persona del deudor y a sus cualidades, en especial, su solvencia. Sin embargo, en los tiempos que corren, en la inmensa mayoría de los casos, lo primordial y realmente esencial para el acreedor es la obtención del *bien debido*, con el cual verá satisfecho su interés. Siendo así, al acreedor le puede resultar indiferente quién asuma el rol de pagador, sea el deudor o un tercero; a partir de esta premisa, si un tercero se ofrece como nuevo deudor, nada impide que el acreedor lo acepte, si se trata de una persona solvente u ofrece garantías suficientes a satisfacción del acreedor⁶⁹. La actuación del deudor en el pago (prestación) es sólo uno de los medios contenidos en la obligación, tendientes a la satisfacción del interés del acreedor; la actuación de un tercero, es otro de los medios posibles; ¿por qué, entonces, privar al acreedor de esta posibilidad de obtener el bien debido?

d) Por último, el propio Código y algunas leyes especiales han previsto, en casos concretos, la transmisión de deudas, lo que daría pie a una generalización a partir de esas reglas particulares.

Así, por ejemplo, se pueden mencionar los siguientes casos:

1) Es posible la cesión de la posición contractual⁷⁰ del locatario, lo que implica "la transmisión de los derechos y obligaciones" a su cargo (art. 1584).

Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. III, § 1260, p. 656; Borda, *Obligaciones*, L 1, n", 636.

⁶⁸ Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n°, 1265, p. 878; Borda, *Obligaciones*, 11, n", 636.

⁶⁹ De acuerdo. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 634.

⁷⁰ Se trata de la cesión del conjunto de derechos y deberes que son propios del locatario, como "parte" del contrato de locación, es, en suma, una cesión de contrato que, para su validez, requiere —además del acuerdo entre cedente y cesionario— la aceptación del locador.

En este caso, habrá transmisión de deuda *strictu sensu*, si el locador presta su conformidad con la cesión y libera al locatario cedente, pues en tal caso habrá un nuevo deudor, el locatario cesionario.

U) Otro tanto sucede con el titular de un boleto de compraventa de una unidad funcional sometida al régimen de la propiedad horizontal (ley 19.724), ya que está habilitado a *ceder* el boleto, lo que implica la transferencia de sus derechos y obligaciones, en particular, si todavía adeuda el precio, quedará liberado de esa obligación respecto del propietario, si éste presta su conformidad con la cesión (art. 17, ley citada)⁷¹.

§ 613. NATURALEZA, MÉTODO

Admitido que para nuestro ordenamiento es posible la transmisión de deuda, corresponde indagar su naturaleza jurídica.

Sin dudar, se debe afirmar que se trata de un *contrato*, en tanto debe consistir en un acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes "reglan sus derechos", decidiendo la liberación del deudor originario y su reemplazo por uno nuevo, sin cambiar ni la causa ni el objeto de la obligación. Se trata, en suma, de un negocio jurídico comprendido en la definición de contrato contenida en el art. 1137, cuyos caracteres y requisitos deben ser precisados teniendo en cuenta que se trata de un negocio *atípico*. Respecto del método, puesto que debe ser ubicado, por su naturaleza, entre los capítulos destinados a los contratos, aquí se dirá lo esencial. •

§ 614. LA TRANSMISIÓN DE DEUDA *STRICTU SENSU*. NOMBRE Y REQUISITOS

Decidida su naturaleza contractual, es necesario describir sus rasgos y elementos esenciales, teniendo en cuenta, como se anticipó, que carece de una regulación legal propia: es un contrato innominado o atípico.

a) *Nombre: contrato de asunción privativa de deuda*

Puesto que conviene comenzar por dotarlo de un nombre propio, en razón de que es innominado, considero apropiado llamarlo contrato de asunción privativa de deuda⁷², por una razón que juzgo importante, reflejar con rigor la hipótesis de que se trata: un segundo deudor asume la obligación del primero, liberándolo⁷³.

⁷¹ De acuerdo: Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, tío, 1264, p. 878.

⁷² Borda lo llama *cesión de deuda: Obligaciones*, L I, n° 637. Se lo llama también *delegación perfecta* de deuda.

⁷³ Corrip.rCazeauX y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n°, 1268, p. 880.

Sus rasgos y elementos esenciales son los siguientes. Consiste en un acuerdo entre el deudor originario, el nuevo deudor y el acreedor. Esto es fundamental, porque ante la concurrencia de más de dos "centros de interés", este contrato se nos presenta como acto o negocio jurídico plurilateral, ya que se requiere el consentimiento de "tres partes": el deudor originario, el nuevo deudor y el acreedor. El pacto que pudieran celebrar el deudor originario y el nuevo deudor, sin intervención del acreedor, si bien tiene importantes efectos, no implica transmisión de deuda *strictu sensu*, porque de tal acuerdo no puede resultar la liberación del primer deudor. El único que puede liberarlo es el acreedor y para ello, es obvio que debe prestar su consentimiento⁷⁴. Si entre el anterior y el nuevo deudor convinieron que el primero tendrá que reembolsarle al segundo lo que éste le pague al acreedor, ya no habrá transmisión de deuda (*strictu sensu*), es decir, no habrá asunción privativa de deuda, sino una promesa o, en su caso, un pago con subrogación consentida por el deudor (art. 770)⁷⁵.

b) Requisitos

Para que un contrato de transmisión de deuda sea válido, deben cumplirse los siguientes requisitos:

I) *Capacidad*.—Se requiere capacidad para contratar, respecto del nuevo deudor, en particular, debe ser capaz de obligarse.

II) *Forma*.—Puesto que en nuestro derecho este contrato no tiene un régimen jurídico propio, por aplicación de los principios generales y de las reglas específicas del contrato de cesión, con el cual presenta notable analogía, cabe concluir que: 1) la voluntad de las partes que celebran la *transmisión* debe manifestarse expresamente; 2) en particular, debe incluir una cláusula expresa e inequívoca de liberación del primer deudor; en caso de duda sobre el consentimiento del acreedor para liberarlo, debe interpre-

Cazeaux también lo llama *asunción privativa o liberatoria de deuda*, pero incluye, como si se tratara de un subtipo de este contrato, el pacto entre el acreedor y el nuevo deudor, que acuerdan liberar al anterior deudor, sin su intervención. Pero esta hipótesis, como se verá luego, no es una transmisión *strictu sensu*, sino una especie de novación subjetiva pasiva: la expromisión, como se comprueba con sólo leer el art. 813 del Cód. Civil; y si hay novación no hay transmisión, porque la obligación novada no se transmite, sino que se extingue. Asimismo, comparar la terminología que se usa en el derecho alemán.

⁷⁴ Se trataría de un contrato de cesión de deuda: Borda, *Obligaciones*, U n " 637.

⁷⁵ Para una doctrina (Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. III, n° 2334, p. 724; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1274, c, p. 887), cuando el anterior deudor conviene con el nuevo el reembolso, se estaría ante un supuesto de transmisión de deuda, sujeta al régimen del pago con subrogación. Estimo que aquí no hay transmisión en sentido estricto, sino directamente, un pago con subrogación con consentimiento del deudor.

tarse que continúa obligado; 3) debe ser hecho por escrito, forma que tiene el carácter de solemnidad relativa⁷⁶.

§ 615. EFECTOS

Para sintetizar los efectos de este contrato, corresponde, en primer lugar, determinar a qué régimen jurídico debe someterse.

a) Reglas aplicables. El contenido normativo del contrato

Puesto que, como se dijo, es *atípico* (no tiene un régimen legal propio) su contenido normativo, esto es, sus cláusulas, derivan de: 1) la voluntad de las partes (art. 1197); 2) las reglas y principios generales sobre obligaciones y contratos; 3) las reglas de los contratos típicos afines⁷⁷.

b) Principales efectos

Esto quiere decir, en definitiva, que los efectos de la asunción privativa de deuda serán lo que resulten de:

I) La autonomía de la voluntad. — En primer lugar, se producirán los efectos que las partes hubiesen estipulado. Si bien la transmisión supone que ni la causa ni el objeto de la obligación habrán de modificarse, las partes son soberanas para modificar, ampliando o limitando los efectos del contrato; así, podrían por ejemplo, suprimir o modificar la tasa de interés, suprimir o agregar alguna garantía específica, fianza, hipoteca, pactar una cláusula penal, etc.

II) Reglas y principios generales. — Si las partes no han estipulado reglas especiales para los efectos, se aplicarán las reglas y principios generales. Así: 1) el anterior deudor queda liberado de la obligación, tanto respecto del acreedor, como con relación al nuevo deudor; de lo contrario, no habrá transmisión de

⁷⁶ Comp. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1272, p. 884, quienes parecen sostener que es formal *adprobationem*.

⁷⁷ Para López Zavalía (*Teoría de los contratos. Parte general*, 3ª ed., p. 66), un contrato es nominado o típico cuando la totalidad de sus cláusulas esenciales se adecúan al tipo legal, sin que tenga importancia el nombre dado por las partes (art. 1326). El contrato nominado se rige por las reglas del tipo (sometido por ende al derecho imperativo que a éste corresponde, y llenándose sus lagunas por el derecho supletorio estatuido en el tipo). Si un problema determinado no puede ser resuelto atendiendo a dichas normas, se acude a las reglas generales de los contratos, y sólo a falta de ellas se busca en las del tipo análogo. En los contratos innominados el procedimiento es el mismo. Tan sólo que como no hay un tipo del cual partir, habrá que acudir primero a las reglas generales de los contratos. La opinión contraria, según la cual, al contrato innominado se le aplican directamente las reglas del tipo con el que guarda mayor analogía saltea indebidamente una etapa, que es la de la subsunción en el género: *Teoría de los contratos. Parte general*, p. 66.

deuda, *strictu sensu*; 2) el nuevo deudor queda obligado en la misma medida y con idéntico alcance que el anterior, es así, porque la transmisión implica *sucesión*, esto es, reemplazo del deudor sin que se modifique ni la causa ni el objeto de la obligación; 3) si no se hubiesen pactado intereses, se debe la tasa de interés moratorio que fije el juez según lo autoriza el art. 622; 4) el nuevo deudor podrá oponer al acreedor las defensas que tenía el anterior, por ejemplo, un pago parcial, la nulidad del contrato, la excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1198); no podrá oponer, como es lógico, las defensas exclusivamente personales del anterior deudor.

TU) *Reglas de los contratos típicos afines*. — Por fin, si las reglas generales son insuficientes para resolver el problema que pudiera suscitarse, se aplicarán las reglas de la cesión de créditos, en tanto no fuesen incompatibles con la transmisión de la deuda.

§ 616. OTRA SITUACIÓN IMPROPIA DE TRANSMISIÓN DE DEUDAS

* En nuestro derecho, dejando de lado la asunción privativa de deuda, es posible encontrar otra hipótesis en la que también tiene lugar el reemplazo del deudor, pero que no alcanza a ser una transmisión de deuda *strictu sensu*, por faltarle uno de sus elementos esenciales. Me refiero a la *expromisión*.

Repárese en la siguiente hipótesis: la decisión de transmitir la deuda es el resultado de un contrato celebrado entre el acreedor y el nuevo deudor, en una de cuyas cláusulas se establece en forma expresa la liberación del deudor originario. En este contrato son "partes" el acreedor y el nuevo deudor, el deudor anterior no es "parte", por lo que no se requiere su consentimiento⁷⁸. Como consecuencia de ese acuerdo, el primer deudor resulta liberado de la obligación respecto de ambas partes. No hay pues *transmisión o sucesión* de deudor, ya que cuando el segundo deudor pague, el acreedor estará satisfecho y el pagador no será subrogado: la obligación se habrá extinguido. Este acuerdo, con esos efectos, no es de transmisión sino de novación subjetiva pasiva, es una *expromisión*: para comprobarlo, basta la lectura del art. 815: "Puede hacerse la novación por otro deudor que sustituya al primero, ignorándolo éste, si el acreedor declara expresamente que desobliga al deudor precedente, y siempre que el segundo deudor no adquiera subrogación legal en el crédito".

⁷⁸ Es ésta la hipótesis que Cazeaux (en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n°, 1268, p. 881) menciona como una especie de asunción privativa de deuda; no es tal, sino una concreta expromisión.

§ 617. ACUMULACIÓN DE DEUDORES

Se suelen mencionar⁷⁹ como hipótesis de transmisión de deudas otras situaciones en las que, en rigor, no hay transmisión, sino acumulación de deudores. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la *delegación imperfecta*⁸⁰ de deuda, que se presenta cuando el deudor originario celebra con el nuevo deudor un contrato en cuya virtud este último asume la obligación de pagar la deuda del primero, sin que el acreedor preste su consentimiento. Es obvio que, ante la falta de conformidad del acreedor, el primer deudor no quedará liberado, en consecuencia, este contrato produce la acumulación de un nuevo deudor, dando lugar a una mancomunación pasiva que solamente podrá ser solidaria, por esta particularidad: el acreedor tiene derecho a exigir del primer deudor el cumplimiento de la obligación, aunque no podrá negarse a aceptar el pago, si es íntegro, del segundo deudor; sí podrá rechazar un ofrecimiento de pago parcial de cualquiera de ellos⁸¹.

§ 618. PROMESA DE LIBERACIÓN

La última hipótesis a considerar es la llamada *promesa de liberación*. Se trata, también en este caso, de un acuerdo entre el deudor > an tercero, sin la intervención del acreedor. En virtud de ese acuerdo, el tercero, sin asumir la condición de obligado frente al acreedor, conviene con el deudor que él pagará la obligación, es decir, consiste en una promesa que el tercero le hace al deudor consistente en que lo liberará de la obligación, de allí su nombre.

Es fácil advertir que no hay aquí transmisión de ninguna especie.

B) RECONOCIMIENTO

§ 619. NOCIONES PRELIMINARES

a) *Los significados de la palabra "reconocimiento" en el derecho de las obligaciones*

En el lenguaje jurídico, con particular referencia al derecho de las obligaciones, se usa la palabra *reconocimiento* en dos sentidos⁸²:

I) Como sinónimo de *confesión*, esto es, se suele decir que hay reconocimiento cuando una persona confiesa que es legítima una obligación contraída

⁷⁹ Comp. Borda, *Obligaciones*, 11, n° 637.

⁸⁰ Borda la llama *asunción de deudas* propiamente dicha: *Obligaciones*, t. 1, n° 637, b).

⁸¹ Volveré sobre este tema al tratar la novación.

⁸² Comp. R. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, n° 264, p. 293.

por ella⁸³. Éste es su significado tradicional. Por tratarse de una confesión se la considera, por un lado, un medio de prueba y, por otro, se admite que interrumpa la prescripción que estuviese corriendo.

JJ) Como sinónimo de *título ofuente* constitutiva de una nueva obligación, lo que ocurre cuando se dice, por ejemplo, que es la declaración por la cual una persona que no está obligada asume, frente a otra, la condición de deudor. Se destaca su fuerza *constitutiva*, porque a partir de ella nace una obligación que antes no existía. Se afirma, en suma, que es un reconocimiento de deuda *abstracto*, pues prescinde de la causa.

b) Derecho comparado

El reconocimiento-confesión es admitido y regulado por las legislaciones. El reconocimiento-título, en cambio, es admitido sólo por algunos Códigos Civiles; por ejemplo, el Código Civil alemán (arts. 780 y 781) y el suizo de las Obligaciones (arts. 17 y 18) consideran que el reconocimiento puede ser la confesión de una obligación preexistente o bien, la fuente de una nueva obligación.

§ 620. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO

En nuestro derecho, la cuestión ha merecido diverso tratamiento en el Código Civil y en los proyectos de reformas.

a) Código Civil

Nuestro Código Civil sólo admite el reconocimiento-confesión. Siguiendo las huellas de la doctrina tradicional, este reconocimiento es medio de prueba de la existencia de la obligación y medio apto para interrumpir la prescripción. No le ha dado cabida, en cambio, al reconocimiento-título.

b) Los proyectos de reformas

Distinta es la cuestión en los proyectos de reformas. Tanto el Anteproyecto Bibiloni (arts. 2283 y 2285), como el Proyecto de 1936 (arts. 1394 y 1395) y el Anteproyecto de 1954 (art. 1058) propusieron incorporar a nuestro derecho positivo, la figura del reconocimiento, como título *abstracto*, es decir, con prescindencia, de una causa anterior concreta, de una nueva obligación. El Proyecto de 1998, en cambio, propuso admitir únicamente la *promesa unilateral de*

⁸³ Según el diccionario, con la palabra *reconocimiento* se alude, en general, a la acción y al efecto de *reconocer* y ésta, en una de sus acepciones, significa *confesar que es legítima una obligación contraída*.

pago, pero no con el carácter de título abstracto, sino presumiendo la existencia de una causa⁸⁴.

§ 621. MÉTODO DEL CÓDIGO CIVIL. CRÍTICA

Nuestro codificador incluyó lo concerniente al reconocimiento en la parte destinada a las obligaciones en general (Libro Segundo, Sección Segunda), dedicándole el Título XV, que comprende los arts. 718 a 723, bajo el rótulo "Del reconocimiento de las obligaciones".

Al método seguido por Vélez Sarsfield se le han formulado las siguientes críticas:

a) Si bien es con relación a las obligaciones, en particular, que el reconocimiento tiene singular importancia, la verdad es que son los hechos, actos jurídicos y derechos, en general, los que pueden requerir ser objeto de un reconocimiento. En consecuencia, según el parecer mayoritario de la doctrina⁸⁵, su ubicación debe trasladarse a la parte general, junto a los hechos y actos jurídicos y, con mayor precisión, en la parte destinada a la prueba.

b) También se dijo que se podría obviar el tratamiento autónomo del reconocimiento "ya que las disposiciones respectivas pueden ser perfectamente distribuibles en otras secciones: las relativas al efecto probatorio en la correspondiente a los hechos jurídicos, y las referentes a la interrupción de la prescripción en la que regula este instituto"⁸⁶.

De ambas críticas sólo se justifica y hasta cierto punto, la primera. En efecto, es verdad que un método más riguroso aconseja ubicar el reconocimiento en la parte general, pero no lo es menos que el hecho de que sus normas hayan

⁸⁴ El sistema del proyecto de 1998, resulta de sus arts. 684 y 1741. El 684, referido al reconocimiento, dice: "Hay reconocimiento si el deudor realiza una manifestación de la cual resulta, expresa o tácitamente, que admite estar obligado.

"El reconocimiento:

"a) Es irrevocable.

"b) Es interpretado estrictamente.

"c) Hace presumir la existencia de una causa, salvo prueba en contrario.

"d) Si es expreso, para constituir prueba completa de la obligación debe contener la mención 'de su fecha, de su cuantía y de su causa'.

Más adelante, en el art. 1741, referido a la presunción de causa, se lee: "La promesa de pago de una obligación formulada unilateralmente hace presumir la existencia de una fuente válida, salvo prueba en contrario. Para el reconocimiento se aplica el inc. c) del art. 684".

⁸⁵ Lafaille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", vol. 1, n° 302, p. 275 y n° 397, p. 278; De Gásperi y Morello, *Derecho civil*, "Obligaciones", t. II, n° 1597, p. 736; Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, t. III, § 1208, p. 591; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, n° 4, p. 374; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1290, p. 900; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 642, p. 498.

⁸⁶ Tal lo que afirma Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. III, n° 4, p. 374.

sido incluidas en la sección de las obligaciones no impide su generalización. La segunda, en cambio, es inaceptable, porque sugiere la dispersión de sus disposiciones, lo que haría aún más complicada la tarea de generalización.

§ 622. CONCEPTO DE RECONOCIMIENTO

a) La definición legal

Según el art. 718 "El reconocimiento de una obligación es la declaración por la cual una persona reconoce que está sometida a una obligación respecto de otra persona". Dos críticas⁸⁷ se le han formulado al texto legal: *a)* incurre en el vicio lógico de incluir lo definido en la definición; *b)* induce al intérprete en el error de suponer que el reconocimiento consiste únicamente en una *declaración* cuando, en rigor, ello vale sólo para el reconocimiento expreso pero no para el tácito que, como se verá luego, se puede inducir de otros actos o comportamientos, como la realización de pagos parciales⁸⁸.

b) El concepto en la doctrina

Atendiendo a las críticas formuladas a la definición legal, siempre dentro del sistema de nuestro derecho, se puede decir que el reconocimiento "es el acto jurídico unilateral en cuya virtud una persona, supuesto un previo y cuidadoso examen de la cuestión, acepta que, por causa legítima, es deudor"⁸⁹.

Caben las siguientes acotaciones:

I) Es siempre un acto jurídico, según se demostrará al analizar su naturaleza jurídica. Es *unilateral*, en tanto para su perfeccionamiento y eficacia es suficiente la voluntad del otorgante, sin que se requiera la aceptación u otra declaración de quien resulte acreedor. Por cierto que éste puede aceptar o de otra manera negociar el reconocimiento, pero bien se ha dicho que esto no altera su carácter unilateral⁹⁰.

⁸⁷ Además de la reiterada observación de que las leyes no deben contener definiciones.

⁸⁸ Cfr. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1288, p. 899.

⁸⁹ Se ha dicho, también, que "es un acto jurídico del cual resulta que alguien admite ser deudor con respecto a otra persona"; o bien, que "es el acto jurídico mediante el cual un sujeto admite estar obligado": Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 537, p. 385; Lafaille, *Tratado*, t. VI, "Obligaciones", vol. I, n° 303, p. 275; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1288, p. 899; Ameal, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. IÜ, comentario al art. 718, n° 1, p. 375.

⁹⁰ Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. II, n° 1024, p. 158; Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 950, ps. 655 y ss.; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B n° 1359, p. 74; Borda, *Obligaciones*, t. I, n° 643, p. 499.

⁹¹ Borda, *Obligaciones*, t. I, n° 643, p. 499 y Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1359, p. 75. En contra, sostiene Cazeaux, que cuando el acreedor interviene, aceptando u obligándose a una

U.) Supone que, previamente, el sujeto ha efectuado un cuidadoso análisis de la cuestión. Si falta este requisito no habrá, en sentido estricto, un *reconocimiento*. Es que "reconocer", vale tanto como admitir o aceptar lo que con anterioridad ya era conocido, y esto sólo es posible si antes se analiza la cuestión o asunto, en este caso una obligación, que se quiere reconocer. Ese análisis previo se presume realizado por el sujeto que declara reconocer la obligación; incluso, ante un pago parcial que equivale a reconocimiento, es dable suponer que se lona hecho *a sabiendas*, es decir, conociendo que se está reconociendo la deuda. Pero se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, admite la prueba en contrario que podrá hacer valer la persona contra la que se invoca el reconocimiento.

ni) Quien reconoce acepta que existe una causa o una concreta *razón de deber*. En nuestro derecho sólo se admite el reconocimiento *causado*, de allí que la mención de la causa en el concepto es fundamental. Nuestro Código no incluyó, entre las instituciones del derecho de obligaciones, el reconocimiento *abstracto* de deuda.

§ 623. NATURALEZA JURÍDICA

Se ha discutido la naturaleza jurídica del reconocimiento:

a) Para una opinión, se trataría de un simple acto lícito⁹² (en los términos del art. 899), porque las consecuencias jurídicas (tener por probada la obligación y, en su caso, por interrumpida la prescripción) no se producirían como consecuencia inmediata de la voluntad del sujeto que reconoce, sino por disposición de la ley con prescindencia de esa voluntad⁹³.

b) Para otra opinión, es necesario distinguir: 1) si consiste en una declaración cuya finalidad inmediata es producir un efecto jurídico: acreditar que sobre el sujeto pesa el deber jurídico de cumplir, se trata de un acto jurídico (art. 944); 2) si se invoca el reconocimiento, no como prueba de la existencia del deber jurídico, sino como una causa de interrupción de la prescripción (art. 3989): se trata de un simple hecho jurídico⁹⁴.

contraprestación, el reconocimiento revestirá la calidad de un contrato sinalagmático: Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t H, n° 1292, p. 902. No es así. El legado con cargo, por ejemplo, es también un acto jurídico unilateral y no deja de serlo porque el legatario acepte.

⁹² Sobre el concepto de simple acto lícito: Enneccerus y Nipperdey, *Tratado de derecho civil*, 11, vol. I, "Parte general", § 128, IV, p. 12; Santero Passarelli, *Doctrinas generales del derecho civil*, n° 21, p. 115; Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, a" 101, p. 344.

⁹³ Cfr. Acuña Anzorena, *Prueba del reconocimiento de deuda como acto interruptivo de la prescripción*, "JA.", 70-453.

⁹⁴ Busso, *Código Civil*, t. V, comentario al art. 718, n° 9 y ss., ps. 183 y ss.; De Gásperi y Morello, *Derecho civil*, "Obligaciones", t III, ps. 740 y ss.; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, 1.1, p. 709; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 641, p. 498.

c) Para una tercera corriente, a la que adhiero, el reconocimiento es siempre un acto jurídico⁹⁵.

Se invocan los siguientes fundamentos:

I) Sin duda es un acto jurídico cuando se expresa por medio de una *declaración* de voluntad, porque persigue una finalidad jurídica inmediata: la *modificación* (uno de los supuestos del art. 944) de la relación jurídica existente entre las partes, porque una obligación de existencia dudosa o cuestionada se convierte, como consecuencia inmediata de la voluntad del sujeto declarante, en obligación incuestionada

U) El efecto jurídico señalado le adjudica la naturaleza de acto, sin perjuicio de que se produzcan otros efectos, como la interrupción de la prescripción, que vendría a ser, así, una consecuencia *mediata* de la voluntad del agente. Es decir, lo que interesa es que el sujeto *quiera* reconocer, ese querer produce el efecto inmediato de modificar la relación jurídica. Ahora bien, aunque por elipsis se produzcan otros efectos, como la interrupción de la prescripción, esto no altera su naturaleza.

HI) El reconocimiento no deja de ser un acto, aunque la voluntad del agente se manifieste tácitamente, por ejemplo, mediante pagos hechos por el deudor. En este caso, *afortiori* debe tratarse de pagos que constituyan actos⁹⁶. En este caso, el pago es sólo una forma en que el agente expresa su voluntad de querer reconocer la obligación. Tanto, que bien puede pagar, pero expresando su voluntad de que no reconoce estar obligado.

TV) Por último, nuestro Código Civil contiene disposiciones que expresamente refieren que el reconocimiento es un acto jurídico: arts. 719, 720 y 722.

§ 624. REQUISITOS

El art. 719 dispone que "El acto del reconocimiento de las obligaciones está sujeto a todas las condiciones y formalidades de los actos jurídicos".

En lo pertinente, cabe formular las siguientes observaciones:

á) Respecto de la capacidad, cabe decir que para otorgar válidamente un reconocimiento se requiere tener la misma capacidad que exige la obligación que se quiere reconocer, salvo, si el reconocimiento está contenido en un testamento. En efecto, puesto que un menor, mayor de 18 años, puede hacer testamento (art. 3614) si entre sus cláusulas reconoce una obligación, aunque para

⁹⁵ Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. H, n° 1024, p. 158; Llambías, *Obligaciones*, t. II-B, n° 1358, p. 73; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1291, p. 901.

⁹⁶ La aclaración es importante, dado que adherí a la tesis de la naturaleza proteica del pago (t I, § 90 y ss.). Por ejemplo, si se tratara de hechos (sin voluntad) que constituyan objetivamente "pagos" parciales, como puede ocurrir en las obligaciones de hacer, esos pagos no deben ser interpretados como *reconocimiento*, en los términos de los arts. 718 a 723 del Cód. Civil.

contraerla se requiera mayoría de edad, ese reconocimiento valdrá porque vale el testamento donde está inserto⁹⁷.

b) Si el reconocimiento se hace por mandatario, es necesario otorgarle poder especial (art. 1881, inc. 17).

§ 625. CARACTERES

Presenta los siguientes caracteres:

a) Ya se dijo que es un *acto unilateral*.

b) Es también *irrevocable*: una vez efectuado, no puede ser dejado sin efecto por la sola voluntad del deudor. Razones de seguridad jurídica abonan este carácter, ya que sería atentar contra la seguridad y la estabilidad de las relaciones jurídicas permitir que el deudor desconozca lo que antes reconoció. Tratándose de un auténtico reconocimiento (obligación fundada en causa válida), es siempre irrevocable, aun cuando hubiese sido expresado en un testamento. Ahora, si en el testamento se incluye una cláusula que bajo el rótulo "reconocimiento de obligación" es, en realidad, un legado o un regalo, entonces será revocable. A esta última hipótesis se refiere el artv3788: "El reconocimiento de una deuda, hecho en el testamento, es reputado como un legado mientras no se pruebe lo contrario, y puede ser revocado por una disposición ulterior". Según este texto, en definitiva, el reconocimiento hecho en testamento se presume que es un legado y, como tal, puede ser revocado, pero, si se prueba que no es legado, sino que responde a una deuda real que ya existía—verdadero reconocimiento— entonces no será revocable

c) En nuestro derecho, el reconocimiento es *declarativo* y no *constitutivo* de derechos. Se reconoce una obligación que preexistía, no se crea una nueva obligación.

d) El reconocimiento, ¿es gratuito u oneroso? Es necesario discriminar:

I) Vinculándolo con la causa-fuente de la obligación reconocida, será gratuito u oneroso, según lo sea esa obligación. Así: 1) si una persona reconoce haber donado y, por ende, estar obligado a donar, el acto será gratuito, en tanto su sacrificio no se compensa con una ventaja correlativa (doctrina del art. 1139); 2) si una persona reconoce que vendió y, por ende, estar obligada a entregar la cosa vendida, el acto será oneroso, porque su sacrificio se compensa con una ventaja (el precio) que recibió o tiene derecho a recibir.

II) Considerando el acto de reconocimiento, *en sí mismo*, se ha dicho que es siempre oneroso con el argumento de que si existe una razón de deber

⁹⁷ Cfr. Busso, *Código Civil*, t. V, comentario art. 720, n° 25, p. 209.

⁹⁸ De acuerdo, Borda, *Obligaciones*, 1.1, u° 643, p. 499.

⁹⁹ Busso, *Código Civil*, t. V, comentario al art. 718, n° 62, ps. 192 y ss.; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 653, b), p. 500.

(aunque sea un deber de conciencia), el que reconoce estar obligado nada dona¹⁰⁰. A mi juicio, en nuestro derecho no es posible calificar el acto de reconocimiento, en sí mismo, como gratuito u oneroso, como sí podría hacerse en los sistemas que admiten el reconocimiento *abstracto* de deuda; el reconocimiento-confesión no puede escindirse de la causa-fuente (doctrina del art. 722), a los fines de la calificación, como lo he señalado en el párrafo anterior.

§ 626. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS

Corresponde comparar, para establecer las diferencias, el reconocimiento con: a) la novación; b) la renuncia; c) la confirmación; y d) la transacción.

a) Con la novación

La novación, por naturaleza, extingue la obligación anterior y hace nacer una nueva. En el reconocimiento, no hay *extinción*, el deudor se limita aceptar que está obligado, pero siempre con referencia a una obligación preexistente que subsiste en virtud del reconocimiento. En el proceso novatorio, en suma, hay dos obligaciones; en el reconocimiento siempre hay una sola.

b) Con la renuncia

El deudor que reconoce la obligación, está renunciando al beneficio que supone para él la posible prescripción liberatoria de la deuda; renuncia, porque el reconocimiento interrumpe el curso de la prescripción. Desde esta perspectiva, se podría pensar que el reconocimiento es una especie de renuncia. Sin embargo, se destacan estas diferencias: 1) cuando se renuncia a los beneficios de la prescripción, la voluntad del renunciante se dirige directa e inmediatamente a producir ese efecto; en el reconocimiento, la voluntad del sujeto se dirige, inmediatamente, a admitir que está obligado, la interrupción de la prescripción es sólo una consecuencia mediata de esa voluntad >"; 2) lo más importante, la renuncia, mientras no es aceptada, se puede revocar; el reconocimiento, en cambio, es irrevocable.

c) Con la confirmación

Si se tiene en cuenta que la confirmación tiene por objeto purgar los vicios de que puede adolecer un acto, para evitar su nulidad, bien se advierte que no es ése el objeto del reconocimiento, con el que se busca admitir que la obliga-

Busso, *Código Civil*, t. V, comentario al art. 718, n° 62, ps. 192 y ss.
Como claramente lo expone Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 652, p. 505.

ción existe; pero una cosa es admitir que la obligación existe, y otra purgarla de vicios. Así, puede ocurrir que el deudor reconozca la existencia de la obligación y al propio tiempo impugne su validez invocando la existencia de un vicio. Sin perjuicio, claro está, de que en el mismo acto se pueda reconocer la obligación y, al mismo tiempo, confirmarla¹⁰².

d) Con la transacción

La transacción, como se verá en su momento¹⁰³, es Un acto bilateral, pues supone el consentimiento de ambas partes; el reconocimiento, en cambio y como ya se vio, es unilateral.

§ 627. ESPECIES. FORMAS DE EXPRESAR EL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento, dice el art. 720, puede hacerse por actos entre vivos o por disposición de última voluntad, por instrumentos públicos o por instrumentos privados, y puede ser expreso o tácito.

a) Manifestación expresa

Tratándose de una expresa manifestación de reconocimiento, el art. 722 dice que el acto "debe contener la causa de la obligación original, su importancia, y el tiempo en que fue contraída".

La doctrina ha sostenido que esta exigencia, la de mencionar la causa originaria, es inexplicable e injustificada¹⁰⁴. Se dice que si es válido el reconocimiento tácito que resulta, por ejemplo, de pagos parciales, la omisión en mencionar la causa no puede invalidar el acto de reconocimiento.

b) Manifestación tácita

Según el art. 721, "el reconocimiento tácito resultará de pagos hechos por el deudor". Se trata solamente de una enunciación ejemplificativa: lo importante es que la voluntad de reconocer resulte inequívocamente inducida de determinados comportamientos del deudor, por ejemplo, cuando el deudor requerido por notario, no niega la deuda y se limita a manifestar que carece de dinero

¹⁰² Cfr. Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t II, n° 1315, p. 924.

¹⁰³ Cuando se aborden los distintos medios de extinción. Respecto de la transacción, *infra*, §§ 630 y ss.

¹⁰⁴ Por ejemplo, Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, t. IU, n° 1036, letras a) y b).

para pagar; o el pedido de un plazo de gracia para efectuar el pago, a pesar de que podía alegar la prescripción de la deuda¹⁰⁵;

§ 628. EFECTOS

Los efectos del reconocimiento son, en sustancia, dos:

a) Servir de medio de prueba respecto de la existencia de la obligación reconocida.

b) Interrumpir el curso de la prescripción que estuviese corriendo.

Se discute si el reconocimiento implica renuncia a la prescripción ya ganada. Para una importante doctrina, si el deudor reconoce una obligación cuyo plazo de prescripción ya se ha cumplido, ese reconocimiento importa renunciar también a los beneficios de la prescripción¹⁰⁶. Volveré sobre la cuestión al tratar, en particular, la prescripción liberatoria.

§ 629. DIFERENCIAS ENTRE EL TÍTULO ANTERIOR Y EL NUEVO

Se trata de saber cuál es la solución cuando existen diferencias entre el título original y el documento en el que consta el reconocimiento. Al respecto, el art. 723 dispone que si el acto del reconocimiento "agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber".

Como se ve, el Código ha optado por hacer prevalecer el título original, salvo que el sujeto haya expresado su voluntad de aceptar las condiciones más gravosas que se autoimpusiera en el nuevo título.

¿Qué ocurre si en el nuevo título se asume una obligación de menor cuantía que la anterior? Se ha opinado que debe prevalecer el título nuevo, por aplicación de la regla *favvwt&bitoris*, ya que el deudor habría reconocido sólo una obligación menor. Para otros autores, debe prevalecer el título originario aunque sea más gravoso para el deudor, porque ésa es, precisamente, la naturaleza del reconocimiento; admitir lo contrario, equivaldría a darle al reconocimiento carácter *constitutivo*, es decir, se lo consideraría como fuente de una nueva obligación menor que la anterior. No es así, el reconocimiento sólo puede referirse a la obligación anterior. Sin perjuicio, está claro, de que el deudor pruebe que hubo novación y que en su mérito subsiste únicamente una obligación menor¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Nuestra jurisprudencia hace constante aplicación del reconocimiento tácito.

¹⁰⁶ Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 648, p. 502.

¹⁰⁷ De acuerdo con esta interpretación: Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 649, p. 503.

CAPÍTULO XLX
EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.
LOS CONTRATOS EXTINTIVOS

A) INTRODUCCIÓN

§ 630. NOCIÓN PRELIMINAR

La relación obligación, entendida como un *proceso*, transcurre entre dos límites temporales; siempre es posible ubicar el punto de partida o nacimiento del vínculo y el momento de su aniquilamiento o extinción. La obligación nace vive un lapso durante el cual se producen sus efectos para, fatalmente, morii luego. De ahí que una de sus notas esenciales sea la *temporalidad*. La extinciór y consiguiente disolución del vínculo es un momento *necesario* dentro de si desarrollo temporal, pues, así como el acreedor no puede esperar *sine die* la satisfacción de su crédito, tampoco el deudor debe permanecer para siempre expuesto a una posible agresión patrimonial del acreedor; es más, ya se dijo qu« la buena fe impone a las partes ciertos deberes secundarios de conducta, cuyí observancia se exige, precisamente, para facilitar la extinción de la obligación En suma, todas las obligaciones, las nacidas de los contratos, las que proviener de los hechos ilícitos, en fin, las nacidas de cualquiera de las fuentes aceptadas, deben extinguirse.

§ 631. ENUNCIACIÓN DE LOS MODOS DE EXTINCIÓN

¿Cuáles son en nuestro derecho los modos o medios por los cuales se extinguen las obligaciones? En primer lugar, el art. 724 del Cód. Civil menciona se trata de una mera enunciación los siguientes medios de extinción.

La doctrina coincide en que se trata de una enumeración meramente enunciativa: C. Pa reliada, en Bueres (Dir.) y Highton (Coord.), *Código Civil*, 12-B, art 725, § 1, p. 2.

a) *Enunciación de los medios de extinción del art. 724 y su nota .*

El art. 724 del Cód. Civil, inalterado desde su entrada en vigencia, dice:

"Las obligaciones se extinguen:

"por el pago;

"por la novación;

"por la compensación;

"por la transacción;

"por la confusión;

"por la renuncia de los derechos del acreedor;

"por la remisión de la deuda;

"por la imposibilidad de pago".

En la nota al art. 724, el codificador menciona también como medios extintivos la condición resolutoria, al plazo resolutorio (o extintivo), la anulación de los actos jurídicos y la prescripción. La mención contenida en la nota merece ser precisada:

1) En cuanto a la *condición resolutoria* y al *plazo extintivo* son, en efecto, medios de extinción; en el primer caso, porque si se cumple el hecho previsto como condición resolutoria, "deberá restituirse lo que se hubiese recibido a virtud de la obligación" (art. 555) (*supra*, § 395); en el segundo, porque al vencimiento del plazo resolutorio cesa la eficacia del vínculo obligatorio, lo que equivale a decir que se extingue (*supra*, § 404).

2) La anulación de los actos jurídicos, en cambio, no puede ser considerada como un medio de extinción de obligaciones. En efecto, es claro que la hipótesis tenida en mira es la de actos jurídicos que, por estar viciados de nulidad, no pueden producir sus efectos propios; en consecuencia, si entre los efectos que las partes querían que el acto produjera se contaba la creación de obligaciones, éstas no habrán nacido, precisamente, por ser nulo el acto. Siendo así, si las obligaciones no nacieron, mal puede decirse que la declaración de nulidad del acto las pudo extinguir.

3) En lo que atañe a la prescripción liberatoria, si bien se la estudia junto a los medios de extinción, está claro que no extingue la obligación, sino sólo la acción o el derecho para exigir su cumplimiento, pero la obligación subsiste como natural (art 515, inc. 2)². Por su parte Galli, si-bien admite que la prescripción no es una causa extintiva, afirma que, pese a ello, "un crédito sin acción puede considerarse que no existe"³.

² En contra: Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. HI, p. 451, quienes afirman que la prescripción liberatoria "tiene un claro efecto extintivo del derecho y, específicamente, del derecho de crédito".

³ Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, L III, n 1043-c.

b) Otras posibles causales de extinción

Por cierto, las obligaciones no se extinguen únicamente por los medios enumerados en el art. 724 y su nota; se trata de una mera enunciación que no agotaría las causales de extinción. La doctrina ha señalado otras varias posibles causales; así:

1) Respecto de las obligaciones contractuales, se dice que se extinguen cuando se disuelve el contrato que les ha servido de fuente, sea por resolución, revocación o rescisión. Se trata de distintas vicisitudes contractuales que, en *general*, alteran los efectos normales del contrato pudiendo, incluso, extinguir las obligaciones nacidas de él⁴. Su estudio corresponde a la teoría del contrato.

2) Se suele mencionar también a la muerte y a la incapacidad sobrevinientes del deudor, como causas de extinción de obligaciones. Para evitar equívocos, es necesario dejar establecido que la regla general es que ni una ni otra extinguen el vínculo, porque —en el caso de la muerte— los efectos de las obligaciones se transmiten a los sucesores universales de las partes (arts. 503 y 1195); y, en el caso de la incapacidad sobreviniente, la obligación debe continuar desarrollándose con el representante del incapaz. Esa regla reconoce una importante excepción, que se presenta en materia de obligaciones *intuitu personae*, caracterizadas como aquellas que sólo pueden ser cumplidas por una concreta y determinada persona, a quien el acreedor ha tenido en cuenta en razón de sus cualidades particulares e intransferibles (v. gr., la de un reputado cardiócirujano): en esta clase de obligaciones, la muerte del deudor importa la extinción de la obligación. En nuestro Código, es posible encontrar distintos ejemplos: así, el dueño de la obra puede resolver el contrato, "si desaparece el empresario, o por su falencia" (art. 1643); si una sociedad quedara reducida a sólo dos socios, la muerte de uno de ellos disuelve la sociedad (art. 1758); el mandato se extingue por el fallecimiento o por incapacidad sobreviniente del mandante o del mandatario (art. 1963, incs. 3 y 4); la obligación de pagar la renta se extingue "por la muerte de la persona en cabeza de quien ha sido constituida" (art. 2083).

3) También el abandono de la cosa sobre la que recae el crédito suele ser mencionado como un modo extintivo de obligaciones. Sin embargo, la regla general indica que el abandono no es una causa de extinción, sino sólo en supuestos de excepción. Así, en materia de indemnización de daños y perjuicios, no le sería posible al dañador liberarse de la obligación de indemnizar abandonando la cosa con la que causó el daño; esa solución está prevista en el art. 1131 respecto del dueño del animal causante del daño que no puede liberarse, "ofreciendo abandonar la propiedad del animal" (art. 1131 *infme*), solución generalizarse a todo supuesto de daño causado con las cosas; en la locación de cosas,

⁴ F. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, 4ª ed., § 34.

tampoco el locador puede pagar las mejoras que hubiese efectuado el inquilino en la cosa locada, abandonándola (art. 1619). Por excepción, en materia de obligaciones *propter rem*, le está permitido a quien es deudor en razón de la cosa, liberarse de esa obligación mediante el abandono (*supra*, § 39, c, IV).

§ 632. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE EXTINCIÓN

Se conocen diversas clasificaciones:

a) Del cotejo de las fuentes romanas se puede colegir que sus juristas conocieron distintas causales de extinción de las obligaciones, causales que, según que el efecto extintivo tuviera lugar directamente o por vía de consecuencia, fueron divididas en dos categorías: 1°) las que funcionaban *ipso iure*, de pleno derecho, que se caracterizaban porque extinguían la obligación por su sola virtualidad, por ejemplo, el pago; 2°) las que operaban *exceptionis ope*, por vía de excepción o de defensa, que se caracterizaban porque funcionaban sólo si el deudor las invocaba o alegaba contra el *accipiens*, como por ejemplo, la prescripción ⁵.

b) Teniendo en cuenta si el interés del acreedor queda satisfecho o frustrado ⁶, las causales de extinción se dividen en dos grupos: a) unas, denominadas *satisfactorias*, suponen, como es obvio, que el deudor ha solventado el interés del acreedor y entre ello se incluye el pago; b) otras, denominadas *frustratorias*, dejan insatisfecho al acreedor, mencionándose entre ellas a la prescripción y a la imposibilidad de pago.

c) Atendiendo a su naturaleza, una importante doctrina ⁷ enseñaba que los medios extintivos se clasifican en *hechos* y en *actos jurídicos*: a) hay causales de extinción —se dice— que son verdaderos hechos jurídicos, por cuanto tienen eficacia extintiva con total prescindencia de la voluntad de los sujetos intervinientes (*solvens* y *accipiens*), por ejemplo, la imposibilidad de pago, etc.; b) existen otras causales, por el contrario, que se presentan como actos volun-

⁵ Los términos *ipso iure* y *per exceptionem*, explica Maynz, se explican fácilmente por el antiguo procedimiento, en el sentido de que los hechos pertenecientes a la segunda categoría debían ser expresados en la fórmula bajo la forma de excepción, para que el juez pudiese declarar al demandado libre y absolverlo, mientras que respecto de los de la primera categoría no era necesaria semejante inserción: Maynz, *Curso de derecho romano*, t. II, § 287, p. 587.

⁶ La doctrina suele ocuparse de esta clasificación, llamando a los modos que satisfacen al acreedor, como "modos que implican cumplimiento", y a los que lo frustran, "extinción sin cumplimiento": Colmo, A., *De las obligaciones en general*, n° 546; Lafaille, H., *Tratado de las obligaciones*, 1.1, n° 435, p. 293. Cfr., J. Peirano Fació, *Curso de obligaciones*, Centro de Estudios de Derecho, Montevideo, 1964, p. 1012; Rodríguez y Arias Bustamante, *Derecho de las obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, n° 203, p. 401.

⁷ V. Galli, sus anotaciones a la obra de Salvat, obligaciones en general, t.II, n° 1045-a, p. 178.

tantos lícitos. cuya fin inmediato es provocar la extinción del vínculo jurídico, que quedan comprendidos en la definición del art. 944 del Cód. Civil, siendo por lo tanto actos jurídicos, contándose entre ellos el pago, la novación, la transacción, etc.

d) Siguiendo las huellas trazadas por Galli, Llambías⁸ nos dejó una clasificación tripartita de los medios extintivos. Afirma que si bien tales medios son actos o hechos jurídicos, los primeros pueden ser subdivididos en *unilaterales* y *bilaterales*, de donde resultan los siguientes grupos: a) los actos jurídicos unilaterales son aquellos que emanan de la sola voluntad del *solvens* (doctrina del art. 946), tales como —en opinión de este autor— el pago, la revocación, la rescisión, etc.; b) los actos jurídicos extintivos bilaterales son verdaderas convenciones liberatorias, como la novación, la dación en pago, la transacción, el distracto, etc.; c) los hechos jurídicos extintivos, finalmente, serían la confusión, la imposibilidad de pago, la prescripción, etc.

§ 633. MÉTODO DE EXPOSICIÓN

Para facilitar la exposición de los distintos medios de extinción, serán divididos en dos especies: 1*) contratos extintivos; 2*) hechos extintivos.

a) *Contratos extintivos*

En todas aquellas hipótesis en que el *solvens* y el *accipiens* se han puesto de acuerdo, exteriorizando una voluntad común destinada a extinguir la obligación, habrán celebrado un contrato, en los términos de nuestro Código Civil. En efecto, si se admite una interpretación amplia del art. 1137 y, por ende, se reconoce que contrato es "todo acto jurídico bilateral patrimonial"⁹, se entenderá también que son contratos tanto los actos que "crean" (v.gr., la compraventa), como los que "extinguen" obligaciones. En ese marco, se puede decir que son contratos los siguientes medios de extinción: 1) el pago, cuando se trata del cumplimiento de una obligación de dar que requiere entrega, es decir, acuerdo entre *solvens* y *accipiens*; 2) la dación en pago, como ya ha sido expuesto; 3) la novación; 4) la transacción; 5) la renuncia de los derechos del acreedor, y, 6) la remisión de la deuda.

b) *Hechos extintivos*

Con ese nombre se identifican aquellos acontecimientos que, si bien tienen fuerza extintiva, no requieren de un acuerdo entre *solvens* y *accipiens*, sino que se presentan como hechos jurídicos en los términos del art. 896 del Cód. Ci-

⁸ J. Llambías, *Obligaciones*, II-B-n" 1338, p. 101.

⁹ F. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, t. II, 4ª ed., p. 18.

vil. Quedan comprendidos en la especie: 1) la compensación; 2) la confusión; 3) la imposibilidad de pago; y 4) la prescripción liberatoria.

c) Pago y dación en pago. Remisión

El pago (*supra*, § 98, a, VTí) y la dación en pago (*supra*, § 346) ya fueron tratados como contratos extintivos, por lo que corresponde remitir a los lugares indicados.

B) NOVACIÓN

§ 634. CONCEPTO

Dice el art. 801: "*La novación es la transformación de una obligación en otra*". A esta definición¹⁰ se le ha reprochado que sea incompleta, por cuanto el verbo "transformar" usado por el codificador, sin otra especificación, no revela lo que realmente sucede, ya que cuando hay novación, no es que una obligación cambie de forma¹¹, sino que esa obligación se *extingue* y *nace* una nueva en su lugar. En la novación hay, simultáneamente, extinción y creación de obligaciones. De todos modos, el reproche no alcanza para descalificar la definición legal; sí es útil para alertar al intérprete de que debe adjudicarle a la palabra *transformación* ese especial sentido. Hecha esta salvedad, no existe inconveniente en admitir que la novación es la transformación de una obligación, que se *extingue*, dando nacimiento a otra que la sustituye¹².

§ 635. NATURALEZA

I) Según una primera opinión¹³, la novación no sería un "acto", sino un *efecto jurídico* de los actos jurídicos *novativos*. Se cree demostrar tal cosa afirmando que la palabra "novación" no es usual en la práctica notarial, ya que no se suele celebrar un contrato "de novación"; lo que se celebra —se dice— son compraventas, arrendamientos, mutuos, etc., en los que se puede incluir alguna

¹⁰ Alfredo Colmo calificó la definición del art. 801 del Cód. Civil como una teorización inútil (*De las obligaciones en general*, § 733), describiéndola como "la alteración de uno o más de los requisitos esenciales de una obligación cuando esas alteraciones deriven de la intención, que la ley no Resume, de sustituirla por otra novedosa y distinta".

¹¹ Según el diccionario, "transformar", en su primera acepción, significa "hacer cambiar de forma a una persona o cosa", y en una segunda, "transmutar una cosa en otra".

¹² Cfr. F. Sancho Rebullida, *La novación de las obligaciones*. Nauta, Barcelona, 1964, n° 98, p. 327.

¹³ Que ha sido sostenida especialmente por F. Sancho Rebullida, *La novación de las obligaciones*, n° 99, p. 329.

cláusula que tenga efecto novativo, es decir, que disponga la extinción de alguna obligación anterior y su sustitución por otra. Cabe replicar que, aun cuando fuese exacto que la novación, por lo común, consiste en una cláusula que se inserta en otro contrato, sea típico o atípico, ello no es suficiente para negar que aquélla tiene —en sí misma— carácter contractual; a lo sumo, su inserción en otro contrato traerá como resultado que éste tendrá un contenido normativo *mixto*¹⁴, integrado por la reglas del contrato de que se trate (compraventa, arrendamiento, etc.) pero *también* por las reglas de la novación (arts. 801 y ss. del Código Civil).

II) Influyentes juristas, considerando que para que la novación tenga lugar es necesario que acreedor y deudor presten su consentimiento, han sostenido que se trata de una *convención liberatoria*¹⁵. Se la llama así para diferenciarla del contrato o, con mayor rigor, para negar que sea un contrato. Corresponde explicar que esta tesis que niega carácter contractual a la novación es una derivación de la doctrina que interpreta con carácter restringido el art. 1137 del Cód. Civil, interpretación según la cual sólo serían contratos los actos jurídicos *creadores* de obligaciones; por consiguiente, si la novación extingue una obligación (y aunque haga nacer otra), ya no sería un contrato sino una convención.

IU) Pero para quienes creemos¹⁶ que el art. 1137 permite afirmar que son contratos todos los actos jurídicos bilaterales de contenido patrimonial¹⁷, incluidos aquellos que extinguen obligaciones, la novación *es un contrato*¹⁸. Cabe formular dos aclaraciones de importancia: 1º) Esa naturaleza contractual le corresponde a la novación *típica*, regulada en el Código Civil (arts. 801 a 817), es decir, sin perjuicio de que existen casos de *novación legal*, a los que se les aplicará —en subsidio y por analogía— el régimen previsto en la ley civil; 2º) cuando la obligación novada ha nacido de un contrato (v.gr., la de pagar el precio en la compraventa), se ha de tener especial cuidado en considerar que por la novación se extingue *esa* obligación, pero el contrato de compraventa que le ha servido de causa fuente subsistirá¹⁹, salvo que se trate de una nova-

¹⁴ Se habla de contrato mixto cuando un mismo contrato integra su contenido normativo con cláusulas de distintos contratos; en una de sus variantes, se presenta cuando el contrato es típico (compraventa, arrendamiento, etc.) pero se le introducen cláusulas de otro (v.gr., una novación). Sobre el tema, López de Zavalía, R, *Teoría de los contratos. Parte general*, t. VI, 4ª ed., 2, § 5, p. 98. ^

¹⁵ Llambías, *Obligaciones*, t IÜ, n° 1733, p. 7.

¹⁶ A partir de las enseñanzas de nuestro maestro López de Zavalía, F., *Teoría de los contratos. Parte general*, § 1, 2,4ª ed., p. 13.

¹⁷ Sobre los fundamentos que avalan la tesis amplia en la interpretación del art. 1137 del Cód. Civil: F. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, § 1,2,4ª ed., p. 13.

¹⁸ De acuerdo con que la novación es un contrato extintivo: Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. 3, § 723, p. 493.

¹⁹ Por ello, nuestra jurisprudencia bien ha dicho que la novación no afecta "el contrato pise-

ci6tKcam& .ajjcj^o, caso lo que se altera es, precisamente, el contrato (causa o título) de la obligación novada.

En tanto contrato, presenta los siguientes caracteres:

- a) Es **nominado**; lo es porque tiene nombre propio. El Código Civil y la doctrina de los autores lo llaman **novación**.
- b) Es **típico**, en tanto está dotado de un régimen jurídico propio, nuestro - Código Civil le ha dedicado los arts. 801 a 817, inclusive.
- c) Es **consensual**, porque se perfecciona con el **solo** consentimiento de las partes, en los términos del art 1140 del Cód. Civil. Cabe añadir aquí que, si bien es suficiente para que exista novación —por ser consensual— la voluntad de las partes, esa voluntad debe ser claramente manifestada, es decir, exteriorizada en términos inequívocos respecto de la decisión **común** de novar la obligación; a esta exigencia, plenamente justificada, se refiere la primera parte del art. 812, cuando dispone que la novación "**no se presume**". No ha de entenderse que lo que se requiere es el empleo de términos o fórmulas sacramentales o solemnes; es suficiente que la voluntad, en el sentido de querer novar, se manifieste con **claridad**, sin dudas ni ambigüedades, pues de lo contrario se entenderá que no hay novación, sino que subsiste la anterior obligación, modificada o, en su caso, que a la anterior se le ha sumado una nueva obligación. Por ello, el citado art 812 añade que es preciso que la voluntad "se manifieste claramente" o que "la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva" (sobre esto, *infra*, § 639, a).
- d) Es **no formal**, por cuanto para su celebración las partes no están compelidas a observar una solemnidad determinada; la voluntad de acreedor y deudor puede exteriorizarse por cualquier forma, según resulta de los arts. 974 y 1182 del Cód. Civil. Ello, sin perjuicio de que, cuando la novación se incluya como una cláusula en un contrato solemne (v.gr., cesión de crédito, donación inmobiliaria, etc.), deba ser hecha en la forma prescripta para el contrato del que forma parte.
- e) Atendiendo al fin que persigue (crear y extinguir, etc.), es **mixto**, ya que, por un lado, extingue una obligación y, por Otro, crea una nueva que reemplaza a la anterior; ésta es su principal característica, que se resume así: la novación extingue y crea al mismo tiempo²⁰. Es más, el binomio extinción-creación constituye una unidad compleja, ya que ambas se encuentran en mutua interdependencia causal: se extingue una **para** dejar su lugar a la nueva; ésta nace **porque** se extinguió la primera²¹.
- f) Teniendo en cuenta que por su carácter mixto presenta una faz "creadora", se puede decir que, en principio, la novación tiene carácter **creditorio y uni-**

xistente sino que extingue la obligación derivada de éste": CN.Civ., Sala B, 26/5/1989, "L.L.", 1990-D-268, con nota de Carlos Alberto Rey, *La fianza en los contratos de locación*.

²⁰ Como el dios Jano, tiene dos caras: una es extintiva, la otra creadora.

²¹ Comp. F. Sancho Rebullida, *La novación de las obligaciones*, n° 98, p. 327.

lateral; Jqrrámero, porque hace nacer una obligación y lo segundo, porque sólo una de las partes continúa obligada. Se dijo, en principio, porque nada obsta a que en los casos de novación *causal*, cuando la novación se produce por cambio de causa y esa "causa" es un contrato bilateral, que se reemplaza por otro contrato, también bilateral; la novación habrá extinguido las obligaciones del primer contrato para ambas partes y habrá hecho nacer las obligaciones del nuevo, también para ambas partes, adquiriendo, así, carácter bilateral; por ej., Cayo le alquila a Ticio un inmueble, el contrato es creditorialmente bilateral, porque mientras el primero debe pagar mes a mes el alquiler, el segundo está obligado a concederle el uso y goce de la cosa; luego, las partes deciden novar, cambiando la locación por una compraventa; como consecuencia de la novación, las obligación de la locación se habrán extinguido y habrán nacido, en su reemplazo, las de la venta: Ticio debe entregar la propiedad de la cosa y Cayo debe pagar el precio. Esta novación presentará, así, los rasgos de los contratos creditores bilaterales.

§ 636. IMPORTANCIA ACTUAL DE LA NOVACIÓN

Es un lugar común afirmar que la novación, prescindiendo de las dudas y oscuridades que envuelven su origen histórico tuvo entre los romanos una importancia singular, en tanto era el instrumento jurídico que permitía —de hecho— el cambio del acreedor o del deudor de una determinada obligación, modificación de sujetos que no podía hacerse directamente dado el carácter personalísimo con que era concebida la *obligatio*. Precisamente, por ese carácter personal, si se reemplazaba alguno de los sujetos, la obligación no podía subsistir; de allí la utilidad de la novación, en tanto producía la *extinción* de la obligación anterior (*prior obligatio*) y el nacimiento de una nueva, integrada ahora con el nuevo sujeto. Se añade luego que, en razón de que en la actualidad se admite ampliamente la transmisión de créditos y deudas por voluntad de las partes (art. 1197, Cód. Civil), ya no es necesario recurrir a la novación para obtener ese resultado, de donde se concluye que ésta habría declinado su importancia.

§ 637. REQUISITOS

Los requisitos de todo contrato se dividen en presupuestos, elementos y circunstancias²². La aplicación de tal discriminación a los requisitos de la novación conduce al siguiente análisis.

²² Como bien lo ha señalado F. Sancho Rebullida, *La novación de las obligaciones*, n° 2, p. 15.

²³ Es la doctrina que enseñó F. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, t. I, 2,4" ed., § 4, p. 72.

a) Presupuestos

Presupuestos son todos aquellos requisitos que deben concurrir, lógica y cronológicamente, *con anterioridad* a la celebración de un contrato determinado; su existencia se verifica con independencia y autonomía respecto de éste, pero, a la inversa, ningún contrato puede prescindir de ellos. Entre los presupuestos se incluyen la capacidad, el consentimiento y, en el caso particular de la novación, la preexistencia de una obligación anterior.

I) *Capacidad*.—Puesto que la novación es un contrato y, en cuanto tal, un acto jurídico, va de suyo que quienes lo celebren deben tener capacidad de derecho (art. 1040). No obstante que era innecesario, nuestro Código Civil dice en el art. 805 que sólo pueden hacer novación "*los que pueden pagar y los que tienen capacidad para contratar*". Era innecesario porque la exigencia de capacidad ya está dispuesta, con carácter general para los actos jurídicos, en el citado art. 1040, de manera que, bien se ha dicho, aunque se suprimiera el art. 805, nada cambiaría 2*.

II) *Novación por representante. Poderes especiales*.—Respecto de la legitimación de los sujetos que pueden intervenir en la novación, el art. 806 dispone que "*El representante del acreedor no puede hacer novación de la obligación, si no tuviere poderes especiales*". Sobre este texto caben las siguientes acotaciones: a) Se refiere al representante "del acreedor", pero se debe interpretar que también está comprendido en la exigencia el representante del "deudor", pues no existe razón alguna para tratar de diferente manera a uno y otro representante. El acreedor *renuncia* a un crédito; el deudor *se obliga* comprometiendo su patrimonio; por ende, es lógico que si actúan por medio de representantes, se exija a éstos poderes especiales, b) El art. 806, así interpretado, guarda congruencia con el art. 1881 que, refiriéndose al mandato, ordena que son necesarios poderes especiales para "*hacer novaciones que extingan obligaciones ya existentes al tiempo del mandato*" (inc. 2°). c) La última parte del inciso 2° citado, en tanto dice "*...existentes al tiempo del mandato*", ha hecho pensar a algunos autores ²⁴ que las obligaciones nacidas con *posterioridad* al otorgamiento del mandato podrían ser novadas sin necesidad de apoderamiento especial. Esta interpretación no es admisible, en tanto su único fundamento es la letra y sólo la letra de la ley, con menoscabo de su finalidad; en efecto, la razón por la que se exigen poderes especiales es la de sustraer la novación de los actos de mera administración, para los que no se exige tal apoderamiento (art. 1880) y esa necesidad existe, sean las obligaciones anteriores o posteriores al mandato, d) Por último, están comprendidos en el art. 806 tanto los repre-

²⁴ Llambías, *Obligaciones*, t. IIL n° 1775, p. 35.

²⁵ Por ejemplo, Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. III, n° 653; Borda, *Obligaciones*, tI, n° 870.

sentantes voluntarios (mandatarios) como los legales o necesarios (padres, tutores, curadores) que deben estar autorizados por quien correspondiere.

ni) **Consentimiento**. — Como todo contrato, la novación requiere **consentimiento**, esto es, oferta y aceptación; ya se dijo que por el art. 805 la novación no se presume, debiendo la voluntad de las partes manifestarse con claridad, en términos inequívocos (*supra* § 635)²⁶.

IV) **Obligación preexistente**. — La novación presupone "**una obligación anterior que le sirve de causa**", como dice la primera parte del art 802. La mayoría de los autores considera que éste es uno de sus elementos esenciales, pues si la novación consiste en la extinción de una obligación para dar nacimiento a otra, es obvio que debe haber una obligación que debe preexistir —de allí que sea un presupuesto—, desde que no se puede extinguir aquello que no existe. Siendo ello obvio, era innecesario que el art 802 dijera en su última parte que si la obligación anterior "**se hallaba ya extinguida el día que la posterior fue contraída, no habrá novación**". En principio, como se verá, se pueden novar obligaciones nacidas de cualquier causa fuente.

La obligación preexistente debe ser válida y eficaz.

a) Que debe ser válida surge explícito del art. 802: "**Si la obligación anterior fuese nula..., no habrá novación**". Dos acotaciones al respecto: 1º) no es apta para ser novada una obligación afectada de nulidad **absoluta**, ya que —por hipótesis— no produce efecto alguno, ni el vicio puede ser purgado mediante novación²⁷; en cambio, si la nulidad es solamente **relativa**, la obligación puede ser novada si así lo consiente la parte que podía pedir la nulidad y puesto que no lo ha hecho, se puede interpretar que ha **renunciado** a la acción de nulidad; 2º) una obligación **anulable** puede ser novada mientras la nulidad no sea declarada por juez competente; si se declara la nulidad, la suerte de la novación que se hubiese celebrado dependerá del carácter de la nulidad de la obligación preexistente: si es absoluta, también será nula la novación; si es relativa, la novación podrá ser válida, siempre y cuando la novación misma hubiese servido para purgar el vicio anterior.

²⁶ Es común que, para evitar una posible liberación del deudor por novación, en la práctica profesional se inserte en los instrumentos en los que constan pagos, recibos, actas, contratos, etc., o que importen una postergación del pasivo, una cláusula o mención según la cual el respectivo acto se realiza "...sin que implique novación...". Bien se ha dicho que se trata, de todos modos, de una declaración superabundante, pues para que haya novación la manifestación de voluntad en tal sentido debe ser explícita; además, la alteración de un elemento accesorio modifica la prescripción pero no produce novación de la obligación. Cfr. Salerno, Marcelo Urbano, *La refinanciación de las deudas*, "L.L.", 1999-B, p. 425.

²⁷ Algunos autores sostienen que cuando la obligación adolece de nulidad relativa, la novación actuaría como una confirmación tácita en los términos del art. 1063: Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 768, p. 29; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. 3, § 726, p. 496. Sin embargo, no debe perderse de vista que si la novación supone la extinción de la obligación anterior (de nulidad relativa), la confirmación debe ser previa a la novación.

b) Se dice también que la obligación preexistente debe ser *efectiva*, en el sentido de que debe producir sus efectos¹ propios. Refiriéndose a este tópico, el art 808 establece que tampoco habrá novación "*si la obligación condicional se convierte en pura, y faltase la condición de la primera*". La disposición se aplica tanto a la condición suspensiva como a la resolutoria; si la condición suspensiva no se cumple, se entiende que la obligación nunca existió, razón por la cual la novación que se hubiese hecho de ella queda sin ningún valor, si la condición resolutoria se cumple, se entiende que la obligación se extingue con carácter retroactivo, de donde se sigue que —también en este caso— la novación que se hubiese hecho queda sin efecto. Cabe acotar que siendo ésta (la del art 808) una norma de carácter supletorio, las partes pueden prescindir de ella, pactando que la nueva obligación —por hipótesis pura y simple— sea válida aunque la preexistente quede sin efecto²⁸.

c) Respecto de las obligaciones naturales, ¿pueden ser novadas? Quienes niegan que sean verdaderas relaciones jurídicas niegan, consecuentemente, que puedan ser novadas ya que, afirman, lo que nunca existió como obligación no puede ser extinguido como tal, por novación (ver *supra*, § 353, a). Otros autores²⁹, aun reconociéndole cierta virtualidad jurídica a la obligación natural (como la irrepetibilidad del pago), no admiten que puedan ser novadas porque —afirman— además de que nuestro Código no lo autoriza, si la obligación natural primigenia era carente de fuerza jurídica, salvo el derecho de retener lo que se hubiese pagado, "¿cómo podría extinguírsela?" —se pregunta esta doctrina— para rematar luego: "nadie resultaría liberado por la novación, desde que nadie estaba civilmente obligado". Planteado el problema, adhiero a la tesis mayoritaria que admite que las obligaciones naturales puedan ser novadas, por estas razones: 1°) no es verdad que no haya extinción, sólo porque la obligación preexistente sea natural; la novación la extingue *como* natural para reemplazarla por otra; 2°) si bien, por ser la obligación natural inexigible, no se puede afirmar que la novación libera al deudor natural, se debe tener en cuenta que la novación —por su carácter mixto (extingue y crea)— no está destinada únicamente a *liberar* ya que, de suyo, al crear una nueva obligación, *obliga*; 3°) no se debe minimizar el hecho de que la novación extingue la obligación natural, aunque en ello no se vea una *liberación* del deudor; piénsese en aquella persona, deudor natural, que decide novar para borrar la situación anterior existente con su acreedor, y obligarse ahora civilmente, pero estableciendo pautas que considere justas, lo que quizás no podría hacer si se mantuviera vivo el conflicto anterior (p. ej., una disputa sobre el monto de un pago parcial efectuado respecto de la obligación natural). ¿Por qué privarlo de esa posibilidad?

²⁸ Cfr., por todos, Pizajo y VaUespmos, *Obligaciones*, l. 3, § 726, p. 497.

²⁹ Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. 3, 3ª ed., n° 1564, p. 338.

§ 638. ELEMENTOS

Según la tesis que nos fuera enseñada », se considera *elemento* a todo aquello que es constitutivo del contrato, intrínseco a él. Simplificando, se estima que son tales el contenido y la forma; el contenido es "lo que se prescribe", la forma "cómo se prescribe".

a) *Forma y prueba*

I) Ya se dijo que la novación es un contrato *consensual* y *no formal* (*supra*, § 635, IU, c y d). También se dijo que si bien la voluntad de novar puede exteriorizarse por cualquier medio (por ello es no formal), es necesario que "se manifieste claramente". El art. 812 abre una alternativa, ya que requiere o que la voluntad sea clara, o "*que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva*". Determinar cuándo se presenta esta incompatibilidad es una cuestión de hecho que dependerá de las circunstancias de cada caso concreto; sin embargo, bien ha dicho Trigo Represas que, en términos generales, "habrá incompatibilidad siempre que sea patente que la nueva obligación es creada en reemplazo de la anterior resultando imposible la coexistencia temporal de ambas"³¹. Cabe añadir, siguiendo al jurista platense, que la mentada incompatibilidad sólo puede darse en la novación objetiva y no en la subjetiva, como se verá en su momento.

H) En cuanto a la prueba, es importante señalar lo siguiente: 1°) por aplicación de las reglas generales, la carga de probar la existencia de la novación incumbe a quien la invoca; 2°) calificada como contrato, le caben a la novación las mismas limitaciones probatorias de todo contrato (p. ej., la del art. 1193, respecto de la prueba de testigos); 3°) ello no es óbice, sin embargo, para que la intención de novar (*animus novandi*), canalizada a través del consentimiento, pueda ser probada por cualquier medio, incluso presunciones; es más, la creación de la nueva obligación —en sí misma— es una presunción de que se ha querido novar la anterior, extinguiéndola.

§ 639. EL CONTENIDO NORMATIVO. SUS CLÁUSULAS ESENCIALES

El contenido del contrato lo integran sus *cláusulas o reglas*³², que pueden ser: a) esenciales, aquellas que no pueden faltar para que el contrato sea nova-

³⁰ Por F. López de Zavalía, citado en nota 16.

³¹ Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo represas, *Derecho de las obligaciones*, 13, 3° ed., n° 1569, p. 346.

³² Aunque la novación esté contenida en una o varias cláusulas insertas en otro contrato (v.gr., una compraventa), esas cláusulas deben, a su vez, referirse a los elementos esenciales que la tipifican.

ción y no otra cosa; deben ajustarse a las reglas del tipo; b) naturales, son las que resultan de las normas supletorias; las partes pueden incluirlas o excluirlas expresamente; si nada dicen, integrarán el contrato (p. ej., la del art. 808); c) accidentales, aquellas que las partes pueden incluir (plazo, condición, etc.).

Las cláusulas esenciales de la novación deben estar referidas a: 1º) la extinción de la obligación preexistente; 2º) la creación de la nueva obligación; 3º) de ellas debe resultar la diferencia entre la extinguida y la nueva obligación.

a) Extinción. Sus alcances

Dijimos que la obligación extingue y crea. Pues bien, una de sus cláusulas debe referirse, claramente, a la extinción de la obligación preexistente, o bien, ello debe inferirse sin equívocos de la incompatibilidad entre la nueva y la anterior obligación (art 812); no en vano se la ha considerado como un *medio* de extinción.

Interesa destacar sobre este tópico:

I) Según la primera parte del art. 803, "*La novación extingue la obligación principal con sus accesorios, y las obligaciones accesorias*". Está claro que la extinción de la obligación novada implica también la extinción de los privilegios que la favorecían (doctrina del art 3877), de las cláusulas accesorias que hubiese tenido incorporadas como, p. ej., una cláusula penal, una fianza, de los intereses devengados y no percibidos, del daño moratorio, etc.³³. La solución se justifica resultando ser una mera aplicación del principio del art 525 relativo a la accesoriedad (*supra*, § 363). Por cierto que si el deudor de la primitiva obligación hubiese caído en mora, ésta desaparece al extinguirse aquélla. Refiriéndose al asunto, Llambías ha sostenido que se presentaría, así, "lo que se denomina *purga* de la mora cuando la nueva obligación vincula a las mismas partes originarias"³⁵. Corresponde aclarar que, desde la óptica de la nueva obligación, no hay *purga* de la mora, pues tal *purga* sólo puede presentarse respecto de la *misma* obligación, sea que subsista, sea que se extinga.

U) En la segunda parte del art 803 el codificador ha dejado abierta la posibilidad de que el acreedor pueda "*por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, ...*". Se trata de una facultad que, como excepción a la regla general, se ha concedido al acreedor, quien debe hacerla valer mediante reserva "expresa"; por eso Llambías la llama "conservación facultativa"³⁶ de los accesorios de la obligación novada. El art. 803,

³³ Cfr. Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo represas, *Derecho de las obligaciones*, t. 3, 3ª ed., n° 1604, p. 385; Llambías, *Obligaciones*, t. m, n° 1799, p. 67.

³⁴ Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. 3, § 732, p. 512.

³⁵ Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1799, p. 67; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. III, n° 1712.

³⁶ Llambías, *Obligaciones*, t III, n° 1800, p. 68.

como resulta de su texto, se refiere a la subsistencia de *los privilegios* si el acreedor hace la reserva correspondiente. Con anterioridad a la ley 24.241 (B.O.16/1/1995), se podía dudar de la solución que brinda el art. 803, en tanto el privilegio —según el art. 3876 del Cód. Civil— "*...no puede resultar, sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores*"; en consecuencia, se podía interpretar que el art. 803 contrariaba el carácter *legal* de los privilegios³⁷ al permitir que, por un contrato (en este caso el de novación), se establecieran privilegios por vía de transmisión desde una obligación extinguida a otra nueva, aunque ésta no sea de aquellas en las que el acreedor deba tener privilegio, es decir, "el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro" (art. 3875). Sin embargo, con la sanción de la ley 24.241 la cuestión parece resuelta a favor de la validez de la transmisión de los privilegios, por vía de novación, en todos aquellos casos en que el acreedor de la nueva obligación sea el mismo que el de la anterior extinguida. Así resulta del art. 26 de la ley 24.241, que ordenó incorporar al art. 3876, como último párrafo, el siguiente: "*Puede convenirse la postergación de los derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor*".

ni) Por último, respecto de la *reserva* a que se refiere el art. 803, caben las siguientes consideraciones:

1") Si bien es no formal, sin perjuicio de la prueba, debe manifestarse expresamente; no se requiere el empleo de términos sacramentales, pero sí exteriorización clara, precisa e inequívoca de que se pretende la subsistencia de las garantías o cláusulas accesorias, individualizándolas. Puesto que integra el contenido normativo de la novación, debe manifestarse al tiempo de su celebración; una reserva *posterior* podría ser rechazada por extemporánea.

2') Cuando la novación es subjetiva, por cambio de deudor, y el deudor de la anterior obligación (que va a quedar desobligado) fue quien otorgó las garantías (hipoteca o prenda), la reserva que haga el acreedor será válida, aunque ese primer deudor no participe en la novación³⁸. Es obvio que el nuevo deudor no podrá oponerse ni objetar la reserva, porque la subsistencia de las garantías en nada afectará su patrimonio. Refiriéndose a esta hipótesis, la última parte del art. 803 dice: "Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha".

3') Por último, tratándose de cláusulas accesorias de garantía, ya personales (fianza, aval), ya reales (hipoteca, prenda, etc.) que hubiesen sido otorgadas por terceros, esas garantías no pueden subsistir en la nueva obligación aunque

³⁷ Cfr. Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. 3, § 732, b, p. 513.

³⁸ Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. 3, 3ª ed., n° 1608, p. 390.

BT) Es también necesario que la nueva obligación, tenga eficacia jurídica. Por ello, si la obligación fue creada subordinada a una condición, la suerte de la novación dependerá de lo que suceda con la condición. Refiriéndose al asunto, el art. 807 dice: "Cuando una obligación pura se convierta en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera". Está claro, en consecuencia, que si la nueva obligación está sujeta a una condición suspensiva y ésta no se cumple, no habrá novación; tampoco la habrá si, dependiendo la obligación de una condición resolutoria, ésta se cumple, extinguiendo el derecho del acreedor. En ambos casos, al no tener valor la novación, subsistirá la primitiva obligación. Pero, aunque la nueva obligación condicional dejara de existir, valdrá de todos modos la novación, en el sentido de que tampoco subsistirá la primera, si el acreedor hubiese consentido extinguir la anterior obligación asumiendo el riesgo de que la nueva se pierda como consecuencia de la condición a la que estaba subordinada.

c) Diferencias entre una y otra

Para concluir con la mención de las cláusulas que se estiman son esenciales para que haya novación, resta señalar que del contenido del acuerdo debe resultar, con claridad, una diferencia sustancial entre la obligación extinguida y la nueva. Este requisito es enteramente lógico, pues si no hubiese tal diferencia, sucedería, o bien que el acreedor habrá constituido a su favor dos créditos, uno de los cuales podría estar de más; o bien, que la novación no sería tal, sino un *reconocimiento* de la obligación anterior. Enseguida se verá cuáles cambios importan novación y cuáles no *°.

§ 640. CLASES. NOVACIÓN OBJETIVA. GENERO Y ESPECIES

Las clases o especies de novación pueden ser clasificadas en atención a distintos criterios:

a) De acuerdo con el *elemento* de la obligación (*supra*, § 37) que resulte modificado, la novación puede ser objetiva o subjetiva.

b) Por la *fuerza* de la que nace, la novación puede ser convencional o legal. Con la expresión "novación objetiva" se designa un género (limitado) que incluye en su seno varias especies.

a) Para individualizar el género, se puede recurrir a la descripción por vía negativa, respecto de la llamada novación "subjetiva". Usando ese método, se

*° En efecto, la diferencia entre la novación convencional y el reconocimiento unilateral radica en que este segundo no transforma la obligación preexistente, sino que la consolida; CNCiv., Sala B, 25/3/97, "L.L.", 1997-E-860; "D.J.". 1998-1-1075.

puede decir que la novación es "objetiva", en general, cuando *entre los mismos sujetos* (acreedor y deudor), tiene lugar la extinción de una obligación y la creación, en su reemplazo, de una nueva y distinta. El aserto, al poner de resalto que la creada debe ser nueva y distinta, permite inferir, sin equívocos, que debe cambiar alguno de los elementos esenciales —que no sean los sujetos— de la anterior obligación. Esto es, no cambian los sujetos sino otro elemento esencial (objeto, causa o vínculo); de lo contrario, la creada no sería una obligación *nueva y distinta*.

b) Descrito el género, se pueden precisar tres especies de novación objetiva: 1*) la "causal", señalada como aquella en la que se altera la causa-fuente o título de la obligación; 2*) la "objetiva", en sentido estricto, indicada como aquella en que la modificación es de la prestación-objeto; 3*) una tercera, que podría ser llamada "vincular", en la que se modifica el vínculo jurídico (v.gr., novación de una obligación natural que se convierte en civil).

Cabe añadir que cuando la alteración comprende, *además*, a uno de los sujetos, la novación deja de ser puramente objetiva, adquiriendo carácter mixto: objetivo-subjetivo. En cualquier caso, debe tratarse de modificaciones sustanciales o esenciales, pues no cualquier alteración —como se verá enseguida— produce novación.

§ 641. NOVACIÓN POR CAMBIO DE CAUSA-FUENTE

Si por causa de la obligación se entiende aquel hecho o acto (v.gr. un contrato) que le ha dado nacimiento, de allí su carácter esencial (*supra*, § 56), se comprende que si las partes deciden *reemplazar* la causa, tal reemplazo implicará la creación de una obligación *distinta* entre las mismas partes; pero para que el deudor no quede doblemente obligado (si ello no correspondiere, se entiende), es lógico que también acuerden la extinción de la primera. Cuando esto sucede, se dice que ha tenido lugar una novación por cambio de causa, como lo ilustra un ejemplo tomado de la Ley 15 de Partidas: debiéndose el precio de una compraventa o de un servicio, acreedor y deudor convienen en sustituir la "causa" o la "razón de deber", acordando que la cantidad de dinero adeudada ya no se deberá a título de precio, sino como restitución de un mutuo. Como se ve, como consecuencia de la novación, habiendo mudado la causa, la obligación ha cambiado su régimen jurídico: la anterior estaba sujeta a las reglas de la venta; la nueva debe someterse a las del mutuo. En nuestro derecho, el art. 812, al comienzo de su segundo párrafo, dice que las "*...alteraciones en la primitiva obligación que no hagan al objeto principal, o a su causa., serán consideradas como que sólo modifican la obligación, pero no que la extinguen*". De allí se infiere, a contrario, que cuando las alteraciones *sí se refieran* a la causa de la obligación, y sean sustanciales, habrá novación.

a) Casos de novación "causal"

En doctrina, se ejemplifica como posibles casos de novación causal, con los siguientes: 1) si se conviene que la suma dada en depósito se transforme en préstamo (mutuo) a favor del depositario, éste, por efecto de la novación, queda convertido en mutuario; 2) si mandante y mandatario se ponen de acuerdo para que el segundo retenga en calidad de préstamo las sumas que hubiese cobrado por cuenta del primero, por efecto de la novación, el mandatario queda convertido en mutuario; 3) si en una locación inmobiliaria se conviene transformarla en venta, de suerte que el locador y el locatario se convierten en vendedor y comprador, respectivamente; 4) si el vendedor de un inmueble decide luego donarlo, puede recurrir a la novación, siempre que respete la forma impuesta por el art. 1810, inc. 1°; en este caso, quien era comprador se verá beneficiado convirtiéndose en donatario, etc.⁴¹. También a nuestra jurisprudencia, aunque en contadas ocasiones, le ha tocado pronunciarse sobre la existencia de novación causal; así, de los repertorios, rescatamos el siguiente ejemplo: si bien de acuerdo con el art. 812 la novación no se presume, debe entenderse que existió novación si en el caso resulta que fue voluntad de las partes llevar adelante el negocio que habían emprendido, generando nuevas alternativas llamadas a completarlo y convalidarlo, todo lo cual condujo a "integrar aquel negocio primero a la par que alterándolo respecto de su invocada naturaleza jurídica (compraventa de un bien), para adecuarlo a la realidad del negocio que se pretendía (adquisición de porción indivisa en un condominio)"⁴².

b) El art. 813. Entrega de documentos

Según el art. 813, si "el acreedor que tiene alguna garantía particular o privilegio en seguridad de su crédito, aceptase de su deudor billetes suscriptos en pago de la deuda, no hace novación de la primera obligación, si la causa de la deuda fuese la misma en una y otra obligación".

El artículo sugiere los siguientes comentarios:

1°) La hipótesis comprendida en el citado texto es la siguiente: en una compraventa a crédito, el comprador se obliga a pagar el precio en seis cuotas mensuales, entregándole al vendedor seis pagarés o cheques con vencimiento diferido; la entrega de tales documentos, ¿implica novación? La ley ha dado una respuesta negativa.

2°) La ley tiene en cuenta que la sola circunstancia de que se entreguen documentos (el art 813 los llama "billetes") al vendedor no importa novación, en

Cfr., por todos, Llambías, *Obligaciones*, t III, n° 1780, p. 41.
CN.Civ., Sala A, 18/5/1982, "L.L.", 1982-D-426.

tanto la *causa-fuente* de la obligación asumida por el comprador que los entregó siga siendo la misma; salvo que délas circunstancias o particularidades del contrato resulte lo contrario⁴³. La solución se justifica, porque lo normal y corriente es que se entreguen documentos, ya para facilitarle al acreedor el cobro del crédito, ya para permitirle disponer de su crédito, pero sin alterar la causa de la obligación. Le facilitan el cobro, porque tales documentos le conceden al acreedor, en caso de incumplimiento, *acción ejecutiva*, de trámite rápido y abreviado; le facilitan la disposición del crédito, porque puede transmitirlo a terceros por *simple endoso*.

3º) Si bien —como se dijo— la solución legal se justifica, debe quedar aclarado que si quien entregó los documentos cumple, cancelándolos, habrá pagado la obligación documentada; en el caso del ejemplo, el comprador habrá pagado el precio. Nuestra jurisprudencia aplicó reiteradamente este criterio, generalizándolo: "no existe novación si la segunda obligación se constituye para facilitar el cumplimiento de la originaria"⁴⁴.

4º) La primera parte del art. 813 hace referencia al acreedor "*que tiene alguna garantía particular o privilegio en seguridad de su crédito..?*", lo que se podría interpretar como que sólo respecto de tales acreedores no tendría efecto novatorio la recepción de documentos; sin embargo, bien se ha destacado que la solución del artículo vale para toda clase de acreedores incluidos los quirografarios, pues la frase transcripta tendría finalidad explicativa, en tanto el codificador habría buscado destacar que *incluso* para los acreedores que ya tienen un privilegio no hay novación; siendo así, con cuánta mayor razón no habrá novación respecto de los quirografarios⁴⁵.

⁴³ En efecto, si bien se negó efecto extintivo a la entrega de pagarés o cheques para cubrir un crédito preexistente, se dijo: "a menos que el recibo atribuyese expresamente efecto novatorio a esa recepción": C. 2* Civ. y Com. La Plata, Sala 1*, 5/10/1995, "D.J.B.A." 149-6391. En el mismo sentido, si bien la recepción de títulos de crédito no tiene efecto novatorio por disponerlos así el art 813 del Cód. Civil, se ha dicho que no siendo esa norma de orden público, resulta derogable por voluntad de las partes: CN.Com., Sala D, 24/4/1981, S. A. V. A. S.A., "Bol. CN.Com.", 1981-5-4. Si el acreedor aceptó los pagarés emitidos por el deudor, se juzgó que configuraba novación el pacto de inexigibilidad de esos títulos mientras transcurrieran los plazos en que fue postergada la satisfacción de su monto, aunque el acreedor conservase los títulos: CN.Com., Sala B, 8/7/1977, "L.L.", 1979-B-667, sumario 35.020-S).

⁴⁴ En ese marco, la alteración de aspectos instrumentales de la prestación no producen, en principio, novación, como sucede con la recepción de cheques emitidos para pagar una deuda: CN.Com., Sala A, 26/10/1987, "L.L.", 1988-C-500; "DJ.", 1988-2-887. Del mismo modo, no es novación la recepción de un título posterior a otro vencido antes, con la explicación de que el beneficiario conservó ambos para perseguir el crédito único, o para restituir ambos conjuntamente a ser cubierto este segundo: CN.Com., Sala A, 16/2/1982, "E.D.", 100-174.

⁴⁵ Cfr. A. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 753; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t DJ, n° 1686; Llambías, *Obligaciones*, t. DI, n° 1781, p. 43.

§ 642. NOVACIÓN POR CAMBIO DE OBJETO

Es un lugar común afirmar que hay novación *objetiva* cuando las partes convienen en modificar —con la fuerza extintiva y creadora que le es típica— *la prestación* debida (dar, hacer, no hacer). Por cierto que se podría decir que si se debía *dar* y las partes convienen en extinguir esa obligación, reemplazándola por otra de *hacer*, habría novación por cambio de "prestación"; pero si se debía *dar* un inmueble y se conviene extinguir ese débito, obligándose el mismo deudor, en su reemplazo, a *dar* un automóvil, no obstante que la prestación sigue siendo de la misma especie en tanto comportamiento (dar), habrá novación por cambio de *objeto*. Se nota aquí la diferencia entre "prestación" y "objeto" (*supra*, § 46, § 47). Dejando de lado estas disquisiciones, se puede decir que, en principio, cuando el objeto de la primigenia obligación es reemplazado por otro sustancialmente distinto en la segunda que ha sido creada, habrá novación objetiva, de acuerdo con la doctrina que resulta del segundo párrafo, interpretado a contrario del art. 812 cuando se refiere a alteraciones que "hagan al objeto principal".

§ 643. CAMBIOS QUE NO PRODUCEN NOVACIÓN

No existe un catálogo taxativo que enumere los cambios que producen o que no producen novación. De allí que se estime pertinente proceder de acuerdo con el siguiente método: sentar la regla general y luego enunciar aquellos supuestos que, según la ley, la doctrina y la jurisprudencia, no producen novación. Ya se dijo que la regla, que se infiere del art 812, indica que todo cambio o alteración que haga "al objeto principal", en tanto sea sustancial, importa novación. Se requieren innovaciones *radicales* de elementos esenciales; las alteraciones no esenciales de la obligación modifican el negocio pero no extinguen sus obligaciones (doctrina del art. 812, 2ª *párrafo*). Cabe añadir, sin embargo, que la aplicación de la solución que surge del art 812 se torna en ocasiones equívoca, en razón de que no siempre la distinción entre modificaciones en el "objeto principal" y alteraciones "no esenciales" se muestra clara y precisa. Esta dificultad impone la necesidad de apreciar cada supuesto en particular, interpretando la voluntad de las partes y demás circunstancias, para decidir si hay extinción o subsistencia de la obligación precedente.

Aclarado lo anterior, cabe mencionar que son cambios que *no* producen novación:

a) La modificación del *monto de la deuda*, sea que las partes lo incrementen o lo disminuyan, no produce novación⁴⁷, ya que se considera que las alte-

⁴⁶ Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 13, § 729, a, p. 502.

⁴⁷ CN.Civ., Sala C, 28/11/1991, "L.L.", 1992-B-575; "D.J.", 1992-2-18; CApel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Com., 27/11/1996, "L.L. Litoral", 1998-83; CN.Civ., Sala H, 14/3/1997, "L.L.", 1998-B-7.

raciones meramente cuantitativas de la deuda no hacen al "objeto principal", salvo que por la importancia de la modificación o de otros elementos se infiera la intención de las partes de novar. No hay novación en el convenio de intereses por el cual se modifican los que fueron pactados originariamente⁴⁸.

b) Las modificaciones referidas al *tiempo* de cumplimiento, sea que se reduzcan o amplíen los plazos de pago inicialmente convenidos «, sea que se alteren los plazos de ejecución », se otorgue una prórroga de la obligación⁵¹ o se concedan plazos de gracia tampoco en caso de refinanciación de una deuda hipotecaria.

c) La modificación referida al *lugar* de cumplimiento tampoco tiene carácter novativo⁵³.

d) Las modificaciones relativas al *modo* de cumplimiento, como cuando se conviene que la cancelación del precio, previsto inicialmente en un solo pago, se fraccione en cuotas *«, mediante un convenio que autorice pagos parciales y aunque se modifique la elección del tipo de cambio⁵⁵.

e) En materia de transporte aéreo de pasajeros, se negó efecto novatorio a la alteración del itinerario del vuelo

f) En materia de concesión, se resolvió que no tiene efecto novatorio la prolongación —de hecho— del negocio «

g) En el contrato de locación inmobiliaria, nuestra jurisprudencia, en numerosos pronunciamientos, ha debido resolver ante diversas modificaciones si hubo o no novación; así: 1) según una corriente, los convenios por los cuales se modifica el precio del alquiler no implican, en principio, novación y, por ende, las obligaciones anteriores no se extinguen³; 2) tampoco hubo novación, se

⁴⁸ CN.Civ., Sala B, 17/06/1993, "J.A.", 1994-11-31.

⁴⁹ CN.Civ., Sala C, 1073/1980, "L.L.", 1980-B-349; "RD."~ 88-572; CN.Cotn., Sala A, 6/4/1981, "L.L.", 1981-C-433; CN.Civ., Sala C, 22/9/1981, "E.D.", 97-451.

⁵⁰ Como se resolvió con particular referencia al tiempo de producción de programas destinados a emisiones de televisión: C.N.Com., Sala B, 10/10/1979, "L.L.", 1980-A-7; "DJ", 1979-1615.

⁵¹ Cór.C.C. Córdoba, 15/9/1989, "L.L.C.", 1990-882.

⁵² CN.Com., Sala E, 15/2/1995, "L.L.", 1995-C-346 o "DJ." 1995-2-424.

⁵³ CN.Civ., Sala A, "E.D.", 2/12/1998 (48.914).

⁵⁴ CN.Com., Sala A, 3/10/1979, "J.A.", 1980-1V-583, C.N.Casación Penal, 3*, 28/2/97, "L.L.", 1999-B-770 (41.230-S).

⁵⁵ CN.Com., Sala B, 28/12/1989, "L.L.", 1990-C-465.

⁵⁶ CN.FecL Civil y Com., Sala 1, 3/4/1979, "LL.M979-C-98.

⁵⁷ CN.Com., Sala A, 18/3/1998, "L.L.", 1999-B-564; "D.r." 1999-2-463.

⁵⁸ CN.Civ., Sala M, 11/4/1994, "L.L.", 1995-B-155; "DJ.", 1995-1-937; CCivil y Com. San Martín, Sala 2", 11/4/1995, "L.L. B.A." 1996-543; CN.Civ., Sala E, 15/5/1996, "L.L.", 1997-E-1001 (39.760-S); CN.Civ., Sala 1, 31/10/1996, "L.L.", 1997-D-I 14; "DJ." 1997-1-535; C Civ. Doc. Loe. Tucumán, 24/7/1996, "L.L.", 1997-C-73; CN.Civ., Sala H, 27/5/1997, "L.L.", 1997-E-13.

declaró, si las partes se limitaron a convenir la prolongación del plazo del arriendo⁵⁹; 3) o a convenir sobre plazos de desocupación «, si el locatario asumió la obligación de resarcir los daños al locador⁶¹; 4) si, concluido el tiempo de la locación, las partes convinieron la ampliación del plazo, la incorporación de nuevos codeudores del locatario y otros cambios, pero omitieron mencionar a dos de los fiadores originarios, se entendió que respecto de ellos esas modificaciones tuvieron efecto novatorio y, en consecuencia, se declaró extinguidas sus obligaciones⁶²; S) aun cuando el fiador se hubiese constituido en deudor solidario del locatario, se resolvió que el aumento del precio y el transcurso de un largo plazo desde el vencimiento del término de la locación originaron una nueva obligación sustitutiva de la precedente y liberaba al garante⁶³.

Por último, se considera importante señalar que si bien la circunstancia de que los cambios introducidos por las partes sean secundarios (no esenciales) determina la inexistencia de novación, ello no significa que, si de otros elementos de la causa o de las pruebas aportadas resulta acreditada la intención novativa de las partes, así deberá ser declarado⁶⁴.

§ 644. NOVACIÓN POR MODIFICACIONES RELATIVAS AL VÍNCULO JURÍDICO

Según ha sido delimitada la llamada novación *objetiva*, una de sus especies se da cuando lo que se modifica no es ni la causa-fuente, ni el objeto de la obligación, sino la eficacia o virtualidad del vínculo jurídico. Según Moisset de Espanés, hay novación cuando la obligación originaria se extingue y en su reemplazo nace otra, cuyo vínculo jurídico difiere del de la anterior⁶⁵.

Esta particular especie de novación objetiva tiene lugar en los siguientes casos:

a) Cuando la primera obligación es natural (art. 515) y las partes deciden extinguirla para establecer en su reemplazo una civil. Claramente se advierte que el elemento alterado es el *vínculo* que, inexigible antes, se torna exigible después por efecto de la novación,

b) Cuando la obligación primera es pura y simple y las partes deciden extinguirla para crear en su lugar una condicional, sea la condición suspensiva o resolutoria; lo propio ocurre en el caso inverso: obligación condicional transformada en pura y simple (doctrina de los arts. 507 y 606).

⁵⁹ CN.Civ., Sala A. 16/11/1995, "L.L.", 1997-A-160.

⁶⁰ C.1* C.C. Córdoba, 3/6/1986, "L.L.C.", 1988-42.

⁶¹ CN.Civ., Sala L 17/10/1996, "L.L.", 1997-F-207.

⁶² C. Civ. y Com. Azul 18/6/1996, "L.L.B.A.", 1996-1004.

⁶³ CN.Civ., Sala F, 26/8/1996, "L.L.". 1997-E-1033, 39.867-S.

⁶⁴ Sobre este tema: CN.Com., Sala A, 6/4/1981, "L.L.", 1981-C-433; *idem*. Sala A, 16/9/1983, "ED.", 107-152.

⁶⁵ Cfr. Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t 3, § 729, c. p. 503.

c) Cuando la obligación pura y simple se transforma en otra con cargo real del acreedor queda sujeto, por efecto de la novación, en derecho resoluble o revocable.

§ 645. NOVACIÓN SUBJETIVA. CLASES

La novación *subjetiva* tiene lugar por el cambio de acreedor o de deudor; con mayor rigor, cuando una obligación se extingue y nace otra con idéntica causa, objeto y vínculo, pero con distintos sujetos, sea otro el acreedor, el deudor o ambos. Para ordenar la exposición, conviene ocuparse de las distintas especies y subespecies de novación subjetiva en el siguiente orden: a) por cambio de acreedor; b) por cambio de deudor, la que a su vez, comprende: 1º) la delegación, y; 2º) la expromisión.

§ 646. NOVACIÓN POR CAMBIO DE ACREEDOR

En nuestro derecho «, a la novación por cambio de acreedor se refiere el art. 817, en los siguiente términos: "Habrá novación por sustitución de acreedor en el único caso de haberse hecho con consentimiento del deudor el contrato entre el acreedor precedente y el que lo sustituye..."⁶⁷.

a) *Naturaleza y consentimiento*

Es un contrato en el que deben intervenir como "partes" el acreedor precedente (delegante), el que lo sustituye (delegado) y el deudor (delegatario). Siendo el contrato una especie de acto jurídico, lo primero que cabe aquí mencionar es que —*como acto jurídico*— esta novación es plurilateral. Se tendrá presente que la plurilateralidad de los actos tiene en cuenta el número de partes (o centros de interés) que intervienen en su celebración, en tanto que la pluri-

⁶⁶ Quienes se han ocupado del tema, sostienen que la distinción entre delegación activa y pasiva tiene una importancia de primer orden para conocer la estructura de este instituto en el derecho romano. Ello, por cuanto para los romanos, la delegación podía estar dirigida: a) a mudar el deudor de una obligación, lo que ocurría cuando el delegante, originario deudor del delegatario, le ordenaba a un tercero, nuevo deudor (delegado), que pagara en su lugar al delegatario: delegación pasiva; b) a mudar el acreedor de una obligación, lo que ocurría cuando el delegante, originario acreedor del delegado, le ordenaba a este último que pagara a un nuevo acreedor (delegatario): delegación activa. Sobre el tema, en el derecho romano, Andreoli, Marcello, *La delegazione*, Cedam, Padova, 1937, n° 7, p. 22.

⁶⁷ Andreoli describe a la delegación activa como el negocio mediante el cual, dada la relación de obligación base entre deudor y acreedor, un nuevo acreedor viene a sustituir al acreedor precedente (delegante), como consecuencia de lo cual el deudor queda liberado: *La delegazione*, n° 69, p. 237.

lateralidad de los contratos tiene en cuenta *los efectos*⁶⁸. Pues bien, esta no-
 *acción*a?4Hrilateral por el número de partes, es decir, corrtóaeto jurídico,-
 pero no por los efectos, o sea, no como contrato. Aclarado lo anterior, del
 art. 817 resulta que en esta especie de novación es necesario el *consenti-*
miento de las *tres* "partes" involucradas. En virtud de ese consentimiento se
 produce la extinción de la obligación precedente, lo que supone que quien
 era acreedor deja de serlo, siendo sustituido por otro, frente al mismo deu-
 dor. Supone, pues, que un crédito muere y nace otro, con distinto acreedor
 y el mismo deudor. Esto muestra su parecido con la cesión de crédito e impone
 la necesidad de distinguirlos.

b) Diferenma con la cesión de créditos

Se diferencian por lo siguiente: 1°) mientras en esta novación se requiere,
 como se vio, el consentimiento de los tres interesados, en la cesión sólo es ne-
 cesario el consentimiento del *cedente* (acreedor originario) y del *cesionario*
 (nuevo acreedor); no hace falta que lo consienta el deudor *cedido*, que sólo debe
 ser *notificado*. A esta diferencia se refiere la última parte del art. 817 cuando
 dice: "Si el contrato fuese hecho sin consentimiento del deudor, no habrá no-
 vación, sino cesión de derechos"; 2°) mientras en la novación el crédito origi-
 nario se extingue con todos sus accesorios-y garantías (salvo reserva expresa)
 y nace uno nuevo, en la cesión el crédito no se extingue, sino que se transmite,
 con sus accesorios y garantías, al nuevo acreedor; 3°) en la cesión, el acreedor
 cedente garantiza al cesionario la existencia y legitimidad del crédito (garantía
 de evicción), en tanto que en la novación, el acreedor originario no debe tal ga-
 rantía al nuevo acreedor.

c) Diferencias con el pago con subrogación. Remisión

Ya se han señalado las diferencias entre el pago con subrogación y la no-
 vación por cambio de acreedor (*supra*, § 599); allí cabe remitir.

Hoy, la novación por cambio de acreedor ha caído prácticamente en de-
 suso, desplazada por la cesión de créditos.

§ 647. NOVACIÓN POR CAMBIO DE DEUDOR

Gomo se anticipó, la novación por cambio de deudor puede tener lugar por
 dos vías, la delegación y la expromisión.

⁶⁸ Los contratos creditorios pueden ser clasificados, teniendo en cuenta sus efectos, en uni-
 laterales, bilaterales y, según una doctrina, en plurilaterales. Sobre el tema, F. López de Zavalía,
Teoría de los contratos. Parte general, L II, 4ª ed., § 5, p. 76.

a) Delegación

En general, se considera que hay *delegación pasiva* cuando el deudor (delegante) conviene con un tercero (delegado) en que éste asuma la deuda del primero respecto del acreedor (delegatario). Queda así descrito un género que alberga varias especies *°.

I) *Las relaciones involucradas*.—Antes de considerar cuándo la sustitución del deudor tiene efecto novativo y cuando no, es necesario verificar qué relaciones jurídicas existen entre los sujetos involucrados, porque tales relaciones explican por qué las partes procuran el reemplazo de uno por otro de tales sujetos. Si bien la delegación puede perseguir distintas finalidades, el caso más frecuente se presenta cuando: 1) Cayo es deudor de Ticio, por \$10.000; 2) Cayo es, al mismo tiempo, acreedor de Mevio, también por \$10.000. Se trata de dos relaciones obligacionales distintas, a la primera se la llama relación "de valuta o de valor" y a la segunda "relación de provisión o cobertura". Así las cosas, Cayo puede convenir con su deudor, Mevio, para que éste le pague directamente los \$ 10.000 a Ticio, produciéndose así un fenómeno *delegativo*. Ahora bien, Ticio puede no consentir el acuerdo Cayo-Mevio, limitándose a recibir el pago, ya que no puede negarse a aceptarlo (art. 729); en este caso la delegación será *imperfecta*. Pero si Ticio acepta que Mevio reemplace a Cayo, la delegación será *perfecta*, ya que se habrán extinguido: la obligación de Cayo con Ticio y la obligación de Mevio con Cayo. En virtud de este acuerdo tripartito, la relación que se establece entre Mevio y Ticio recibe el nombre de "relación final".

Como se ve, no toda delegación importa novación. Según nuestro Código Civil, sólo en la delegación *perfecta* hay novación; no hay novación en la *imperfecta*.

II) *Delegación perfecta*. — Una delegación será perfecta cuando el deudor originario (delegante) acuerda con el nuevo deudor (delegado) que éste asuma su deuda, consintiendo el acreedor (delegatario) en liberar al deudor originario⁶⁹. Así resulta, interpretado a contrario, del art 814: "La delegación por la que un deudor da a otro que se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo". Esta delegación es *novativa*, siempre que al consentir el acree-

⁶⁹ En nuestra doctrina prevalece la tendencia a tratar la novación como una especie de novación o, al menos, dentro del capítulo de la novación. En derecho comparado, en cambio, se la ha tratado como una institución autónoma respecto de la novación; un ejemplo de esa posición es la obra de Andreoli, Marcello, *La delegazione*, Cedam, Padova, 1937.

⁷⁰ En una oportunidad se resolvió que hubo novación por cambio de deudor, por la sustitución de un inquilino declarado en quiebra, por la masa de acreedores; esa sustitución determinó la extinción de la obligación del locatario y la de un fiador, obligado como principal pagador. C.1° C.C. Córdoba, 23/8/1994, "L.L.C.", 1994-897.

dor el cambio de deudor acepte extinguir su obligación y que el delegado asuma una nueva obligación. La figura requiere, en consecuencia: 1º) que los tres sujetos involucrados presten su consentimiento; 2º) que delegante y delegado acuerden en que el segundo asumirá la deuda del primero, pero como nueva obligación; 3º) que el acreedor delegatario acepte expresamente liberar al deudor originario.

Pero, así presentada, la delegación perfecta se asemeja casi hasta identificarse con el contrato de "asunción privativa de deuda" o "cesión de deuda" (*supra*, §§ 610 y ss.). En efecto, estas figuras se asemejan por lo siguiente: 1º) ambas se celebran como contratos; 2º) en ambas intervienen, como "partes" el anterior, el nuevo deudor y el acreedor; los tres deben prestar su consentimiento; 3º) en ambas, en principio; la obligación conserva la misma causa, el mismo objeto y el mismo vínculo; sólo se altera el sujeto pasivo; 4º) en ambas el acreedor debe aceptar, mediante declaración expresa, liberar al deudor originario.

Sin embargo, se diferencian porque mientras en la delegación perfecta se *extingue* la obligación anterior, y con ella, sus accesorios y garantías, creándose una nueva, en la asunción privativa de deuda no hay extinción sino *transmisión* de la misma obligación, por lo que con ella se transmiten también sus accesorios y garantías. Pero, ¿cómo detectar cuándo hay extinción-creación y cuándo sólo transmisión? Para establecer el distingo es fundamental probar si hubo o no intención de novar o *animus novandi* en el acreedor; esta intención debe estar dirigida a *extinguir* el vínculo anterior, no bastando, en principio, la declaración del acreedor de que *libera* al deudor porque esa declaración también debe darse en la cesión *privativa* de deuda; la declaración del acreedor debe contener *algo más*, que permita considerar extinguido el vínculo anterior. No se nos diga que de la declaración liberando al deudor anterior debe inferirse que se *extinguió* el vínculo⁷¹, porque, precisamente, en la asunción privativa la declaración del acreedor de que libera al deudor *no extingue* el vínculo⁷²; hay, en la asunción privativa, liberación sin extinción. En definitiva, el *animus novandi* debe indicar que el acreedor consiente extinguir el vínculo y liberar al deudor. La manifestación de voluntad en tal sentido debe ser expresa e inequívoca, aunque no se requieren términos solemnes.

1TJ) Delegación imperfecta. — La delegación es imperfecta cuando el acreedor *no presta su conformidad* con el acuerdo celebrado entre el deudor delegante y el delegado, por el Cual éste asume la obligación de aquél. Es *imperfecta*, porque la no conformidad del acreedor determina que la obligación del

⁷¹ Corno parece interpretarlo Llambías, *Obligaciones*, t III, n° 1789, p. 54.

⁷² Como dice Cazeaux, citando a Enneccerus, al describir la asunción de deuda: "El obligado anterior se libera, se subroga un nuevo deudor y la obligación sigue siendo la misma": en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 12,3ª ed., n° 1264, p. 875.

deudor delegante no se extinga —ni éste se desobliga—, razones por las cuales Jíafeay; novación. PrecisamenjA lo que tipifica la delegación imperfecta es que.. en ella no hay ni *novación* (extinción-creación), ni *transmisión* de la misma obligación, sino una acumulación de deudores, lo que da lugar a una especie de mancomunación pasiva (*supra*, § 617).

Las consecuencias que derivan de esta acumulación son las siguientes:

1º) Como la delegación celebrada entre los deudores es inoponible al acreedor (*res inter altos acta*), éste conserva intacto su derecho de crédito, de manera que podrá ejercerlo contra el deudor delegante como si la delegación no existiera.

2º) Pero el acreedor puede aceptar la delegación imperfecta, es decir, aceptar que se acumule un nuevo deudor al originario, pero sin liberar al primero ni —mucho menos— extinguir su obligación. En tal caso, tendrá el acreedor el mismo crédito, pero con dos deudores concurrentes. Dice Llambías que por efecto de la delegación imperfecta, el acreedor tiene "...un nuevo crédito, paralelo al anterior, contra el delegado o segundo obligado..."⁷¹. Parece, sin embargo, que no se trata de un *nuevo* crédito, lo que llevaría a pensar —por el reverso— que habría una nueva obligación, sino del *mismo crédito* con un nuevo deudor acumulado al anterior.

3º) Si bien la delegación imperfecta es inoponible al acreedor, tiene plena validez entre partes; de allí que entre delegante y delegado produzca plenos efectos. En consecuencia, si el delegante se ve compelido a efectuar el pago al acreedor^podrá repetir lo pagado del delegado por efecto de la delegación convenida entre ellos.

b) Expromisión

La expromisión novatoria tiene lugar cuando, sin la participación del deudor, el acreedor y un tercero acuerdan que éste substituirá al deudor originario, asumiendo una nueva obligación y declarando el acreedor que desobliga al primer deudor extinguiéndose la obligación anterior. Se destaca que son "partes" en este contrato el acreedor, que continua siéndolo, y el tercero, que asume como nuevo deudor, el deudor originario no es "parte", aunque su obligación se extingue. A diferencia de lo que ocurre en la novación por cambio de acreedor (*supra*, § 646) y en la delegación perfecta (*supra*, § 647, a, U), que son contratos plurilaterales en tanto concurren a formarlos tres "centros de interés"

⁷¹ Dice Llambías que por efecto de la delegación imperfecta, el acreedor tiene "un nuevo crédito, paralelo al anterior, contra el delegado o segundo obligado"; *Obligaciones*, t HL n* 1791, p. 56. Parece, sin embargo, que no se trataría de un nuevo crédito, lo que llevaría a pensar , —por el reverso— que habría una nueva obligación, sino del mismo crédito con un nuevo deudor acumulado al anterior.

o partes, la expromisión es, en ese sentido, bilateral: la celebran sólo el acreedor y el tercero. Así resulta de la primera parte del art 815: "*Puede bacerse la novación por otro deudor que sustituya al primero, ignorándolo éste, si el acreedor declara expresamente que desobliga al deudor precedente,...*".

Se ha querido ver una especie de expromisión *impropia* o *simple* en aquella en la que el acreedor acuerda con el tercero en que éste asuma la obligación del deudor originario, pero sin liberar a éste⁷⁴; se tendría, en consecuencia, una nueva forma de acumulación de deudores. Sin embargo, no se ven razones que justifiquen admitir esta discriminación, pues, si del acuerdo entre acreedor y tercero no resulta la liberación del deudor primigenio, se estará ante una forma de asunción acumulativa de deuda.

c) Requisitos

Para que haya expromisión novatoria es fundamental que del acuerdo entre acreedor y tercero resulte: 1º) la voluntad expresa del **acreedor** de liberar al deudor originario; 2º) la voluntad de **ambos** de extinguir la obligación anterior. Ya se dijo que no se requiere el consentimiento del primer deudor.

I) El acreedor debe manifestar, en forma expresa, su voluntad de liberar al deudor originario; esa voluntad no se presume. Sin esta declaración no hay novación.

II) Del acuerdo debe resultar la voluntad **común** (acreedor y tercero) de extinguir la obligación anterior. Esta cuestión merece un mayor desarrollo. Una prestigiosa doctrina⁷⁵ ha sostenido que la expromisión novatoria requeriría, además del acuerdo entre acreedor y tercero, el **consentimiento** del deudor originario; repárese en que, si así fuera, el acto dejaría de ser bilateral, ya que debería integrarse con las tres partes. Para fundar esta afirmación, se invoca el párrafo final del art. 815, en cuanto dice: "*...y siempre que el segundo deudor no adquiera subrogación legal en el crédito*". De este párrafo se infiere que la única manera en que el nuevo deudor no sea subrogado en los derechos del acreedor es que **renuncie** a esa subrogación; se trataría de una renuncia anticipada pues tendría lugar recién cuando el tercero **pague**; luego se añade que la renuncia es un acto bilateral, en tanto supone una liberalidad en favor del deudor originario; siendo así, para que la renuncia a la subrogación sea válida, se requiere el consentimiento o aceptación del primer deudor. De todo ello se concluye que el acuerdo entre acreedor y tercero, para producir los efectos de la expromisión novatoria, requiere la aceptación del deudor originario¹⁶.

⁷⁴ Llambías, *Obligaciones*, t IIL n° 1703, p. 59; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 13, p. 507.

⁷⁵ Defendida nada menos que por Llambías, con su innegable autoridad (*Obligaciones*, t ID, n° 1796, p. 60), quien cita como fuente de esa doctrina a Fernando Legón, *Inaplicabilidad de hexprcmisión que señala el art 815 del Coligo CivU*, "J A" - — •

⁷⁶ Añade LLambías, para fundar la tests, que la necesidad de que la renuncia a la subroga-

La solución propuesta no es admisible. Se le puede objetar, para demostrarlo, lo siguiente: 1°) típicos de la expromisión novatoria. Cuando se describe esta figura, en efecto, se suele destacar, como esencial, que tiene lugar por el acuerdo entre acreedor y tercero, *con prescindencia del deudor originario*⁷⁷; 2°) contradice la letra del art. 815, en tanto permite que, por expromisión, se deje fuera de la obligación al primer deudor, aun "...ignorándolo éste,..."; 3°) si el deudor originario presta su consentimiento, el acto deja de ser, en sentido estricto, expromisión para quedar convertido en delegación; 4°) que el nuevo deudor no se subrogará en los derechos del acreedor es una consecuencia del acuerdo, pues —por hipótesis— al celebrarlo las partes manifestaron su voluntad *común* de extinguir la obligación anterior. Y si esa obligación está extinta, no puede haber subrogación pues, como bien se ha dicho, mal puede haber subrogación en un crédito extinguido⁷⁸. - .

d) *Insolvencia del nuevo deudor*

¿Qué sucede cuando el nuevo deudor es insolvente? Dice, al respecto, el art. 816: "La insolvencia del deudor sustituido, no da derecho al acreedor para reclamar la deuda del primer deudor, a no ser que el deudor sustituido fuese incapaz ya de contratar por hallarse fallido".

Para la interpretación del texto transcrito, se ha de tener en cuenta:

I) La insolvencia del nuevo deudor, en principio, debe ser soportada por el acreedor, es decir, tal como resulta del art. 816, consumada la extinción de la anterior obligación, es lógico que el acreedor ya no tenga acción para reclamar el crédito del anterior deudor; lo contrario importaría tanto como autorizar al acreedor a *revocar unilateralmente* la novación que, por hipótesis, ya está consumada⁷⁹.

II) Por excepción, si el nuevo deudor se encontraba "fallido" al tiempo de celebrarse la novación, entonces sí el acreedor podrá accionar contra el anterior deudor, reclamándole el pago de su crédito. Sobre este tema resultan pertinentes estas acotaciones: I°) la ley alude a la situación que se presenta cuando el nuevo deudor fuese incapaz por hallarse "fallido", lo que se debe interpretar

ción futura sea aceptada, encontraría sustento en el hecho de que, según nuestro Código, "para que la donación tenga efectos legales" es necesaria la aceptación del donatario (art 1792), ya que esta renuncia importa una liberalidad en favor del primer deudor; de allí que deba aceptarla (*Obligaciones*, t III, n° 1786, p. 62).

⁷⁷ Como lo afirma el propio Llambías: "Lo característico de la expromisión es la prescindencia del deudor en el acto jurídico consentido por el acreedor y el tercero que asume la deuda ajena". Y añade luego: "Si el deudor hubiera intervenido en ese convenio, consintiéndolo *ab initio*, ya no sería expromisión sino delegación" (*Obligaciones*, t III, n° 1792, ps. 58 y 59).

⁷⁸ De acuerdo: Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 13, p. 508.

⁷⁹ Llambías, *Obligaciones*, t m, n° 1797, p. 64.

como *declarado judicialmente* en quiebra o en concurso de acreedores;⁸⁰ aunque no habría obstáculos para que, ante la insolvencia *de hecho*, el acreedor pida la nulidad de la novación, por aplicación de las reglas generales sobre nulidad, si p. ej., la consintió por error; 2º) para que funcione el art. 816, es necesario que el nuevo deudor ya *le encontrara* declarado en quiebra o concurso al tiempo de la novación; si la declaración judicial de falencia es *posterior*, el acreedor no tendría acción contra el primer deudor, salvo que hubiese consentido la novación-bajo la *condición* de que el nuevo no cayera en insolvencia.

ni) El fundamento por el cual el art. 816 le permite al acreedor accionar contra el primer deudor si el nuevo se encontraba ya declarado en quiebra o concurso, radica en que la ley presume que el acreedor aceptó la novación por error, consistente en creer en la seriedad y solvencia del nuevo deudor. Por cierto, si el acreedor no incurrió en error porque consintió la novación *conociendo* el estado de insolvencia del nuevo deudor, no podrá volver contra su anterior deudor.

IV) Por último, es importante señalar que la solución del art. 816 no se aplica únicamente a la expromisión sino, en general, a la novación subjetiva por cambio de deudor (delegación perfecta y expromisión).

§ 648. NOVACIÓN LEGAL

De acuerdo con la clasificación adoptada (*supra*, § 640), según su origen, la novación puede ser convencional o legal. La primera es la que tiene su causa-fuente en un acuerdo (contrato) y es a la que se refieren los arts. 801 a 816 examinados en los párrafos precedentes. Es la novación por antonomasia. Por excepción, se encuentran algunos casos en que es la ley la que —ante un cambio ocurrido en los elementos de la relación de obligación— equipara esa alteración a una novación, adjudicándole el efecto* que le es propio: extinción de la anterior y creación de una nueva obligación.

Como casos de novación legal, se pueden mencionar:

íz) El más importante ejemplo de novación legal tiene lugar en caso de incumplimiento definitivo imputable al deudor. Al desaparecer la posibilidad material o jurídica de cumplimiento específico, o perder interés el acreedor en ese cumplimiento, se produce una *transformación* novatoria de la obligación, ya que la prestación *in natura* es reemplazada por la indemnización de los daños y perjuicios, transformación que equivale a *novación* por cambio de objeto.

b) Puede también reputarse como un caso de novación legal, en las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, el que tiene lugar cuando se produce la *elección* del objeto; a partir de la opción, la obligación *se transforma* con carácter novatorio en una de dar un cuerpo cierto.

⁸⁰ *miado, Uambías, Obligaciones, t. ni, n°1784, e.p. 51.*

§ 649. EFECTOS. REMISIONES

La novación, se dijo, extinguey crea. Quedan allí resumidos st»efectos, que ya fueron examinados (*supra*, § 639, a y b).

Lo propio respecto de los efectos de la novación en caso de obligaciones con pluralidad de sujetos; así, en las obligaciones divisibles (*supra*, § 534), en las indivisibles (*supra*, § 548), en las solidarias (*supra*, § 565, b).

C) TRANSACCIÓN

§ 650. LA DEFINICIÓN LEGAL

Según el art. 832, "*La transacción « es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas »*". Esta definición no ha sido censurada por la doctrina; por el contrario, responde a los criterios que los autores mencionan como necesarios para elaborarla. Se ha señalado », en efecto, que el acto jurídico bilateral en el que consiste la transacción se define por la *finalidad inmediata* que persigue y por los *medios* que se deben emplear para alcanzarla. En cuanto a la finalidad, consiste en hacer cesar una situación de incertidumbre que las partes mantenían pendiente respecto de algún derecho, dudoso o litigioso, sobre el que disputaban; en lo que respecta a los medios, las partes deben hacerse concesiones recíprocas⁸⁴ consistentes en renunciaciones u otros sacrificios de carácter patrimonial, hasta alcanzarse! acuerdo.

⁸¹ Respecto del método, esto es, de la ubicación que debe dársele a la transacción dentro del Código Civil, se han expuesto tres posturas: 1°) la primera, adoptada por el Código francés, la sitúa entre los contratos, considerándola una de sus especies; 2°) la segunda, que es la de nuestro Código, la ubica en la sección destinada a las obligaciones, incluyéndola como un modo de extinción; 3°) la tercera, que luce, por ejemplo, en el Anteproyecto de 1954, la incorpora a la parte general, estimando que se trata de un acto jurídico extintivo de cualquier especie de relación jurídica y no sólo de las obligaciones. En el texto se la trata como un contrato extintivo, puesto que: a) se reconoce su naturaleza contractual; b) en razón del criterio amplio adoptado para definir el contrato, incluirlo en la sección de las obligaciones no impide considerarlo como medio extintivo de otros derechos, no sólo de los creditorios; c) se respeta el método adoptado por el codificador.

⁸² También se la ha definido como "una convención por la cual dos o más personas ponen término a estado jurídico incierto, haciéndose recíprocas concesiones": Bertolini, Cesare, *Delta transazione secondo U diritto romano*, Unione Tipografica Editrice, Tormo, 1900, § 4, p. 33. En Francia, sobre la base del art 2044, se suele definirla como es un contrato por el cual las partes terminan un litigio previamente existente o una disputa por nacen Boyer, Louis, *La notion de transaction*, Librairie du recueil Sirey, París, 1947, p. 11.

⁸³ E. Zannoni, en Belluscio (Dir.) y Zannoni (Coord), *Código Civil*, t. 2, art 832, § 1 p 705; Llambías, *Obligaciones*, t IU, n° 1804, p. 71, Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t ID, n° 1678, p. 481.

⁸⁴ Se ha destacado el acierto de nuestro codificador al incluir en la definición de art 832

Se ha hecho notar la enorme importancia, medida en razón de su utilización, que tiene la transacción, que sirve para evitar o, en su caso, poner fin a los litigios sin transitar el largo y a veces tortuoso camino hacia una sentencia

§ 651. NATURALEZA

Sobre la naturaleza de la transacción la doctrina se ha dividido **:

a) Tesis de la convención liberatoria

Para algunos autores⁸⁷ la transacción no es un contrato, sino un acto jurídico extintivo de obligaciones; por ello la incluyen entre las "convenciones liberatorias". Son sus fundamentos: 1º) el contrato "crea" obligaciones, la transacción no puede serlo porque no crea sino que "extingue"; 2º) el método del Código Civil, pues el hecho de que el codificador haya incluido las normas de la transacción en la sección dedicada a las obligaciones —como un medio extintivo— es una prueba de que no es un contrato; 3º) la definición del art. 832, que no la llama "contrato" sino "acto jurídico bilateral"; 4º) los arts. 833 y 857

la necesidad de que las partes se hagan "concesiones recíprocas" para que haya novación (Trigo Represas, *Las concesiones recíprocas en la transacción*, "L.L." 1989-B-563). El art. 2004 del Código francés, en cambio, al omitir toda referencia a la reciprocidad de concesiones ha sido criticado por su doctrina, que lo considera incompleto. Cfr. G. Ripert y J. Boulanger, *Tratado de derecho civil*, según el tratado de Planiol, t. VII, p. 617, n° 2470; Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, par. III, t IV, p. 618, n° 1632; A. Colin y H. Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, t. IV, p. 912.

⁸⁵ Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 13, i 763, p. 568.

⁸⁶ Sobre este asunto existe en nuestra doctrina una importante controversia: a) para algunos autores (Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 813; Sal vat y Galli, *Obligaciones en general*, t II, n° 1844 y especialmente Llambías, *Obligaciones*, t Tü', n° 1806) la transacción no es un contrato, sino una "convención liberatoria, es decir, un acto jurídico bilateral de naturaleza extintiva de obligaciones". A esa conclusión llega porque considera que en nuestro derecho, al igual que en el sistema francés, sólo es contrato el acto "que crea obligaciones"; por ende, en razón de que la transacción no las crea sino que, por él contrario, las extingue, le niega naturaleza contractual; b) para otra doctrina, a cuya conclusión reitero aquí mi adhesión, la transacción es un contrato en los términos del art 1137 del Cód. Civil. Esta tesis cuenta con el respaldo de jerarquizada doctrina (Sonda, *Obligaciones*, 11, n° 926; López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, § 1). Su fundamento se asocia a la llamada tesis amplia del contrato, según la cual nuestro art 1137 admite que sea contrato todo "acto jurídico bilateral patrimonial", sin discriminar según que su finalidad sea la de crear, transmitir o extinguir obligaciones; en ese marco, tanto es contrato la compraventa, que crea obligaciones, como la novación, que extingue y crea (art 801), como la transacción que solamente extingue.

⁸⁷ Machado, J. O., *Exposición y comentario*, t. 3, p. 27; A. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 811; Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, l.1, n° 475; Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. 3, n° 1679, p. 481.

que, referidos a la transacción, remiten a las norma de los contratos; esa remisión, afirman, es otra prueba de que no es contrato pues, si lo fuera, la remisión sería innecesaria.

b) Tesis del contrato

Otra corriente, mayoritaria⁸⁸, a la que adhiero, considera que la transacción es un contrato. Sus argumentos, expuestos a modo de réplica a la tesis anterior, son los siguientes⁸⁹: 1°) según se interpreta el art. 1137, el contrato no sólo crea sino que también, transfiere, modifica, extingue, no sólo derechos de crédito, sino toda especie de derecho patrimonial; para comprobarlo, basta considerar que la "cesión de créditos" o, si se quiere, la "cesión de derechos" no crea ni extingue, sino *transfiere* y nadie podría dudar de su carácter contractual; 2°) el argumento del método no es decisivo, pues la naturaleza de una institución no puede depender de su ubicación en el Código; así, la gestión de negocios no es un contrato, no obstante que sus normas están situadas en la Sección de los contratos; del mismo modo, tampoco la transacción (ni la novación) dejarán de ser contratos por estar situadas en la sección de las obligaciones; 3°) si bien el art. 832 habla de "acto jurídico bilateral", ello no es suficiente para negar que la transacción sea un contrato, porque el contrato es también un acto jurídico bilateral, de manera que afirmar el género no significa, sin más, negar la especie; para ello era necesario que una norma le negara esa naturaleza, pero no sólo esa norma no existe, sino que el art. 835 llama a las partes de la transacción "contratantes"; 4°) en cuanto a la remisión que hacen los arts. 833 y 857 en nada contribuye para negar que la transacción sea un contrato; por el contrario, parece claro que las remisiones sólo tienden a *integrar* el contenido normativo de la transacción, pero no a negar o alterar su naturaleza; así, no porque el art. 1435, referido a cesión-venta, remita a las reglas de la compraventa, la cesión por un precio deja de ser cesión; 5°) por último, no deja de ser también importante destacar que el propio codificador, en la nota con que ilustró el art. 857, escribió: "La transacción es un contrato como está establecido en el art 832-y en todos los códigos publicados". Si bien las notas no son ley, en este caso la opinión del autor del código cobra relevancia porque la tesis contraria encuentra su mayor respaldo en la terminología usada por el codificador; por íó'tarttb de la nota al

⁸⁸ L Segovia, *Código Civil*, t. L glosa al art 801 (de su numeración), nota n° 1; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. JJI, n° 1845; G, Borda, *Obligaciones*, 11, n° 926; A. M. Morello, *La transacción desde la perspectiva procesal*, "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", jul.-dic, 1963, p. 375; Llambías, *Obligaciones*, t. m, n° 1807, b; F. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, 4° ed., p. 14; J. Mayo, en Bueros (Dir.) y Highton (Coord.), *Código Civil*, t. 2-B, art. 832, § 4, p. 272.

⁸⁹ La reseña de estos fundamentos se toma de las enseñanzas de *Teoría de los contratos. Parte general*, 4° ed., p. 14.

art 857 se colige que, para Vélez y sin perjuicio de la terminología empleada, la transacción es un contrato.

§ 652. CARACTERES

La transacción, concebida como contrato, presenta los siguientes caracteres:

a) Es *nominado*, porque tiene nombre propio. La ley (art 832) lo llama transacción (deriva del verbo latino *transigere*), nombre aceptado pacíficamente por la doctrina. Cabe añadir que a la palabra "transacción" suele también asignársele un significado común o vulgar, cuando se la usa para referirse a cualquier especie de convenio, acuerdo o pacto, aun extrapatrimonial. Pero en sentido jurídico estricto, su significado es el que resulta del art 832.

b) Es *típico*, porque tiene un régimen jurídico propio. Sobre la tipicidad de la transacción, tres observaciones: a) nuestro Código Civil le ha dedicado treinta artículos, del 832 al 861 inclusive. La doctrina ha hecho notar que no eran necesarios tantos artículos *; en nuestros proyectos de reformas se redujo considerablemente el número de normas; así, el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (decreto 468/1992) le dedica solamente ocho artículos (del 824 al 831) y el Proyecto de 1998 le destinó sólo diez (1571 al 1580); b) calificada la transacción como un contrato típico, el art. 833 resulta sobreabundante e innecesario al decidir que le son aplicables "todas las disposiciones sobre los contratos respecto a la capacidad de contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las excepciones y modificaciones contenidas en este título"; c) se ha dicho que no cuadra "reglamentar la transacción como un contrato especial (típico), por cuanto es un convenio abstracto que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos de carácter privado" El hecho de que por transacción se puedan extinguir no sólo obligaciones, sino también otras especies de relaciones jurídicas, no es suficiente para negar que sea un contrato típico; así por ejemplo, el contrato de cesión puede tener por objeto, en primer lugar, derechos de crédito, pero también se pueden ceder derechos reales, como la hipoteca, y no por ello (por la variedad de su objeto) pierde el carácter propio que ocurre con la transacción.

c) Es *consensual*, porque para su celebración, sin perjuicio de la forma que debe observarse, es suficiente el consentimiento de las partes (art. 1140).

d) Es *bilateralmente atributivo*, porque para que haya transacción es necesario que las partes se hagan "concesiones recíprocas". Vale aclarar que, se-

⁹⁰ Criticando la exuberancia normativa en que me ironía— que construyo "un monumento jurídico de algo que entra en los principios generales" (*Obligaciones en general*, n° 811, p. 573).

⁹¹ Llambías, *Obligaciones*, t. HL n° 1805, p. 73; en el mismo sentido, Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t 3, § 764, p. 587.

gún nuestro art 1138, un contrato es bilateral cuando ambas partes quedan *recíprocamente obligadas*; en la transacción no es esencial que las partes queden obligadas; lo que sí es esenciales que⁹² deberrliáeer⁹²

Por otra parte, si tales "concesiones" no son obligaciones, deben ser reputadas como "atribuciones" que, siendo recíprocas, justifica que se la caracterice como contrato bilateralmente atributivo.

e) Es *oneroso*, porque las concesiones que deben hacer se las partes importan ventajas y sacrificios recíprocos, según la doctrina que surge del art 1138.

f) Es *no formal*, porque las partes están autorizadas a expresar la voluntad de transigir por cualquier medio; impera la regla de libertad en la elección de las formas (art 837); por excepción, se debe observar la forma prescrita por la ley cuando la transacción versa sobre derechos litigiosos, pues debe ser presentada al juez de la causa, debiendo necesariamente constar por escrito (art 838) y en otros casos, como se verá en su momento.

g) Tiene *finalidad extintivo*, porque por medio de las concesiones recíprocas las partes extinguen derechos litigiosos o dudosos, haciendo cesar una situación de incertidumbre (art 832).

h) Es *indivisible*, en el sentido de que lo son sus diferentes cláusulas, de suerte tal que "cualquiera de ellas que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción" (art 834). La consecuencia más importante que se extrae de esta norma es que la transacción no tolera una nulidad parcial. Se ha dicho, sin embargo, que como la indivisibilidad no hace a la esencia de la transacción, sino sólo a su normalidad, las partes podrían convenir que algunas de sus cláusulas pudieran ser declaradas nulas, sin invalidar la totalidad del acto **.

0 Es de *interpretación estricta*, porque debe entenderse que sus cláusulas se refieren exclusivamente a "las diferencias respecto de las cuales los contratantes han tenido en realidad intención de transigir,..." (art 835).

j) Es *declarativa*, porque por la transacción no se *transmiten* ni se *constituyen* derechos, sólo se los declara (art 836).

§ 653. DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS

a) *Can ta renuncia*

Entre la transacción y la renuncia de derechos, en general, hay una relación de género a especie; la primera consiste en un acto jurídico bilateral, también de naturaleza contractual, por el cual una persona abandona o abdica de un derecho que le es propio a favor de otra; cuando la renuncia es de "los derechos del acreedor" y, por ende, de contenido patrimonial y onerosa, la aproximación entre ambas figuras se acentúa, pues también en la transacción —contrato one-

⁹² Es la opinión de Llambías, *Obligaciones*, t IÜ, n°1808,d, p.80.'

roso— ambas partes, se abdican derechos recíprocamente⁹³, pero se diferencian p Q r g u & ^ c p n ^ partes buscan certidumbre, dejando atrás una situación dudosa o litigiosa, finalidad que es ajena a la renuncia del acreedor, b) la transacción es solamente declarativa, en tanto que la renuncia es puramente extintiva, ya que supone la extinción del derecho del acreedor o del derecho sobre el que recae la abdicación; c) por esto último, en la transacción, puesto que las partes deben hacerse concesiones recíprocas se puede decir que es siempre *onerosa*, la renuncia *típica*, como se verá luego, es gratuita, en tanto el renunciante no recibe a cambio ninguna contraprestación de parte del deudor beneficiado con la abdicación.

b) Transacción judicial y sentencia

La transacción judicial, en tanto se le adjudican, como se verá, los efectos de la cosa juzgada, y la sentencia presentan notorias semejanzas, pero se diferencian claramente, pues: a) mediante la sentencia se resuelven toda clase de controversias, patrimoniales y extrapatrimoniales; con la transacción sólo se finiquitan cuestiones de contenido patrimonial; b) la sentencia emana de un órgano del Estado (el juez) que se sitúa, por así decirlo, en un punto equidistante de las partes que le permita emitir un juicio imparcial; la transacción emana de la voluntad de las partes, interesadas en obtener un resultado determinado⁹⁴.

§ 654. REQUISITOS. LOS PRESUPUESTOS

Los requisitos de la transacción —como en todo contrato— se dividen en presupuestos, elementos y circunstancias. Los presupuestos, en general, se refieren a la capacidad, la representación, la idoneidad del objeto, el consentimiento, etc. En el caso particular de la transacción, uno de sus presupuestos es la preexistencia de una situación de incertidumbre sobre los derechos de las partes (*res dubia*).

a) Capacidad

Siendo la transacción un contrato, está claro que sólo podrán celebrarla quienes tengan capacidad "para contratar", aricándose lo dispuesto en los arts. 1160 al 1166. De allí que no era necesario, pues se deduce de su propia naturaleza, que

⁹³ Tanto la doctrina como la jurisprudencia destacan que en la existencia de reciprocidad en los sacrificios entre acreedor y deudor —condición esencial de la transacción— está el elemento que diferencia a ésta de la renuncia gratuita y del desistimiento: Cám. Apel. Civ. y Cora., Corrientes, 14/3/1999, "LUJtoral", 1998-1-622. —

⁹⁴ F. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, 1.1.4ª ed., p. 32.

el art. 833 se ocupara de recalcarlo al decir que son aplicables a las transacciones "*todas las disposiciones sobre los contratos respecto a la capacidad de contratar,...*". Luego, el Código opta por la vía negativa al establecer, en el art. 840, que "*No puede transigir el que, no puede disponer de los objetos que se abandonan en todo o en parte*".

En síntesis, no pueden transigir:

I) *Incapaces de hecho*. — Se entiende que no lo pueden hacer actuando por sí mismos: a) los incapaces absolutos de hecho del art. 54 (personas por nacer, menores impúberes, dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito); b) los menores adultos, salvo en los casos en que la ley los autoriza a disponer de sus bienes (arts. 55,128); c) los inhabilitados judicialmente, mencionados en el art. 152 bis. Por aplicación de las reglas generales, la violación de las normas que tutelan a los incapaces dará lugar a una nulidad relativa, no pudiendo ser invocada por la parte capaz.

Respecto de los menores emancipados, el art. 841, inc. 7°, los incluye entre los que "no pueden hacer transacciones"; sin embargo, esa prohibición debe entenderse referida sólo a los bienes que hubiesen adquirido a título gratuito⁹⁵ antes o después de la emancipación. Ello, porque por el art. 135, según la redacción que le diera la ley 17.711, pueden administrar y disponer de sus bienes, salvo los adquiridos a título gratuito; por ende, sobre aquellos bienes de los que pueden disponer, pueden celebrar transacciones. Por otra parte, la prohibición que recae sobre los adquiridos a título gratuito no es absoluta, pues podrán hacerlo si obtienen autorización judicial o la conformidad del otro cónyuge.

II) *Incapaces de derecho*.—Las incapacidades de derecho son, en rigor, prohibiciones que la ley impone a determinadas personas respecto de ciertos actos; en ese marco, el art 841, inc. 5°, decidió que no pueden celebrar transacciones "*Los tutores con los pupilos que se emanciparen, en cuanto a las cuentas de la tutela, aunque fuesen autorizados por el juez*". La doctrina comenta al respecto: I°) guarda congruencia con el art 134, inc. 1°, en tanto prohíbe a los emancipados "aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito", ni con autorización judicial; 2°) la prohibición sólo comprende los casos en que la tutela termine por emancipación; no se aplica cuando termina por mayoría de edad. En este supuesto, sí puede haber transacción válida, siempre que se celebre después de un mes de presentada la rendición de cuentas, según resulta del art 465

⁹⁵ De acuerdo: E. Zannoni, en Belluscio (Dir.) y Zannoni (Coord.), *Código Civil*, 13, art. 841, § 2, p. 723; Llambías, *Obligaciones*, I ID, n° 1815, p. 95; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 930; Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 13, n° 1681, p. 486.

⁹⁶ E Zannoni, en Belluscio (Dir.) y Zannoni (Coord.), *Código Civil*, 13, art. 841, § 1, p. 722; Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 13, n° 1682, p. 487.

b) Representación

Empleando un método inadecuado, nuestro Código incorporó en el título referido a la transacción diversas normas que se refieren a la representación.

I) *Regla general.*—El principio general en esta materia está contenido en el art 839: "No se puede transigir a nombre de otra persona sino con su poder especial, con indicación de los derechos u obligaciones sobre que debe versar la transacción, o cuando el poder facultare expresamente para todos los actos que el poderdante pudiera celebrar, incluso el de transar". El texto del artículo es incongruente⁹⁷ pues, en su primera parte, exige poder especial con *indicación precisa* de los derechos u obligaciones sobre los que se autoriza transar y en la segunda permite que el representante, con poder general, pueda llevar a cabo transacciones por su representado respecto de *todos los actos que el poderdante pudiera celebrar*.

Para salvar la incoherencia se interpreta, en definitiva, que es suficiente que el representante esté autorizado *expresamente* a transigir para que pueda nacerlo válidamente, aunque no se identifiquen los derechos u obligaciones sobre los que versará aquélla. Lo dicho vale tanto para la representación convencional como para la legal.

U) *Representación legal.* — Aunque era innecesario, el Código dispone que no pueden hacer transacciones sin autorización expresa: a) los agentes del ministerio público, tanto nacionales como provinciales, ni los procuradores de las municipalidades; ni los colectores o empleados fiscales de cualquier denominación en todo lo que respecta a las rentas públicas (art. 841, incs. 1° y 2°); está claro que los funcionarios públicos, invocando su soja condición de tal, no pueden transigir sobre los derechos o bienes cuya gestión o administración les ha sido encomendada; b) los representantes o agentes de personas jurídicas, en cuanto a los derechos y obligaciones de esas personas, si para la transacción no fuesen legalmente autorizados (art. 841, inc. 3°); los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones de la testamentaria, sin autorización del juez competente, con previa audiencia de los interesados (art. 841, inc. 4°); se ha indicado que únicamente los albaceas podrían transar en caso de que no hubiese herederos y siempre que obtengan autorización del juez competente y se dé intervención a los interesados, que en el caso serían los legatarios afectados por la transacción 9°; c) los tutores y curadores en cuanto a los derechos de los menores e incapaces, si no fuesen autorizados por el juez, con audiencia del ministerio de menores (art 841, inc. 6°).

⁹⁷ Como lo ha hecho notar la doctrina, J. A. Bibiloni en su *Anteúroyecto*; Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, t III, n° 1846-a; Llambías, *Obligaciones*, L IU, n° 187, p. 100.

⁹⁸ Es la opinión de Llambías, *Obligaciones*, t IÜ, n° 1821, p. 102.

c) *Preexistente situación de incertidumbre (res dubia)*

Lo que se ha establecido es que la transacción, como la novación, supone la preexistencia de obligaciones válidas; tanto, que si se tratara de obligaciones nulas, la transacción que se haga respecto de ellas correrá la misma suerte, como se verá al interpretar el art. 858 (*infra*, § 666, b). Además de válidas, debe tratarse de derechos u obligaciones "litigiosas o dudosas", lo que se asocia a la idea de que las partes atraviesan una situación de incertidumbre respecto de tales derechos, que puede cesar si aquéllas deciden celebrar una transacción. A la incertidumbre se la incluye entre los "presupuestos", porque no siempre —ni necesariamente— las situaciones de incertidumbre desembocan o concluyen en una transacción; por el contrario, la mayoría de las veces las partes dirimen sus diferencias en un juicio que concluye con la sentencia. Se ha destacado⁹⁹ que la incertidumbre puede ser *subjetiva* u *objetiva*; con la primera calificación se alude a aquellos derechos sobre los cuales las partes no saben, a ciencia cierta, a quién pertenecen; aunque la cuestión sea clara para una jurista, aquéllas no están plenamente convencidas; se trata, en suma, de derechos "dudosos". La incertidumbre es, en cambio, *objetiva*, cuando las partes están convencidas, cada una, de que el derecho le pertenece y para superar las controversias se sometieron a la decisión de un juez; los derechos son, pues, "litigiosos".

§ 655. ELEMENTOS ESENCIALES. FORMA

Según el criterio adoptado, los elementos esenciales de todo contrato son la forma y el contenido. Con respecto a lo primero, ya se dijo (*supra*, § 652, f) que en materia de forma las partes gozan de libertad para elegir el medio por el cual manifestar su voluntad. Impera el principio de libertad en la elección de la forma (art. 837). Sobre la base de los arts. 837 y 838 se suele distinguir las transacciones, según que versen sobre derechos "dudosos" (art. 837) o "litigiosos" (art. 838), concluyéndose en que en el primer caso las transacciones son *no formales*, siendo tal la regla general. De las transacciones sobre derechos litigiosos se dice que son *formales*; la cuestión, empero, requiere un desarrollo más amplio.

a) *Forma de las transacciones sobre derechos litigiosos*

En primer lugar, corresponde identificar la especie. Simplificando el asunto, se puede decir que hay derechos "litigiosos" cuando las partes sometieron la controversia que mantienen sobre ellos a la decisión de un juez, encontrándose la causa pendiente de resolución. De allí que si las partes deciden transar, encontrándose el proceso en curso, deben comenzar por hacerlo *por escrito*; siempre que se use la forma escrita se habrá dado el primer paso en

⁹⁹ Salvat, *Obligaciones en general*, t III, n° 1843; Galli, en sus anotaciones a Salvat, n° 1843-a; Uambías, *Obligaciones*, t m, n° 1896, a; Borda, *Obligaciones*, L n° 924.

cumplimiento de lo dispuesto por la ley (art. 838). No es necesario que se re-
 «¹⁰⁰ p ^ teejs ^ dtara ^ hacerse por instrumento privado. J ^ c j ^ en, los juicios orales, si las partes deciden transigir durante el desarrollo de una audiencia, el acuerdo debe constar en *acta*. La forma escrita no es suficiente; tratándose de derechos litigiosos, debe *integrarse* con un acto procesal. Se ha discutido si para que la transacción tenga plena eficacia es suficiente la sola *presentación* en el expediente del documento en el que consta, o si es necesaria su *homologación* (aprobación) por el juez interviniente.

I) *Tesis de la homologación*. — En algunos Códigos Procesales, por ejemplo en el art. 308 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se lee: "Las partes podrán hacer valer la transacción del derecho en litigio, con la presentación del convenio o suscripción ante el juez. Éste se limitará a examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para la validez de la transacción, y la homologará o no. En este último caso, continuarán los procedimientos del juicio". Haciendo pie en el último párrafo, se podría interpretar que la homologación por parte del juez es esencial para la eficacia de la transacción, argumentando que a él le corresponde verificar si se han observado los requisitos legales para, recién, en caso afirmativo, convalidarlo. La doctrina procesal¹⁰⁰ propone distinguir la transacción como acto material y como acto procesal, pretendiendo que, en el primer caso, surte sus efectos propios desde la presentación del escrito en el expediente o desde la suscripción del acta ante el juez, mientras que, desde el punto de vista procesal, recién "se integra" desde la homologación que viene a conferir al acto carácter de título ejecutorio porque, añade esta doctrina, sin "resolución judicial el proceso no se extingue y tampoco cabe la posibilidad de obtener el cumplimiento de la transacción por vía de ejecución de sentencia (v.gr., art. 500, inc. I° del CPN)" *wi*.

II) *Tesis de la presentación*. — Según otra corriente de opinión¹⁰¹, a la que adhiero, la forma que resulta del art. 838 consiste en la presentación, y por ende, en la incorporación del documento escrito y firmado por las partes en el expediente respectivo; no es necesario ni que los firmantes ratifiquen el acto en sede judicial ni que el juez apruebe u homologue el contrato. Para negar que sea necesaria la homologación valen los siguientes fundamentos: 1°) la letra de la ley, en tanto el art 838 del Cód. Civ., sólo exige la *presentación*, en parte alguna alude a homologación por el juez, ni ello resulta de su espíritu; 2°) si bien los códigos de procedimiento, como el art 308 del Código de la Nación, autorizan al juez a verificar sus requisitos y, según su análisis, la "homologará o no...", esa autorización dada al juez no debe ser interpretada como que la homologa-

¹⁰⁰ Por ejemplo, Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. V, n° 700, p. 556.

¹⁰¹ Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, t V, n° 700, p. 556.

¹⁰² Sostenida, entre otros, por Llambías, *Obligaciones*, t III, n° 1812, p. 89; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. 3, p. 603; C. Carbone, *Algunos perfiles de la transacción judicial de derechos litigiosos referidos a la presentación y homologación*, "L.L.", 1990-D-683.

ción ha sido impuesta como forma esencial de validez de la transacción, pues tal interpretación contradice una ley de jerarquía superior como el Código Civil, contrariando el principio de supremacía consagrado en el art 31 de la Constitución Nacional; 3°) la doctrina procesal sostiene que la homologación es necesaria, porque la transacción opera como un "modo anómalo de conclusión del proceso". Sin embargo: *a*) la finalidad inmediata de la transacción no es la culminación del proceso, sino —como surge de su definición— dar certeza a las partes, extinguiendo derechos litigiosos; sólo por elipsis se puede decir que extingue el proceso. De aquí se deduce que la transacción, para producir *sus efectos*, no requiere ser aprobada por el juez; *b*) la conclusión de un proceso, aun por un medio anómalo, supone el cumplimiento de todos los trámites procesales, p. ej., integración de la tasa de justicia, pago de honorarios profesionales, etc.; de allí que la sola presentación de la transacción, si bien es suficiente para tenerla por concluida en cuanto transacción, no lo es para dar por concluido el proceso; *c*) se entiende, entonces, que sólo cuando todos los trámites están cumplidos, el juez la homologará, dando por concluido el proceso; la no homologación equivale a la continuación de "los procedimientos del juicio" (art 308, CPCCN), pero esa continuación no afectará la validez y eficacia de la transacción celebrada¹⁰³; 4°) también se afirma que la homologación es necesaria porque sólo con ella el acto adquiere fuerza de título ejecutivo. Sin embargo, no es de la esencia de la transacción dotar a las partes de un título ejecutivo, de manera que bien puede existir sin tener ese carácter. Por otra parte, es ésta una materia propia del derecho procesal, de manera que no se ve obstáculo alguno para que el juez, si decide homologar el acto, le reconozca fuerza ejecutoria si están reunidos los requisitos para ello, pero ello nada tiene que ver con la *forma* de la transacción.

TU) La solemnidad impuesta a las transacciones judiciales, ¿es absoluta o relativa?—Repárese en la importancia de la cuestión: si se sostiene que es absoluta, se deberá concluir que su inobservancia determinará la nulidad *plena* o total del acto, es decir, no producirá efecto alguno; si se dice que es relativa, la nulidad será sólo *efectual*; el acto no producirá sus efectos propios, pero los producirá como *preliminar* por aplicación de la doctrina del art 1185 del Cód. Civil¹⁰⁴. Sobre esta cuestión se han expuesto opiniones divergentes:

a) Auspiciada por la autoridad de Salvat y Llambías¹⁰⁵, entre otros, la doctrina clásica¹⁰⁶ sostiene que se trata de una solemnidad absoluta, pues —se

¹⁰³ C. Carli, *La demanda civil*, p. 215, para quien la transacción no homologada puede ser invocada por las partes como válida.

¹⁰⁴ Seguimos en esta línea a F. López de Zaval(a), *reoría de los contratos. Parte general*, 4ª ed., f 19, ps. 305 y ss.

¹⁰⁵ Salvat y Galli, *Obligaciones en general* t EX n° 1846, p. 198; Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1812, p. 86.

¹⁰⁶ Compartida, entre otros, por Mayo J., en Bueres (Dir.) y Highton (Coord.), *Código CML*, 12-B, art. 832, § 4, p. 272.

dice— "carece de todo valor si no se cumple la forma expresamente determinada por la ley". Si la forma consiste en la *incorporación* del acto al expediente, se concluye que "Hasta ese momento no hay transacción que no ha quedado concluida..."¹⁰⁷. Pero esta postura entra en crisis cuando debe responder desde cuándo produce sus efectos, al sostener Llambías que "En cuanto al *momento de eficacia* de la transacción judicial, *no es la fecha de presentación* del documento donde ella consta, porque ése es un requisito puramente de forma, sino *la fecha de dicho documento* con respecto a las partes, y *la fecha cierta* que tenga ese documento con respecto a terceros". La tesis entra en crisis, porque es un contrasentido afirmar, por un lado, que la forma impuesta por la ley es absoluta y, por otro, hacer derivar del acto efectos desde una fecha anterior en la que, por hipótesis, la forma todavía no ha sido observada. Una y otra posibilidad se excluyen, porque, o la forma es absoluta, en cuyo caso los efectos se producirán desde la fecha en que esa forma ha sido cumplida, o no es absoluta, en cuyo caso sí es posible que los efectos se produzcan desde una fecha anterior a la observancia de la forma.

b) Zannoni y Trigo Represas¹⁰⁸ proponen plantear el asunto desde otro punto de vista, el de la *ineficacia* del acto. En ese marco, afirman que, en el caso del art. 838, la presentación del instrumento en el que consta la transacción al juez de la causa constituye un requisito *de eficacia* que "se halla *fuera* del verdadero negocio jurídico"; la transacción sería, pues, válida aunque no hubiese sido presentada, porque la presentación sería sólo una condición extrínseca de eficacia, pero no de validez. En suma —concluye Zannoni—, "la transacción de derechos litigiosos, antes de su presentación al juez de la causa es un acto con *ineficacia pendiente*, que produce sus efectos propios recién cuando se cumple el requisito de eficacia de que aún carece"¹⁰⁹. La tesis supone, en definitiva, que la transacción celebrada por escrito pero no presentada, sería un acto jurídico *sujeto a la condición suspensiva* de que sea presentada; mientras ello no ocurra, sería ineficaz; por ello se habla de *ineficacia pendiente*¹¹⁰. Se-

¹⁰⁷ Llambías, citado en nota 93.

¹⁰⁸ B. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986, ps. 132 y ss.; Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, 13, n° 1699, p. 521.

¹⁰⁹ E Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 133.

¹¹⁰ Se distinguen, en doctrina, los actos con eficacia o con ineficacia pendientes. "Los ejemplos más sencillos que puede darse son —explica Zannoni— para uno y otro caso, los de actos jurídicos subordinados a condición resolutoria o suspensiva, respectivamente. En ambos casos, el negocio subordina su eficacia —no su validez, desde luego— a un acontecimiento futuro e incierto hecho condicional— (art 528 del Código Civil)": E. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, p. 130.

gin la teoría general, sin embargo, las condiciones deben consistir en hechos *inciertos*, en el sentido de que ¹¹¹ pueden o no llegar a suceder, *incoercibles*, porque ninguna de las partes puede exigir el cumplimiento del hecho en el que consiste la condición. En el caso del art 838 estos requisitos no son posibles pues: 1º) cualquiera de las partes podría cumplir con el hecho condicionante, dependiendo ello de su sola voluntad, desapareciendo de ese modo la incertidumbre; 2º) la presentación del documento puede ser exigida judicialmente por cualquiera de las partes, por lo que se presenta como *coercible*.

c) En el marco del sistema organizado por nuestro Código Civil respecto de las solemnidades de los contratos (arts. 1184, 1185 y ss.), se estima preferible considerar que la forma impuesta a la transacción judicial (presentación ante el juez) tiene carácter *relativo*, por lo siguiente: 1º) si la solemnidad es relativa cuando la inobservancia de la forma sólo produce una nulidad *efectúa*!, se comprueba que es eso, precisamente, lo que ocurre con la transacción no presentada: no producirá sus efectos propios, pero los producirá de otra clase; 2º) por aplicación de las reglas generales, inobservada la forma el acto, no queda concluido "como tal" (art 1185), pero vale como obligación de llenar la forma; 3º) si la forma fuera absoluta, antes de ser cumplida, el acto no produciría efecto alguno, salvo obligaciones naturales (art 515); siendo así, sería absurdo que la ley hubiese autorizado a las partes a *desistir* antes de la presentación, pues de nada hay que desistir porque no habría un contrato válido; 4º) en cambio, concebido como un *preliminar* de transacción, tiene sentido que las partes puedan desistir, pues los preliminares son contratos perfectos, jurídicamente exigibles en cuanto a la conclusión del definitivo; de tal contrato preliminar se puede desistir, si se dan los requisitos para ello".

b) Otras transacciones formales

Se dijo que las transacciones extrajudiciales son de formas *libres*. Sin embargo, cuando las "concesiones recíprocas" que ella contenga involucren actos jurídicos "formales" la transacción misma debe observar *esa* forma. Por ejemplo, si entre las concesiones que las partes se hacen se incluye la donación de un inmueble, esa donación debe hacerse por escritura pública bajo pena de nulidad plena o total (art 1810, inc. 1º); en consecuencia, la transacción también debe nacerse por escritura, pues de lo contrario quedaría afectada de nulidad

¹¹¹ Respecto de la forma, en definitiva, adhiera a la opinión de quienes sostienen que en nuestro derecho, cuando la transacción tiene por objeto derechos "litigiosos" se trata de un acto formal de solemnidad relativa (arts. 1184, 1185, 832 del Cód. Civil); la forma, en este caso, consiste en un documento escrito que debe ser presentado ante el juez de la causa, firmado por las partes (art 832 antes citado). Por otra parte, no es necesaria la ratificación de los otorgantes para que el acto tenga plena eficacia respecto de ellos (Cfr. Borda, *Obligaciones*, t L n°935; Lafaille, *Tratado. Obligaciones*, vOl. I, n°488).

plena. En otros términos, si la donación inmobiliaria va incluida en una transacción judicial-ésta quedasujeta a una doble formalidad: por un lado, debe hacerse por escritura pública, porque así lo impone la ley para la donación; por otro, debe ser incoirrttrada (la escritura) al expediente judicial, por el art 838. Bien se ha dicho que "admitir lo contrario importaría sortear las formas constitutivas básicas de los actos solemnes previstos en el art 1810 C C; no es posible, entonces, unificar exteriormente ambos negocios jurídicos (cuyas formalidades son distintas) bajo la sola vestidura del requisito previsto en el CC., art 838"¹¹².

Por otra parte, el art 1184 dispone que deben ser hechos en escritura, "*Las transacciones sobre bienes inmuebles*" (inc. 8). Quiere esto decir que, encontrándose en juego un bien inmueble, toda transacción de derechos que se haga sobre él debe ser hecha en escritura pública. Si las partes omiten esa forma, el acto no quedará concluido como transacción y sólo valdrá como *preliminar o promesa de transacción*, por aplicación del art 1185.

c) Prueba

Siendo la transacción, como lo es, un contrato, se aplican respecto de la prueba las reglas generales previstas para aquéllos; de allí que era innecesario que el art 837 lo dijera expresamente. Para las transacciones extrajudiciales, de carácter no formal, se tendrá en cuenta que la carga de la prueba incumbe a quien afirme su existencia y que, por la limitación impuesta por el art 1193, no pueden, en principio, ser probadas por testigos, debiendo probarse por escrito; si la transacción versare sobre un bien para cuyo tráfico jurídico la ley exige la observancia de una determinada formalidad, v.gr., inmuebles, automóviles, etc., deberá ser probada mediante la exhibición de instrumento en el que consiste la forma (art 976). Para las transacciones judiciales, su prueba resulta del mismo expediente donde debe estar incorporado el documento en el que consta; en caso de robo o pérdida del expediente, deben admitirse pruebas supletorias.

§ 656. EL CONTENIDO NORMATIVO. ENUNCIACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ESENCIALES

Consistiendo el contrato en "una declaración de voluntad común" (art 1137), para que una transacción sea verdaderamente tal en los términos del art 832, Cód. Civil, la voluntad común de las partes debe reflejarse en cláusulas que contengan o se refieran a sus elementos esenciales; de lo contrario, si alguno de esos elementos falta, no habrá transacción, aunque las partes le hubiesen puesto ese nombre al acuerdo. Ello, por cuanto los contratos no son lo que las

partes dicen que son, sino lo que resulta del contenido de sus cláusulas (doctrina del art. 1326).

Toda transacción debe contener, con carácter esencial, cláusulas que se refieran a:

a) los derechos u obligaciones, debidamente individualizados y delimitados, sobre los que versa el acuerdo;

....b) las "concesiones recíprocas" que deben hacerse las partes;

c) la finalidad extintiva.

§ 657. DERECHOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE TRANSACCIÓN

a) Principio general

Según el art. 849, "...se puede transigir sobre *toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza*, y aunque estuviesen subordinados a una condición". La doctrina está de acuerdo en que en nuestro derecho, incluso sobreabundando¹¹³, se ha consagrado el principio de que toda clase de relaciones jurídicas de contenido patrimonial puede ser objeto de una transacción. Aunque el art. 849¹¹³ menciona los derechos "subordinados a una condición", está claro que se trata sólo de una mención a título de ejemplo, pues también se puede transigir sobre obligaciones sujetas a plazo o cargo. En razón de la amplitud de los términos del art. 849, se ha considerado que se puede transigir, por ejemplo, sobre derechos presentes, futuros o eventuales, sobre cuestiones patrimoniales derivadas del derecho de familia, sobre cuestiones vinculadas con la vocación hereditaria, sobre controversias vinculadas con el derecho del trabajo, etc.

b) Derechos sobre los que no se puede transigir

Nuestro Código Civil limita la vigencia del principio, estableciendo una serie de excepciones que cabe analizar. En primer lugar, no era necesario que el art. 844 dijera que no pueden ser objeto de las transacciones "Las cosas que están fuera del comercio, y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención"; ello, pues tal prohibición resulta de las reglas generales. Las otras excepciones son las siguientes:

I) *Acciones penales*. — Según el art. 842, no puede ser objeto de transacción "*la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos*, sea por la parte ofendida, sea por el ministerio público". Tratándose de delitos de acción pública, no siendo la víctima titular de la acción, ya que ese rol le corresponde al Es-

¹¹³ Siendo la transacción un contrato, se le aplican las reglas sobre el objeto de los contratos (reenvío del art. 833), razón por la que se ha juzgado que los arts. 844 y 849 resultan sobreabundantes: Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1828, p. 106.

tado, es obvio que no puede disponer de ella ni menos convertirla en objeto de una transacción, pues en la represión de los delitos está interesado el orden público. Incluso tampoco las acciones penales privadas o dependientes de instancia privada pueden ser transadas¹ >^, porque se entiende que tales acciones —si bien son renunciables gratuitamente— no pueden ser *negociadas*, es decir, sería inmoral admitir que las partes puedan entrar en un juego de concesiones recíprocas respecto de ellas, como también lo sería la renuncia efectuada a cambio de un precio.

Distinta es la cuestión cuando se trata de la acción civil para reclamar la indemnización del daño causado por un delito del derecho criminal, pues siendo tal acción gobernada por el derecho privado —ya que sólo compromete el interés particular— y de contenido patrimonial, ningún obstáculo existe para que pueda ser objeto de una transacción (art. 842).

II) *Acciones vinculadas con el derecho de familia y el estado de las personas.* — El Código contiene diversas prohibiciones al respecto:

1°) No se puede transigir sobre derechos y acciones "*relativas a la patria potestad*" (art. 845, primer párrafo). Bien se ha dicho que, siendo estas Cuestiones de orden público, por cuya razón corresponde al Estado su organización con exclusión de la voluntad de los particulares, está justificado que tales derechos no sean susceptibles de transacción «w.

2°) Tampoco se puede transigir sobre derechos relacionados con el "*...estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas... por filiación...*" (art. 845). Es obvio que, por ejemplo, el estado de hijo o de padre no puede ser objeto de ninguna negociación, ni entrar en transacciones patrimoniales, porque se trata de cuestiones de orden público, de carácter irrenunciable, cuyo régimen jurídico es ajeno por completo a la voluntad de los particulares. Distinta es la cuestión cuando se trata de "*...intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona^.*" (art. 846), ya que tales intereses sí podrían ser negociados o transados por la persona interesada siempre que "*...al mismo tiempo la transacción no verse sobre el estado de ella*" (art. 846); por ejemplo, si una persona demanda a los herederos, reclamando ser reconocido como hijo del causante, los intereses pecuniarios que el demandante tiene en caso de ser incorporado como heredero pueden ser objeto de transacción con los otros herederos, quienes podrían adjudicarle un bien de la sucesión a cambio de que renuncie a otros bienes, siempre que ello no implique ni negar ni aceptar su condición de hijo. Es obvio que toda negociación que importe renuncia de la acción de estado es íntegramente nula, aunque se pague por esa renuncia un precio especial (art. 847).

De acuerdo: Cifuentes, Santos, *Código Civil*, t. 1, p. 601.

Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1832, p. 108.

3°) Según el art. 843, "No se puede transigir sobre cuestiones de validez o nulidad de matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor del matrimonio". La doctrina ha destacado tres aspectos: 1°) la prohibición se funda en razones que no necesitan explicación, pues es lógico que el matrimonio o, si se quiere, el estado de esposo o esposa, no es algo que pueda resultar de una transacción; nadie puede ser tal, o dejar de serlo, mediante "concesiones recíprocas"; 2°) la excepción prevista en la segunda parte del artículo debe ser interpretada cuidadosamente, pues podría inducir al error de creer que, por transacción, se podría convertir en matrimonio una unión que no lo es; 3°) debe interpretarse, en suma, que aquí la palabra transacción alude a *confirmación* de un matrimonio legalmente preexistente; afectado de nulidad relativa, p. ej., el celebrado con defecto de edad, que puede ser convalidado luego por los cónyuges. Pero si la nulidad es absoluta, p. ej., el matrimonio entre parientes de grado prohibido, es impensable que pueda ser convalidado por esta vía

III) *Derechos sobre herencias futuras.* — Por último, el art. 848 dispone que "No puede haber transacción sobre los derechos eventuales de una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva". Se trata de una reiteración innecesaria, pues tal prohibición está impuesta, con carácter general, por el art. 1175 para todos los contratos.

§ 658. CONCESIONES RECÍPROCAS

Se dijo (*supra*, § 650) que las "concesiones recíprocas" constituyen un requisito esencial¹¹⁶ de la transacción. Por ello, se considera que tales concesiones deben resultar con claridad, si no explícita, al menos implícitamente de las cláusulas del contrato*. Es que la transacción, por definición, consiste en sacrificios mutuos que las partes se hacen, con el propósito de hacer cesar una incertidumbre preexistente. El carácter esencial de estas "concesiones" le asigna a la transacción su rasgo típico, que ha sido usado: a) por la doctrina, para distinguirla de otras figuras, como la renuncia, el allanamiento o el desistimiento, todas especies en las que no se verifican tales sacrificios mutuos; b) por la jurisprudencia, para declarar, en numerosas oportunidades, que no es transacción el acto que no contiene concesiones recíprocas¹¹⁷.

¹¹⁶ Uambíaz, *Obligaciones*, l. W, rt° 1834, p. 112.

¹¹⁷ Cfr. Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. III, n° 840, ps. 191 y ss.; Laffaille, *Tratado de las obligaciones*, 1.1, p. 397, n° 473-b); L. M. Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, t. H, 9° ed., ps. 1022 y ss.; Colmo, *Obligaciones en general*, n° 813, p. 568; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 924, Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, 1.3, p. 588.

¹¹⁸ Tal como ocurre cuando la parte demandada se limitó a admitir los derechos del accionante, controvertidos hasta el momento de contestarse la demanda, lo cual equivale a un allana-

A propósito de las concesiones recíprocas, se ha planteado un importante problema: ¿debe haber entre ellas equivalencia económica? Tanto en la doctrina¹¹⁹ como en la jurisprudencia predomina la opinión de que no es necesario que la concesión o renuncia que una las partes haga sea de valor económico equivalente al de la que es hecha a su favor, pues la transacción no tiene en mira esa equivalencia, sino la superación de una controversia; se juzga que esa finalidad es más importante que una eventual pérdida económica para alguno de los contratantes. Cabe aclarar que la solución propuesta cederá cuando de los términos de la transacción resulta que fue intención de las partes hacerse concesiones equivalentes y alguna de ellas es sensiblemente de menor valor o si se presenta una hipótesis de *lesión* (art. 954), lo que supone que hubo *aprovechamiento* de una parte respecto de la otra¹²⁰.

§ 659. FINALIDAD EXTINTIVA. REMISIÓN

Como se verá al tratar sobre los efectos, adonde cabe remitir (*infra*, § 660), del contenido del acuerdo debe resultar la extinción de aquellos derechos u obligaciones sobre los que existía controversia.

§ 660. EFECTOS

Siguiendo el método propuesto por Llambías¹²¹, para examinar esta materia es necesario distinguir, por un lado, los efectos en *general* y, en *particular*, los que se producen en una transacción judicial; en general, toda transacción produce un efecto *vinculatorio*, un efecto *extintivo* y un efecto *declarativo*; en particular, la judicial puede producir, además, el efecto de la *cosa juzgada* y el de la *fuerza ejecutoria*.

miento; C.N.Civ., Sala F, 18/11/1983, "L.L.", 1984-B-36; C.N.Civ., Sala C, 15/10/1959, "L.L.", t. 96, p. 9 (3219-S); C.N.Civ., Sala B, 13/5/1959, "L.A.", 1959-IV-307. Se entendió que tampoco constituye transacción por falta de concesiones recíprocas, el refinanciamiento de deudas: CSJN, 6/5/1940, "L.L.", t. 118, p. 686; C.N.Com., Sala A, 30/10/1986, "L.L.", 1987-C-136.

¹¹⁹ Cb. Sdv & y Ga UU Obligaciones en general LLLJ Lt' IS41, p. 192; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, t I L p. 1023; Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, L 1, n° 473-B-397; Borda, *Obligaciones*, t L p. 661, n° 924-b); J. Machado, *Exposición y comentario*, t DX ps. 26 y ss., en nota; Llambías, *Obligaciones*, t IH, n° 1806-b), p. 75; A. Spota, *La quita acordada por el acreedor y su distingo con la transacción*, "J. A." 1956-11, p. 368; Trigo Represas, *Las concesiones recíprocas en la transacción*, "LX.", 1989-B-563; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, L 3, p. 588.

¹²⁰ Como lo resolvió la C.N.Civ., Sala C, 2/9/1997, "J.A.". 1998-IH-551, con comentario crítico de L. Covi, *El vicio de lesión en los acuerdos transaccionales*.

¹²¹ Llambías, *Obligaciones*, t III, n° 1837, p. 114.

a) Efecto vinculatorio

Según la llamada teoría normativa, el contrato hace nacer derecho *objetivo*, constituido por sus cláusulas; de ellas nacen los derechos subjetivos para los contratantes. Así resulta del art. 1197 del Cód. Civil: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma". Pues bien, en la transacción, lo acordado por las partes —el contenido normativo, sus cláusulas— se presentan como la "ley individual de los contratantes" y a ella deben sujetarse. Es en este sentido que se habla de "efecto vinculante". Su estudio corresponde a la teoría del contrato; aquí, como reflejos del efecto vinculante, sólo interesa destacar tres aspectos: 1º) La *intangibilidad*, nombre con el que se designa la imposibilidad para las partes de modificar unilateralmente las cláusulas convenidas, imposibilidad que alcanza incluso —en la versión ortodoxa de la teoría del contrato— al propio legislador y al juez; 2º) la *fuerza obligatoria*, que impone el deber de observar lo pactado sin apartamientos ni pretextos; 3º) la inoponibilidad del acuerdo frente a los terceros que no participaron en él, cuestión a la que —por su importancia— se le dedicará un parágrafo en particular (*infra*, § 661).

b) Efecto extintivo

Por definición (art. 832), la transacción tiene efecto *extintivo*; de allí que el art 850 contenga una mera reiteración, al disponer que "La transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado,...". La extinción comprende, además de los derechos involucrados, los accesorios y garantías de las obligaciones sobre las que hubiesen recaído las renunciaciones, tal como resulta del art 852, que si bien se refiere en particular a la fianza, es aplicable a todos los accesorios: "La transacción entre el acreedor y el deudor *extingue la obligación del fiador*, aunque éste estuviera ya condenado al pago por sentencia pasada en cosa juzgada".

Sobre el efecto extintivo, se puede añadir:

1º) En primer lugar, queda claro que los derechos renunciados o extinguidos no pueden, con posterioridad, ser invocados por las partes; una pretensión semejante carecería de toda seriedad, pues importaría tanto como desconocer la transacción realizada. Por ello, si uno de los transigentes demandara al otro invocando el derecho extinguido, podrá ser repelido por una excepción de transacción¹²² y el juez deberá rechazar la pretensión del primero, con costas, salvo que se demostrara alguna causal de nulidad o ineficacia de la transacción.

2º) El art 850, luego de reiterar el efecto extintivo que la transacción produce entre partes, añade "... y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juz-

¹²² Llambías, *Obligaciones*, t. TM. 1839, p. 116. -

goda" (art. 850 *inflne*). A partir de este párrafo, los anteriores comentaristas del Código¹²³ interpretaron que el contrato de transacción, en general, produce los efectos de la cosa juzgada. Pero se ha hecho notar¹²⁴ que se trataba de una confusión, pues no es necesario sostener que toda transacción produce los efectos de la cosa juzgada; sólo la que involucra derechos litigiosos, esto es, la judicial y cuando es homologada, tiene ese alcance. Las transacciones no judiciales o las judiciales no homologadas tienen fuerza vinculante y efecto extintivo, pero para ello no es necesario equipararlas a la sentencia, por las mismas razones que cualquier contrato produce sus efectos, respecto de las partes, con fuerza de ley, sin que por ello se identifiquen con la cosa juzgada.

3º) Es obvio que el efecto extintivo se proyecta sobre los derechos u obligaciones existentes al tiempo en que tuvo lugar la transacción, y siempre que hubiesen sido objeto del acuerdo. De allí que si una de las partes, con posterioridad *"adquiere un nuevo derecho sobre la cosa renunciada o transferida a la otra que se juzgaba con derecho a ella, la transacción no impedirá el ejercicio del nuevo derecho adquirido"* (art 856), así, supóngase que dos vecinos disputan sobre la responsabilidad por los daños causados por la humedad detectada en la pared medianera; deciden transar, reparando cada uno sus respectivas cañerías extinguiendo los recíprocos reclamos indemnizatorios; pero si uno de ellos efectúa mal la reparación y el vecino sufre nuevos daños, habrá nacido a su favor un nuevo derecho a ser indemnizado, derecho no extinguido por la transacción anterior.

c) Efecto declarativo

La transacción tiene efecto *declarativo* y *no traslativo* de los derechos sobre los que ella versa. Esta importante cuestión está ratificada en el art. 836, cuyo primer párrafo dice: "Por la transacción *no se transmiten, sino que se declaran o reconocen derechos* que hacen el objeto de las diferencias sobre que ella interviene". La cuestión es fundamental, en razón de las consecuencias que de tal carácter derivan. Ante todo, predicar que tiene efecto declarativo quiere decir que la transacción no tiene por efecto transmitir o constituir derechos a favor de uno de los transigentes; al celebrarla, una de las partes —o ambas recíprocamente— se limitan a *reconocer* que la otra tiene un derecho del que —por hipótesis— era titular con anterioridad y aunque tal reconocimiento implique, para quien lo hace, una *renuncia*. Lo importante radica en que *no transmite*, sino que *declara o reconoce* derechos preexistentes.

De este señalado efecto declarativo, derivan importantes consecuencias:

¹²³ Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. m, tít* 1913-b.

¹²⁴ Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1839, p. 116, nota n° 248.

I) *No se debe garantía de evicción.* — Puesto que, como se dijo, no habiéndola la transacción *transmisión de*derechos*, no hay tampoco un enajenante ni un adquirente, de donde se sigue que no se debe garantía de evicción, porque ésta es la que debe quien enajena un derecho a favor del adquirente, garantizándole que no será privado o turbado del derecho que adquirió (arts. 2089 y 2091, Cód. Civil); tal, lo que dispone el art. 836 en su segunda parte: "La declaración o reconocimiento de esos derechos no obliga al que la hace a garantizarlos, ni le impone responsabilidad alguna en caso de evicción,...".

II) *Aunque se pierda el derecho reconocido, no se puede pedir la restitución de lo que se hubiese dado en razón de él.*—Si el transigente a quien se hubiese reconocido el derecho, lo pierde frente a un tercero, esa pérdida no lo autoriza a reclamar del otro transigente la restitución de lo que él hubiese pagado como precio para que tenga lugar la transacción. Se ha dicho¹²⁸, en efecto, que ese precio no constituye *objeto de la transacción*, sino que es sólo una contraprestación, que no se encuentra vinculada causalmente con el reconocimiento sino con la transacción misma. Tal es la solución que resulta del art. 854: "La evicción de la cosa renunciada por una de las partes en la transacción, o transferida a la otra que se juzgaba con derecho a ella, no invalida la transacción, ni da lugar a la restitución de lo que por ella se hubiese recibido". Así, supóngase que Cayo y Ticio disputan sobre la propiedad de un terreno, arribando a una transacción en cuya virtud Cayo reconoce que Ticio tiene derecho para quedarse con el inmueble, recibiendo a cambio para concluir la transacción una suma de dinero; luego, Ticio es derrotado en juicio por Mevio, quien demuestra tener mejor derecho sobre el inmueble en cuestión. La derrota de Ticio no lo autoriza a desconocer la transacción anterior celebrada con Cayo, que ha quedado irrevocablemente consumada, ni puede, por ende, pedir la restitución de lo pagado. Es que Cayo, desde que no transmitió un derecho sobre el inmueble, sino que se limitó a reconocer el derecho que invocaba Ticio, nada tiene que ver con que Mevio demostrara, luego, tener mejor derecho que Ticio.

IU) *La transacción no forma título propio.* — Por último la "declaración o reconocimiento de esos derechos no... *forma un título propio en que fundar la prescripción*" (art. 836). Está claro que, por hipótesis, el derecho reconocido tiene causa o título *anterior* a la transacción, en la medida en que ésta no lo ha hecho nacer, sólo se ha reconocido su subsistencia; de allí que la transacción, aunque importa *reconocimiento* efectuado a favor del transigente, no constituye *justo título* a los fines de la prescripción breve. Se ha sostenido que el transigente favorecido con el reconocimiento queda, a este fin, en la *misma situación jurídica* en que se encontraba antes de la transacción; cabe hacer notar, sin embargo, que tal afirmación peca por exceso, pues debe admitirse que en algo

favorecerá al transigente al que se le reconoció el derecho, siquiera sea en la medjda„ejió^e4al^ contribuirá a otorgarle carácjfe?pacffico_a la posesión que puidere estar detentando en razón de él; y la posesión pacífica, como se sabe, sirve a los fines de la usucapión.

d) Efectos de las transacciones en las obligaciones de sujeto plural Remisión

La cuestión ha sido tratada, respecto de las obligaciones divisibles (*supra*, § 546) y respecto de las solidarias (*supra* § 565, c) a donde cabe remitir.

e) Efectos procesales de la transacción judicial

Ya se dijo, siguiendo a Llambías, que no corresponde adjudicarle a la transacción, en general, la fuerza de la cosa juzgada. Esa equiparación le cabe sólo a la transacción judicial y siempre que resulte homologada. A esta conclusión se llega interpretando el art. 308 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que, ante la presentación en el expediente que las partes hagan del documento donde consta la transacción, autoriza al juez "...a examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para la validez de la transacción, y la homologará o no. En este último caso, continuarán los procedimientos del juicio". La última parte despeja toda duda respecto de que sin homologación, aunque la transacción haya quedado perfeccionada, no tendrán lugar los efectos procesales de la sentencia.

¿Cuáles son esos efectos?

1) *Cosa juzgada.* — Se dice que la transacción judicial homologada adquiere el carácter de cosa juzgada, en tanto la decisión del juez que la tiene por aprobada ya no puede ser alterada por las partes, ni es susceptible de revisión por un juez o tribunal superior respecto del que hubiese dictado la homologación. Sus términos, en definitiva, se toman, intangibles e irrevocables, salvo por las vías de impugnación excepcionales que admite la doctrina procesal¹²⁶. Pero esta no sería una diferencia sustancial respecto de la transacción no homologada, pues éstas también son intangibles e irrevocables. La principal diferencia debe encontrarse, en consecuencia, en que con la homologación se pone fin al proceso, mientras que en caso contrario, el proceso —sin afectar la validez de la transacción realizada—continuará su desarrollo. Poner fin al proceso implica, para los transigentes, que a partir de entonces queda cerrada la posibilidad de volver a plantear enjuicio la misma litis o desconocer la forma en que

Por ejemplo, mediante el ejercicio déla llamada acción autónoma de inconstitucionalidad por cosa juzgada irrita.

fue resuelta por las partes, pero con límite preciso en los derechos u obligaciones que fueron materia del acuerdo.

II) *Fuerza ejecutoria*. — Como consecuencia de lo anterior, la transacción homologada, al adquirir autoridad de cosa juzgada, *causa ejecutoria*, expresión con la que se designa la calidad que adquieren ciertos actos jurisdiccionales, en cuya virtud son susceptibles de ser mandados a cumplir con el auxilio de la fuerza pública, mediante el procedimiento denominado de ejecución de sentencia, que supone un trámite rápido, sumario y expeditivo. En cambio, si la transacción no ha sido homologada, también podrá ser demandado su cumplimiento, pero se deberá utilizar el procedimiento ordinario o común.

§ 661. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS. Oponibilidad de la Transacción y Relatividad de los Contratos

^ Vinculado con los efectos de la transacción y el principio de relatividad de los contratos, se presenta al análisis una importante cuestión, rica en consecuencias prácticas. El problema puede quedar planteado en los siguientes términos. 1°) Las partes pueden, haciendo uso de la autonomía de su voluntad (art. 1197), resolver sus controversias patrimoniales —incluso encontrándose en trámite un juicio contencioso— mediante transacción; lo que acuerden al respecto, ya se dijo, es intangible, irrevocable y constituye ley para los transigentes; 2°) esa fuerza vinculante debe ser armonizada con el principio de relatividad de los contratos sentado con carácter general en los arts. 1195 y 1199 del Código Civil, según el cual los efectos de los contratos no pueden perjudicar o beneficiar a terceros; en particular para la transacción, ha sido expresamente establecida en los arts. 850, 851, 852 y concordantes del Código Civil; 3°) ahora bien, si las partes litigantes en un juicio sobre daños y perjuicios transan, determinando un monto indemnizatorio distinto (por ejemplo, mucho menor) del que fuera reclamado en el escrito de demanda, ¿ese acuerdo transaccional y, en particular, el monto convenido, será oponible a los terceros?

Por aplicación de las reglas generales, parece evidente que la transacción judicial será oponible incluso a los terceros *que hubiesen participado* en su celebración, aceptando sus términos, como por ejemplo los abogados patrocinantes de las partes. En este caso, el monto de la transacción es el que debe ser tomado en cuenta a los fines de la regulación de sus honorarios, precisamente porque los letrados acreedores de tales honorarios participaron del acuerdo y, por hipótesis, aceptaron sus términos.

Pero la situación que se presenta es diferente cuando los terceros, abogados patrocinantes, peritos, etc., no participaron en el acuerdo transaccional por haber sido, por ejemplo, reemplazados por otros. En este caso, se deberá resolver si, precisamente, esa transacción debe ser oponible a tales terceros, teniendo en cuenta que no participaron en ella, en particular, a los letrados que intervi-

nieron en el juicio, pero no en la transacción, a los fines de la regulación de los honorarios profesionales.

Al respecto se han sostenido posturas encontradas:

a) La tesis de la oponibilidad

Para una primera opinión, que parece impuesta en nuestra doctrina y jurisprudencia, sustentada por la mayoría de los jueces de la Cámara Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el plenario "M. E. J. v. G. E. B. s/cumplimiento de contrato"¹²⁷ del 2/10/2001, debe imperar como doctrina legal aquella según la cual "la transacción o conciliación que pone fin al pleito es oponible a los fines arancelarios a los profesionales que intervienen en el proceso y no participaron del acuerdo respectivo". Esta doctrina fue luego ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo del 11/4/2006¹²⁸, que reiteró un pronunciamiento similar dictado *in re* "Coronel, Martín Fernando v. Villafañe, Carlos Agustín y Universidad Nacional de Tucumán"¹²⁹.

Los fundamentos que se invoca para fundar esta doctrina son, en síntesis, los siguientes:

1) De los argumentos expuestos por la mayoría en el plenario "Murguía", interesa destacara aquel que parte de distinguir entre efectos *directos* e *indirectos* de los contratos, para concluir que mientras los efectos directos afectan sólo a las partes que celebraron el negocio jurídico en cuestión, los *indirectos* afectan a todos los terceros. Luego, por aplicación de tales pautas, afirma esta tesis que los efectos indirectos de la transacción vendrían a ser oponibles a los terceros que no participaron en su celebración, incluidos, en primer lugar, los profesionales que actuaron en representación de las partes durante el juicio, aunque no hubiesen intervenido en la transacción final. Entre tales efectos indirectos se computaría el monto transado, que es el que deberá ser tomado en cuenta a los fines de la regulación de honorarios.

2) De los pronunciamientos de la Corte Suprema que, como se dijo, ratificaron la doctrina del plenario "Murguía", se extraen estos fundamentos. Se sostiene que corresponde distinguir, por un lado, los efectos de la transacción como contrato, de los efectos procesales de la transacción homologada. En ese marco, se afirma que "Si bien la transacción como contrato no puede perjudicar a terceros por aplicación del efecto relativo, desde el punto de vista procesal ex-

¹²⁷ CN.Civ., en pleno, 2/10/2001, *in re* "Murguía, Elena J. v. Green, Ernesto B", "LJL.", t 2001-F-591; "D.J.", 2001-3,520; "E.D.", 194,602; "J.A.", 2001-IV, 643; "DJ.", 2002-1-1015; "L.L.", 2002-C-652.

¹²⁸ CSJ.N., 11/4/2006, *in re* "Murguía, Elena J. v. Green, Ernesto B.", "L.L.", del 10/5/2006, con nota de Ariel E. Barbero.

¹²⁹ C.S.J.N., 4/11/2006, "D.I.", 14/6/2006, con nota de A. Moreno, *Repercusiones procesales de la transacción*.

tingue el proceso, de modo que puede y cabe distinguir los efectos sustantivos inoponibles de los procesales¹³⁰.

3) Admitida esa distinción, se sostiene que no se puede afirmar que la transacción homologada judicialmente no sea oponible a los efectos reguláronos a los profesionales que no participaron en ella, pues esa supuesta inoponibilidad resulta contradictoria con su invocación como acto que produce la culminación del proceso. Sería paradójico —se colige de este argumento— que con la transacción culminara el proceso, salvo para los letrados, para quienes sería inoponible.

4) Los abogados de las partes son siempre *terceros* respecto de los transigentes¹³¹, incluso si hubiesen participando como asesores o patrocinantes en la transacción. A partir de esa idea, se entendió que los profesionales que patrocinan o representan a las partes y los auxiliares de la justicia no tienen interés para objetar los términos de la transacción, de lo que deriva su falta de legitimación para deducir todo tipo de acciones impugnativas de la decisión de transar, como del contenido del contrato, excepto cuando demostraran la existencia de fraude o el desbaratamiento de derechos¹³².

5) Añade la Corte Federal en sus pronunciamientos que está claro que cuando hay acuerdo entre las partes, su efecto sobre los honorarios no es un problema de los que se gobiernan por la legislación civil sobre contratos, sino por las leyes del arancel que específicamente regulan la materia y que se refieren a ellos. Por ello, como regla, carece de sentido señalar que los profesionales sean terceros a los que el acuerdo no es oponible. Ello no empece a que, por otro lado, se aduzca y pruebe, en algún caso, el carácter fraudulento y doloso del acuerdo, destinado no a reglar los intereses de las partes sino a burlar la justa retribución de los profesionales, situaciones que por su carácter requieren de la adecuada prueba". Se dijo, además, que "la razón del legislador en la redacción de los textos que rigen la materia, es clara si se atiende a que, de lo contrario se

¹³⁰ Voto del doctor Zaffaroni, en C.S.J.N., 11/4/2006, "L.L.", del 10/5/2006, con nota de Ariel & Barbero.

¹³¹ Los abogados son, en principio, terceros frente a la transacción. Es verdad que el abogado que asesora a su parte, e incluso el que firma como apoderado, no por ello se hace parte de la transacción. Piénsese, en efecto, como bien se ha dicho, en quién será el titular de las acciones de cumplimiento, en caso de inejecución del acuerdo: ciertamente, la parte representada o asesorada, y no sus abogados (art 1199, Cód. Civil). Es necesario no dejarse llevar por la similitud de las palabras y confundir "participar" y "ser parte". Pero, fuera de este juego de palabras, no cabe duda de que todos los abogados son terceros: los que "intervinieron" y los que no "participaron": Barbero, Ariel, *Honorarios y transacción. Un plenario y la doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires*, "L.L.", 2002-C-652.

¹³² Del voto del doctor Lorenzetti según la doctrina sentada en "Coronel", J1/4/2006, a la cual remite en C'S J.N., 11/4/2006, "L.L.", del 10/5/2006, con nota de Ariel E Barbero.

desalentaría a las partes que deseen arribar a un acuerdo, encareciendo y prolongan¹³³ táft j¹³⁴iictrwj jrjr¹³⁵fflMriampjite, can el consiguiente COSTO SOCIAL¹³³.

b) Tesis de inoponibilidad

Otra dcctrina, a la que adhiero, sostiene que los efectos de la transacción-, aun homologada judicialmente, no resultan oponibles a los letrados o terceros interesados que intervinieron en el juicio, pero que no participaron en la transacción.

Son sus fundamentos:

1) Con respecto a la distinción que se invoca en el plenario entre efectos directos e indirectos de los contratos, estimo que antes se debe precisar qué debe entenderse por efectos *indirectos*. Cuando algunos autores afirman que tales efectos indirectos son oponibles a *todos* los terceros, sin dar otra explicación, no queda más que interpretar que esa afirmación significa que nadie, ningún *terceto*, puede desconocerá oponerse a la celebración del contrato que las partes deciden celebrar, pero que nadie se pueda oponer o desconocer la celebración de la transacción no quiere decir que el contenido normativo de ese acuerdo particular y concreto sea *oponible erga omnes* a todos los terceros. El "contenido normativo", sus cláusulas, incluida la que establece el monto de la deuda, sólo vincula a las partes, pues es un efecto *directo*-, por lo tanto, no es oponible ni invocable por los terceros. Con un ejemplo se ilustra la afirmación que antecede: Cayo celebró una transacción con Ticio, en cuya virtud el primero paga al segundo una cierta cantidad de dinero; pues-bien, esa transacción no puede ser impedida ni desconocida por ningún tercero. Así, supóngase que Mevio es un tercero interesado, por ser acreedor de Cayo; como tal, lo alcanzarán los efectos del contrato, en tanto no podrá impedir la transacción, salvo que fuere fraudulenta, y, además, en tanto Cayo, su deudor, verá disminuido su patrimonio por el pago que realizó a favor de Ticio en razón de la transacción; esa disminución del patrimonio de Cayo no es indiferente para Mevio. Sólo desde esta perspectiva es posible afirmar que los efectos indirectos o materiales de los contratos pueden afectar a todos los terceros. Pero esto no significa que *el monto* del pago realizado por Cayo en favor de Ticio sea *oponible* a Mevio; y no es oponible, porque el monto de la deuda no es un efecto *indirecto* sino, por el con*trario, es un típico y propio efecto *directo* de la transacción¹³⁴. En definitiva: Mevio no puede desconocer la transacción ni impedir, en principio, la disminución del patrimonio de su deudor¹³⁵, pero no le es oponible el monto del pago

¹³³ Argumento compartido por Morello, *Repercusiones procesales de la transacción*, "DJ.", 14/672006.

¹³⁴ Sobre el alcance con que se usan las expresiones "efectos directos e indirectos de los contratos": F. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, 3ª ed., § 28, p. 303.

¹³⁵ Por ello bien dice Camelutti que "el antiguo aforismo *res iudicata tertio ñeque nocet ñeque prodest* (la cosa juzgada, al tercero, ni le perjudica ni le aprovecha) signiñca ciertamente que

realizado por su deudor. La llamada tesis "normativa" del contrato brinda fundamento suficiente a esta interpretación. Según esta doctrina, el contrato es una fuente de derecho objetivo, puesto que crea una ley individual para las partes. Esa "ley individual" está constituida por las distintas cláusulas convenidas, cláusulas que tienen para los contratantes la fuerza obligatoria de la ley (art. 1197 del Cód. Civil) y son, además, intangibles en el sentido de que no pueden ser modificadas por ninguna de las partes actuando unilateralmente, ni menos aun por los terceros. Ahora bien, así como los terceros no pueden modificar la ley particular de los contratantes, tampoco esa ley puede perjudicarlos. Sentado lo anterior, se debe considerar qué el monto de la deuda pagada en virtud de una transacción, tal como ocurre con el "precio" en una compraventa o en una locación, es una *cláusula* esencial del respectivo contrato y, como tal, no puede ser catalogada sino como un efecto directo del negocio jurídico en el que está inserta; y siendo un efecto directo, no es oponible a los terceros. De lo contrario, se tendría como consecuencia que el monto acordado por los transigentes vendría a determinar directamente el monto del crédito de los terceros. Hasta aquí atañe al derecho sustantivo.

2) La tesis que se rechaza, si bien parece dispuesta a reconocer que los efectos de la transacción como negocio material resultan inoponibles a los terceros, afirma que sus efectos procesales —a partir de la homologación— sí serían oponibles, alegando que —de lo contrario— se llegaría al absurdo y a la contradicción de que la transacción no pondría fin al proceso, al resultar inoponible respecto de terceros. Se afirma, en suma, que la homologación, al adjudicarle la fuerza de la cosa juzgada, torna a la transacción oponible *erga omnes*. Este razonamiento olvida un detalle: la transacción no tiene carácter *constitutivo* o *traslativo*, ya que es meramente *declarativa* (*supra* § 660, c); por lo tanto, la sentencia que la homologa debe tener, por fuerza, el mismo carácter declarativo ". Ahora bien, la

el juicio no afecta a otra relación jurídica distinta de la que las partes han deducido en el proceso, pero no que esa relación entre las partes pueda ser desconocida por los terceros: si el juez declara en relación a Ticio que una cosa pertenece a Cayo, la sentencia no impide a Sempronio reivindicarla de Cayo, que la tiene en posesión, pero no le permite considerar ya a Ticio como propietario de ella": F. Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, L I, p. 140, traducción de Santiago Sentís Melendo.

¹³⁶ Téngase presente que "hay proceso de mera declaración de certeza cuando la existencia de la relación declarada por el juez es independiente de esa su declaración: si alguien discute mi propiedad sobre un fundo determinado —ejemplifica Carnelutti— y el juez la declara, la propiedad existe después de dicha declaración tal como antes ya existía. En tal caso, el proceso opera, no sobre la existencia de la situación, sino sobre su certeza, por cuanto la declaración del juez convierte la norma jurídica en precepto relativo al caso deducido en el proceso; aunque mi propiedad existiera también antes de ser declarada judicialmente, existía antes en virtud de una norma y después en virtud de un precepto específico, que elimina toda incertidumbre acerca de su existencia": F. Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, 1.1, n° 23, p. 70, traducción de Santiago Sentís Melendo.

doctrina procesal, representada por Couture¹³⁷, ha demostrado que sólo las sentencias "constitutivas" surten efectos *erga omnes*; "pero no sabemos —dice Couture— que se haya sostenido nunca esa misma trascendencia respecto de las sentencias declarativas". Y añade: "Es necesario, en consecuencia, analizar por virtud de qué razonamiento es posible dar a una sentencia de declaración efectos jurídicos universales".

3) Es verdad que los abogados intervinientes en el juicio son siempre *terceros* y, en tal carácter, no están legitimados para impedir u oponerse a que las partes celebren una transacción. Ello es enteramente lógico, pues si se les permitiera hacerlo, se los estaría legitimando para entrometerse en la esfera patrimonial ajena; sin embargo, ¿por qué no se adopta idéntico criterio en la situación inversa? Es decir, ¿por qué lo acordado por los transigentes ha de ser oponible a los terceros que no participaron en el acuerdo?

4) La tesis contraria afirma que privar a la transacción de oponibilidad frente a los letrados que no participaron en ella "desalentaría a las partes que deseen arribar a un acuerdo, encareciendo y prolongando los juicios innecesariamente, con el consiguiente costo social"! Es posible que, tratándose de abogados inescrupulosos, el efecto pernicioso que se avizora en el párrafo transcrito pueda suceder, pero si se presume que así ocurrirá siempre, no sólo se peca por exceso, sino que se tiende sobre los abogados litigantes un manto de sospecha, dando a la sociedad un mensaje que podría ser interpretado como que es cierto que los abogados privilegian sus propios intereses a los intereses de los particulares que confiaron en ellos, sospecha que lastimaría aún más el ya deteriorado prestigio de la profesión de abogado.

5) Por otra parte, sostener que el monto establecido en la transacción no es oponible a los fines arancelarios a los letrados o peritos que no intervinieron en ella no significa, sin más, aceptar que la base para proceder a la regulación de honorarios debe ser el monto reclamado en la demanda. Semejante conclusión sería insostenible en nuestro derecho, porque el art 505, último párrafo, del Código Civil (agregado por la ley 24.432) constituye al respecto una valla infranqueable. En efecto, según ese texto, el monto de los honorarios profesionales de todo tipo correspondientes a primera instancia "...no excederá del veinticinco por ciento del monto de la sentencia, laudo, transacción (cuando es oponible, se entiende)"¹³⁸ o *instrumento que ponga fin al diferendó*". Si bien en

¹³⁷ E. Couture, *Estudios de derecho procesal civil*, t II, n° 33, p. 368, Depalma, Buenos Aires, 1978.

¹³⁸ Para Lorenzetti, "La aplicación del último párrafo del art 505 del Cód. Civil—texto según ley 24.432, en cuanto dispone que la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios de los profesionales de todo tipo, no puede exceder el veinticinco por ciento, exige considerar que la transacción es oponible inclusive a los profesionales que no la firmaron, pues de otro modo se sortea el límite porcentual indicado". (Del voto del doctor Lorenzetti según la doctrina sentada en "Coronel", 11/4/2006). El argumento parte de suponer que la transacción es

la hipótesis que aquí se considera se parte de una transacción homologada que arroja un monto, ese monto —también por hipótesis— es inoponible a los letrados que no intervinieron en ella. En consecuencia, no puede ser tomado como base a los fines de la regulación de honorarios y, por ende, bien podrá el juzgador acudir a la previsión del art. 20 de la ley 21.839, que le permitirá tomar como base "el monto del proceso", monto que, en el caso, estará fijado por la suma que "razonablemente, y por resolución fundada, hubiera correspondido a criterio del tribunal, en caso de haber prosperado el reclamo del pretensor. Dicho monto no podrá ser en ningún caso superior a la mitad de la suma reclamada en la demanda y reconvención, cuando ésta se hubiere deducido" (art. 20, ley 21.839). Por último, a los fines de establecer "la suma que hubiese correspondido" el juez o tribunal tiene, en virtud de las normas arancelarias aplicables, amplias facultades que le permitirán obrar con suficiente y equitativa discrecionalidad. En tal sentido, el monto de la transacción puede ser valorado como un elemento más para fundar su resolución; no debe verse aquí una contradicción, pues aun siendo inoponible, nada impide a que el juez considere ese monto como un elemento más de juicio, como también lo será, el monto que se hubiese reclamado en la demanda.

§ 662. NULIDAD DE LAS TRANSACCIONES

Como todo Contrato, la transacción puede no producir efectos o producir otros distintos de los que le son propios, en razón de diversas causas que se suele agrupar bajo el nombre común de *vicisitudes*, tales como la rescisión, la resolución, la revocación, la nulidad y la ineficacia. El estudio de estas vicisitudes corresponde a la teoría general del contrato, tal como corresponde a una adecuada técnica legislativa. Nuestro Código Civil, incurriendo en un error de método, incluyó cinco artículos (857 al 861), referidos a la *nulidad* de las transacciones, error metodológico que se acentúa si se tiene en cuenta que la interpretación de estos textos en particular presupone la previa exposición de una teoría general de las nulidades.

Procurando minimizar los defectos de técnica de nuestro Código, procederemos de acuerdo con el siguiente método: 1) en primer lugar, se pasará revista a las causales de nulidad de las transacciones que, en realidad, lo son de cualquier contrato, para verificar si presentan particularidades dignas de mención respecto de la figura bajo análisis; 2) luego, se verá aquellas otras causales que se predicán especialmente para la transacción, por razones de tradición jurídica; 3) en tanto resulte pertinente, se hará referencia a la teoría general.

oponible *erga omnes*, pero lo que se trata de fundar es, precisamente, por qué habrá de ser oponible frente a terceros que no participaron en ella

§ 663. NULIDAD POR VICIOS DE LA VOLUNTAD

Según el art. 857, "Las transacciones hechas por error, dolo, miedo, violencia o falsedad de documentos, son nulas, o pueden ser anuladas en los casos en que pueden serlo los contratos que tengan estos vicios".

El texto sugiere las siguientes observaciones:

a) En primer lugar, del artículo 857 se desprende que, si se dan las causales allí enunciadas, las transacciones "son nulas, o pueden ser anuladas", como si ambas alternativas fuesen posibles. Nuestra doctrina¹³⁹ ha interpretado, sin embargo, como dice Lafaille¹⁴⁰, que el codificador incurrió en un error de terminología cuando "admite la posibilidad de que actos tales fueren nulos, cuando para ellos rigen los arts. 922 y 1045, que excluyen tal posibilidad (de que sean nulos) y los convierte en anulables". En definitiva, las transacciones que se celebren con voluntad viciada no son nulas, sino que son *siempre anulables*, en la medida en que el vicio invalidante requerirá por hipótesis una previa apreciación judicial, porque es necesario demostrar enjuicio la existencia del vicio y su suficiente gravedad como para dejar sin efecto el acto.

b) Entre las posibles causas de nulidad, el art. 857 menciona el *miedo*. No es esta una categoría que esté incluida en la teoría general de las nulidades, de manera que se podría llegar a pensar que se trata de una causal específica o propia de la transacción. No existe, sin embargo, razón alguna que justifique considerarla como tal, de manera que corresponde armonizar su mención con las causales generales; en tal sentido, parece razonable interpretar que el *miedo* al que se refiere el art. 857 no es otra cosa que la *violencia* o *intimidación* de que puede ser víctima una persona, para obligarla a consentir aquello que no quiere consentir.

c) El art. 857 menciona también a "la falsedad de documentos" como si se tratara de una causal autónoma de nulidad; no es así, como ya lo advirtió Segovia¹⁴¹, tal falsedad no es, en sí misma, una causal de nulidad, aunque sí puede ser el medio o instrumento que una persona inescrupulosa utilice para inducir a otra a error o engaño con el propósito de sacar provecho. Según como sea utilizada, la falsedad puede presentarse como un elemento constitutivo del dolo o, en su caso, como un antecedente del error¹⁴². En cualquier caso, será el error o el dolo la causa de nulidad del acto transaccional, en tanto que la falsedad del documento servirá como medio de prueba para acreditar, por el transigente que lo alega, que fue inducido a transar dolosa o erróneamente. Cabe añadir: 1) si

¹³⁹ Cfr. Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, L DX n° 1929-a; Llam-bías, *Obligaciones*, t UL n° 1844, p. 126.

¹⁴⁰ Lafaille, H., *Tratado de las obligaciones*, 11, p: 411, en nota 217.

¹⁴¹ Segovia L., *Código Civil comentado*, 11, glosa al art. 857, p. 234, nota n° 21.

¹⁴² Llam-bías, *Obligaciones*, t. IU, n° 1844, p. 126.

el documento ha sido adulterado o falsificado por una de las partes con el objeto de provocar el engaño, habrá sin duda *dolo*; 2) si se trata de un documento falso, siendo las partes inocentes de la falsedad, habrá de todos modos *error* y la transacción deberá ser anulada; 3) para que se declare la nulidad es necesario que la parte perjudicada, o ambas si son inocentes de la falsedad, la hubiesen desconocido al tiempo de celebrar la transacción, puesto que si tenían conocimiento de ella, debe entenderse que no hay vicio del consentimiento y el acto será válido.

§ 664. NULIDAD POR APARICIÓN DE NUEVOS DOCUMENTOS

De acuerdo con el art. 859, la transacción "puede ser rescindida por el descubrimiento de documentos de que no se tuvo conocimiento al tiempo de hacerla, cuando resulta de ellos que una de las partes no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso".

a) La hipótesis tenida en mira es la siguiente: después de celebrada una transacción se descubren documentos hasta entonces desconocidos por las partes, de los cuales resulta que una de ellas, aquella (o ambas) a quien se le reconoció un derecho, carecía de todo título y nada debió reconocérsele. ¿Qué respuesta debe dar el derecho? En teoría, son posibles dos respuestas: 1*) invocando razones de seguridad jurídica, y exagerando la asimilación de la transacción a la sentencia¹⁴³, se podría resolver que la transacción queda firme, sin que los nuevos documentos modifiquen o anulen lo transado, siempre que las partes hubiesen actuado de buena fe; 2*) pero es también posible darle primacía a los documentos aparecidos y, en consecuencia, dejar sin efecto la transacción realizada, ajustando los derechos de las partes a las condiciones que resultan de los documentos encontrados. Nuestro Código, tal como resulta del art 859 ha optado por la segunda respuesta, criterio que nuestros comentaristas aprobaron.

b) Interpretando ahora el texto del art 859, cabe formular una observación sobre la terminología que utiliza, ya que en su primera parte dice que la transacción "*puede ser rescindida..*", cuando, en realidad, no se trata de una hipótesis de rescisión, sino de nulidad. Como se comprueba en la obra de Demolombe i«, la asimilación de rescisión y nulidad se debe a razones históricas; hoy, no se pueden confundir, porque mientras la rescisión supone que una de las partes o ambas están autorizadas a dejar sin efecto el contrato, aun sin causa, la nulidad supone la existencia de un *vicio*, que en el caso del art 859 es el error sobre

¹⁴³ Como la ha hecho notar Lafaille: "Cabría observar, no obstante, que por equipararse la transacción a la sentencia, no debiera (la transacción) modificarse por tales circunstancias. Pero las teorías del error y de la causa están de acuerdo para anular tales actos, y no debe exagerarse tampoco la asimilación al fallo judicial, quedando siempre un acto jurídico, que no podría basarse en una voluntad viciada": *Tratado de las obligaciones*, 11, n° 490, p. 413.

¹⁴⁴ Demolombe, On., *Cours de Code*, t.XXX, p. 3.

la sustancia del acto, en la voluntad de uno de los contratantes, vicio que debe ser probado, ya que se está ante un acto *anulable*.

c) Como en el caso de la falsedad del art 857, la aparición de documentos antes desconocidos no es, en sí misma, la causa de la nulidad. La verdadera causa invalidante será el *error* en que pudo incurrir uno de los contratantes como consecuencia de ignorar aquellos documentos, ignorancia que lo llevó a creer que debía reconocer el derecho de la otra parte, pero que, si hubiese conocido los documentos, seguramente no habría transigido.

d) Por aplicación de los principios generales sobre la teoría del error de nuestro Código, es necesario que de los documentos aparecidos surja con toda claridad que la parte no tiene derecho, "ningún derecho" —dice el art 859—, porque si se trata de simples temores, dudas ó equívocos, tales cuestiones no serán suficientes para dar lugar a la nulidad. Determinar cuándo hay gravedad suficiente como para que se declare la nulidad es una cuestión de hecho que dependerá de las circunstancias del caso y de la prudente apreciación del juez

e) Por último, el art. 859, al referirse al objeto de la transacción, lo llama "objeto litigioso", lo que podría inducir al intérprete á pensar que sólo respecto de las transacciones judiciales podría funcionar la nulidad fundada en la aparición de nuevos documentos. Sin embargo, nuestra doctrina no duda de que también las transacciones extrajudiciales (derechos dudosos) están comprendidas en él, pues, como dice Llambías, para todas juega la misma razón de decidir, que es la existencia de error en la voluntad de uno de los transigentes, provocado por el desconocimiento de tales documentos¹⁴⁸.

§ 665. SENTENCIA ANTERIOR DESCONOCIDA QUE INVALIDA LA TRANSACCIÓN

Dice el art. 860: "Es también rescindible la transacción sobre un pleito que estuviese ya decidido por sentencia pasada en cosa juzgada, en el caso que la parte que pidiese la rescisión de la transacción hubiese ignorado la sentencia que había concluido el pleito. Si la sentencia admitiese algún recurso, no se podrá por ella anular la transacción".

a) La situación prevista en el art 860 es análoga a la del 859, pero referida esta vez a la existencia de una sentencia anterior a la transacción, pasada en autoridad de cosa juzgada que, en razón de que era desconocida por las partes, permitió que éstas transaran sobre la misma cuestión que ya había sido resuelta en la sentencia ahora conocida. ¿Qué incidencia tendrá esa sentencia respecto de la transacción posterior? Si del fallo resulta que los derechos sobre los que versó la transacción ya estaban extinguidos, la ley concede a quien se considere

perjudicado, acción de nulidad en los términos del citado art 860. Está claro que, por las razones ya expuestas, aunque la ley habla de rescisión (*es también rescindible...*, dice), se está ante una hipótesis de nulidad.

b) Los requisitos para que funcione la nulidad prevista en el art 860 son los siguientes:

1) La parte que pretenda la nulidad, debe probar que obró con error *excusable*, motivado por la ignorancia en la existencia de una sentencia anterior. Se trataría de un error *in substantia*, es decir, en la "calidad de la cosa", ya que se creyó que se transaba sobre derechos litigiosos cuando en realidad ya el "litigio" había concluido con la sentencia¹⁴⁶. Si no hay error, tampoco habrá nulidad. Quiere esto decir que si las partes celebran el acuerdo conociendo la sentencia anterior, lo que hubiesen pactado sobre el mismo asunto que fuera tratado en la sentencia no será nulo, aunque no se tratará de una transacción, porque —por hipótesis— no habría ya derechos litigiosos o dudosos, que habrían desaparecido con la sentencia. El acuerdo posterior será, o bien una *novación*, con extinción de las obligaciones nacidas de la sentencia y la creación de otras nuevas; o bien una simple *renuncia* de los derechos que la sentencia hubiese acordado a una de las partes¹⁴⁷.

2) En segundo lugar, al tiempo en que las partes celebraron la transacción, la sentencia ya debe encontrarse firme, pasada en autoridad de cosa juzgada, pues si todavía no está firme por haber sido recurrida, la transacción que se haga sobre el mismo objeto de que trata el pleito no será nula y tendrá influencia sobre el recurso en trámite. En efecto, esa transacción, incorporada al expediente, producirá, en su caso, la conclusión del proceso en curso.

c) Puede ocurrir que las partes hubiesen transado e incorporado el documento en donde consta al expediente respectivo y que, no obstante, por errores, omisiones o negligencias que suelen suceder en tribunales, el juez no hubiese tomado conocimiento de la transacción y hubiera dictado sentencia. Nuestra doctrina considera que siendo la sentencia *posterior* a la transacción, no puede tener incidencia sobre ella modificándola, ni menos anulándola. Por el contrario, la que deberá ser anulada es la sentencia, en razón de haber sido dictada sin tener el juez "materia litigiosa" sobre la que pronunciarse (art 163, inc. 3, CPCCN) ya que, por hipótesis, la transacción anterior extinguió los derechos litigiosos.

d) También puede suceder que las partes transen *antes* de dictarse sentencia, pero también que omitan incorporar el documento al expediente. En tal circunstancia el juez dicta sentencia y recién, con posterioridad, incorpora la transacción al expediente. ¿Qué valor tendrá la transacción *anterior*, *peropresen-*

¹⁴⁶ Para Lafaille, en cambio, en el caso del art 860 se estaría ante un error esencial en cuanto a la "causa": *Tratado de las obligaciones*, 11, n° 490, p. 414.

¹⁴⁷ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t IU n° 1848, p. 130; Borda, *Obligaciones*, 11, n° 950.

toda al juicio con posterioridad a la sentencia? Se aplican las soluciones ya señaladas: 1*) si las partes desconocían en el dictado de la sentencia y obraron con error excusable, la transacción será nula, prevaleciendo el contenido de la sentencia; se aplica el art 860¹⁴⁸; 2) si las partes tenían conocimiento de la sentencia y no obstante presentaron el documento al expediente, valdrá el acuerdo, pero no como transacción, sino como novación o como renuncia, según se dijo (*supra* § 665, b)

§ 666. NULIDAD POR FALTA DE CAUSA

a) *Planteo del problema*

Supóngase que las partes han celebrado un contrato que, por causa legítima, es nulo; por ejemplo, una compraventa que el vendedor consintió por un engaño (dolo) de que fue víctima, entrando luego en controversia sobre sus derechos y obligaciones recíprocas. Para poner fin a la disputa deciden transar. Esa transacción, que reconoce su antecedente inmediato o causa en un título viciado de nulidad, ¿debe ser considerada válida?

b) *Se trata de una transacción anulable*

La respuesta al interrogante está contenida en la primera parte del art 858: "La transacción es rescindible cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo, o de reglar los efectos de derechos que no tenían otro principio que el título nulo que los había constituido...".

Está claro que una transacción concluida en tales condiciones es *anulable*¹⁴⁹ (rescindible, dice la ley), solución que reposa en fundamentos no controvertibles, a saber: 1) siendo el título originario nulo, no es apto para dar nacimiento a derechos u obligaciones jurídicamente exigibles; en otros términos, los pretendidos derechos que se invocan, en realidad, carecen de causa; 2) siendo la transacción, por otra parte, solamente *declarativa*, es decir, no crea ni constituye derecho alguno, no puede ser tomada como título o causa de los derechos transados; 3) la conclusión que se extrae de tales premisas es que una transacción así carece de objeto, al estar referida a derechos que no son tales.

c) *Fundamentos de la nulidad*

La razón de la nulidad, su fundamento, no radica en el *error en que* pudieron incurrir las partes creyendo que el título era válido; el error es, en este caso,

¹⁴⁸ En contra Borda, quien considera que, en razón de que los efectos de la transacción se retrotraen a la fecha de su celebración, debe prevalecer sobre la sentencia: *Obligaciones*, 11, n° 950.

¹⁴⁹ De acuerdo: Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 947. En contra Llambías, *Obligaciones*, t IU, n° 1850, p. 137, para quien se trataría de un supuesto de inexistencia.

indiferente, pues se podrá pedir la nulidad de la transacción, como dice la segunda parte del art. 858: "*...hayan o no las partes conocido la nulidad del título, o lo hayan, supuesta válido por error de hecho o por error de derecho*". La razón o fundamento de la nulidad radica en la ausencia o falta de causa o título de los derechos que, luego, fueron objeto de transacción. Luce aquí cierta similitud entre la novación y la transacción; en ambas, en efecto, debe preexistir una obligación. Así como en la novación si esa primera obligación es nula, también lo será la nueva que se cree en razón de ella, así también, en la transacción, si la obligación calificada como dudosa o litigiosa es nula, también lo será la transacción que se haga en razón de ella.

Por excepción, la transacción será válida cuando las partes hubiesen decidido *confirmar*, con anterioridad o al tiempo de la celebración de la transacción, el título anterior del que nacieron las obligaciones transadas. Tal lo que resulta de la última parte del art. 858, al disponer que la "*...transacción sólo podrá ser mantenida, cuando expresamente se hubiese tratado de la nulidad del título*". Se aplican, al respecto, las reglas generales.

§ 667. ERRORES ARITMÉTICOS

Por último, nuestro Código dispone en el art. 861 que "La transacción sobre una cuenta litigiosa no podrá ser rescindida por descubrirse en ésta errores aritméticos. Las partes pueden demandar su rectificación, cuando hubiese error en lo dado, o cuando se hubiese dado la parte determinada de una suma, en la cual había un error aritmético de cálculo". Bien se ha dicho que se trata de una disposición superflua, pues los errores aritméticos o de cálculo son errores accidentales, no esenciales, que no tienen entidad, en principio, para fundar una nulidad¹⁵⁰. De allí que era innecesario que el art. 861 lo dijera expresamente.

D) RENUNCIA DÉLOS DERECHOS DEL ACREEDOR

§ 668. INTRODUCCIÓN

El art. 724 del Código Civil incluye entre los medios de extinción de las obligaciones, por un lado, "la *renuncia* de los derechos del acreedor" y, por otro "la *remisión* de la deuda". La estrecha cercanía entre ambas figuras ha planteado a nuestra doctrina un problema de delimitación, como lo demuestra el hecho de que cada autor se preocupa, en primer lugar, por verificar qué relación existe entre ellas para luego procurar trazar el concepto y el ámbito de aplicación de cada figura

Un repaso de las distintas opiniones permite corroborar que:

a) Para la opinión mayoritaria¹⁵¹, entre *renuncia* y *remisión* existe una relación de género a especie. En tanto la renuncia (género) consiste en el abandono o abdicación de *cualquier derecho* creditario, real o intelectual, la remisión (especie) es la renuncia de un concreto *derecho de crédito*. De allí derivan importantes consecuencias: 1°) por ser la renuncia el género, proporciona el régimen jurídico aplicable a la remisión, a la que sólo se dotará de reglas especiales, si alguna de sus particularidades lo justifica; 2°) en tanto la remisión importa siempre la renuncia de un crédito, no toda renuncia equivale a la remisión de una deuda.

b) Para otros autores¹⁵², renuncia y remisión son medios distintos e independientes, extintivos de obligaciones, sin perjuicio de sus afinidades. Para este sector de la doctrina el problema radica, en consecuencia, en demostrar en qué consistirían tales diferencias, problema que es también nuestro, porque participamos de esta tesis. Ahora bien, sentado que, según se intentará demostrarlo, renuncia y remisión son contratos extintivos distintos, se comenzará por ofrecer un concepto de renuncia "de los derechos del acreedor", términos utilizados por el Código Civil, para luego diferenciarla de la remisión de deuda y de otras figuras.

§ 669. RENUNCIA DE LOS DERECHOS DEL ACREEDOR. CONCEPTO

Cabe en primer lugar precisar, por vía negativa, el objeto definido: no se ha de definir la "renuncia de derechos"¹⁵³, en general, sino la de los "derechos del acreedor", en particular, porque es ésta la que opera como medio extintivo de obligaciones, que es de lo que se trata en este Capítulo. Si bien nuestro Código no la ha definido, de los aportes de la doctrina de los autores e interpretando los arts. 868 al 875 que se refieren a ella, es posible afirmar que "habrá renuncia de los derechos del acreedor, cuando éste declara que no cobrará su crédito"¹⁵⁴, o que no ejercerá alguna de sus facultades inherentes, y el deudor acepta, quedando extinguida en todo o en parte, la obligación renunciada".

Caben las siguientes acotaciones:

I°) Se trata de un contrato que, como tal, requiere en primer lugar de una declaración, esto es, de una manifestación de voluntad (arts. 913, 914, etc.) por

¹⁵¹ Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 858 y n° 876; Salvat, *Obligaciones en general*, t. UT, n° 1966; Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, 11, n° 499; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 979; Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. ni, n° 1742; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. 3, § 751, p. 563.

¹⁵² Cfr. Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, t. III, n° 1968-b; Llam-bías, *Obligaciones*, t. III, n° 1853; Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 1526.

¹⁵³ Su estudio corresponde a la teoría general del derecho.

¹⁵⁴ Es la tesis propuesta por Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 1863.

la cual el acreedor le hace saber al deudor que no cobrará el crédito o que no hará uso de alguna de sus prerrogativas como tal, por ejemplo, que no cobrará intereses moratorios, lo que equivale á abdicar de ese derecho.

2") Pero la declaración del acreedor no es suficiente; para perfeccionar el contrato, no se puede prescindir del deudor, de allí que se sea necesario que éste acepte la decisión del acreedor, la última parte del art. 868 refleja esta idea al decretar: "*Hecha y aceptada la renuncia, la obligación queda extinguida*".

3*) La renuncia puede ser total, cuando se abdica del derecho de crédito *in integrum*, o parcial, cuando sólo se refiere a una de las facultades o prerrogativas del acreedor. Nuestro Código se refiere a este medio extintivo, *en plural*, ya que alude a "los derechos" del acreedor (art. 726, inc. 6), lo que demuestra que el desprendimiento que hace el acreedor al renunciar puede recaer sobre el crédito mismo o sobre alguno los derechos que integran la posición acreedora (*supra*, § 14).

§ 670. NATURALEZA

Nuestros autores, en general, están de acuerdo en que la renuncia es un acto jurídico, en los términos del art. 944 del Código Civil. Se discrepa, en cambio, sobre si, como tal, es unilateral o bilateral.

a) Tesis del acto jurídico unilateral

Una primera opinión, sostenida especialmente por Colmo, Lafaille¹⁵⁵ y ahora por Trigo Represas¹⁵⁶, asegura que se trata de un acto jurídico *unilateral*, en la medida en que para que la renuncia se perfeccione y produzca sus efectos propios, sería suficiente la voluntad del acreedor renunciante. No sería necesario que el deudor, a quien —por hipótesis— favorecería la abdicación, preste su consentimiento. Se invocan los siguientes fundamentos: 1) lo que interesa es la voluntad del acreedor que, libremente, decide dejar de cobrar su crédito; para que esa decisión surta efectos no es necesaria la voluntad del deudor que, en algunos casos, incluso, puede no ser factible (p. ej., cuando del deudor es desconocido o está ausente); 2) afirma Galli que cuando el art. 875 dispone que la renuncia "*puede ser retractada mientras que no hubiere sido aceptada por la persona a cuyo favor se hace...*", está demostrando que mientras no se retracte, la renuncia vale por sí misma sin necesidad de que el deudor lo consienta; 3) si después de efectuada la renuncia el acreedor se vuelve incapaz o si falleciera antes de haber sido aceptada, se tendría una renuncia inválida o inexistente

¹⁵⁵ A. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 860; H. Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, 11, n° 501. También Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones*, t. III, 1968-e.

¹⁵⁶ Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. III, n° 1744, p. 583.

(art. 1149), solución que va en contra de la voluntad del renunciante y que en nada favorece al deudor, 4) exigir la aceptación del deudor para tornar eficaz la renuncia implica negar todo valor a una declaración del acreedor, lícita, voluntaria y que no sólo a nadie perjudica sino que, incluso, priva al deudor de un beneficio.

b) Tesis del acto jurídico bilateral

Otra doctrina, respaldada por la autoridad de Salvat¹⁵⁷, afirma que la renuncia es un acto jurídico bilateral, en tanto su perfeccionamiento tiene lugar cuando el deudor *acepta* la declaración del acreedor haciéndole saber que no cobrará. El acto se integra, por lo tanto, con la voluntad de ambos sujetos. Los argumentos de esta tesis son, en síntesis, los siguientes: 1) si la renuncia del acreedor implica una *liberalidad* para el deudor, su semejanza con la donación es evidente; pues bien, así como la donación requiere el consentimiento de donante y donatario, también la renuncia requerirá el consentimiento de acreedor y deudor, puesto que —en uno y otro caso— los favores no pueden ser impuestos por la fuerza (arg. del art. 1792) a quien no quiere recibirlos; 2) que la renuncia extintiva de obligaciones es un acto bilateral resulta del art. 868, cuya parte final supedita su efecto extintivo a que la abdicación sea "*hecha y aceptada*", lo que implica, añade LLambías, "elevar a la categoría de elemento constitutivo del acto el consentimiento de las partes"; 3) si bien la parte final del citado art. 868 es suficientemente clara al respecto, toda duda se disipa interpretándolo *a contrario sensu*, en el sentido de que si la renuncia es rechazada por el deudor no puede causar la extinción de la obligación.

c) Tesis del contrato

Una tercera opinión¹⁵⁸, a la que adhiero, va todavía más allá y no sólo afirma que la renuncia es un acto bilateral sino que, dentro de ese género, sostiene que se trata de un *contrato extintivo*, tal como lo son la dación en pago, la novación, la transacción y la remisión de la deuda.

En sustento de la tesis del contrato, es dable argumentar:

1) En primer lugar, para reafirmar su pertenencia al género acto jurídico *bilateral*, cabe tener por reproducidos los argumentos dados por los partidarios de esa tesis, expuestos precedentemente (*supra*, b).

2) Pero para explicar su verdadera naturaleza no basta afirmar el género; es necesario identificar a la renuncia como *contrato*, que es la especie a la que pertenece. Las razones que justifican otorgarle esa naturaleza son las mismas

Salvat, *Obligaciones en general*, t. III, n° 1990.

De acuerdo: LLambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1860, p. 151.

que se han dado para explicar porque la novación y la transacción también son contratos (*supra*, &635.yXÓ5JL¿). Básteme reiterar que si, por definición, contrato es "todo acto jurídico bilateral patrimonial", cualquiera sea su finalidad, crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones, la renuncia es precisamente eso: un acto jurídico bilateral que extingue, en todo o en parte, la obligación renunciada.

3) Ya se ha visto que Galli pretendió negar el carácter bilateral de la renunciar (y con ello su naturaleza contractual), alegando que el art 875 demostraría que mientras la declaración del acreedor no sea retractada, la renuncia valdría por sí misma sin necesidad de la aceptación del deudor; se llega a esa conclusión porque se cree que para dejarla sin efecto, con independencia de la voluntad del deudor, es suficiente retractarla. Por aplicación de las reglas propias de la teoría del contrato, este argumento no tiene ningún valor, pues la declaración del acreedor renunciante constituye una *oferta* contractual, gobernada por los arts. 1144 y siguientes. Como ocurre con la oferta de cualquier contrato, puede ser retractada mientras no haya sido aceptada, tal como expresamente lo dispone el art 1150. Pero es necesario no confundir retractación de la oferta de renunciar con retractación de una renuncia ya concretada, porque esta última hipótesis no es posible en nuestro derecho. En efecto, a partir de la emisión de la oferta, el sistema de nuestro Código es congruente, presentándose las siguientes alternativas: 1*) que sea aceptada, en cuyo caso queda cerrado el contrato y, por ende, ya no es posible la retractación, porque el contrato no se puede disolver por decisión de una sola de las partes; 2*) que sea retractada antes de la aceptación, en cuyo caso el contrato no se ha formado y la oferta queda sin efecto; 3*) que no sea aceptada ni tampoco retractada, en cuyo caso, la oferta vale como tal, es decir, como oferta, que nunca puede ser equiparada al contrato mismo; así como ofrecer donar no es donar, tampoco ofrecer renunciar no es renunciar.

4) Colmo, por su parte, también pretendió negar carácter bilateral a la renuncia alegando que exigir la aceptación del deudor para que la renuncia tenga eficacia tiene el inconveniente de que la muerte o incapacidad sobreviniente del renunciante antes de la aceptación dejaría sin efecto la renuncia sin beneficio para nadie. Este argumento tampoco tiene valor si se aplican las reglas que proporciona la teoría del contrato, pues por el art 1149, "La oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere, o perdiere su capacidad para contratar..". Y no se diga que esta solución es inconveniente para la renuncia, porque se trata de una liberalidad o beneficio para el deudor, porque lo propio ocurre con la oferta de donación que es, por antonomasia, un contrato altruista y gratuito. No sólo debe pesar el presunto carácter benéfico de la renuncia; también se deben ponderar otras razones, como la dignidad del deudor y su interés en aceptar o rechazar la decisión de su acreedor i»

Bien dice Llambías que es necesario respetar la dignidad de la persona del deudor "que

§ 67 Í. CARACTERES

Calificada como contrato, presenta los siguientes caracteres.

a) Es *nominado y típico*; lo primero, porque tiene nombre propio, el Código la llama "renuncia de los derechos del acreedor"; lo segundo, porque se la ha dotado de un régimen jurídico particular, contenido en los arts. 868 al 875 del Código Civil.

b) Es *consensual*, porque se perfecciona con el solo consentimiento de las partes.

c) Es *no formal*, por cuanto la ley no ha dispuesto la observancia de una formalidad especial para que las partes expresen su voluntad. Rige el principio de libertad en la elección de las formas.

d) Es, en principio, *gratuito*, porque la abdicación que hace el acreedor de su derecho de crédito constituye para él un *sacrificio* patrimonial que no se ve compensado por alguna *ventaja* del mismo carácter que reciba del deudor (doctrina del art. 1139).

e) Puede ser *oneroso*. Por excepción, la renuncia será *onerosa*, cuando "*se hace por un precio o una prestación cualquiera...*" (art. 869), que el deudor verifique a favor del acreedor. En este caso, quedará sometido a "*las reglas relativas a los contratos por título oneroso*", según remite la última parte del citado art. 869.

f) Tiene finalidad *extintivo*, en tanto su principal efecto es el de extinguir, en todo o en parte, el derecho de crédito renunciado.

§ 672. DIFERENCIAS CON LA REMISIÓN DE LA DEUDA

El contrato de renuncia de los derechos del acreedor debe distinguirse del contrato de remisión de deuda, con el cual presenta cierta analogía.

La renuncia y la remisión se asemejan, porque ambos son contratos, requieren para perfeccionarse el consentimiento de acreedor y deudor, que extinguen la obligación que fue materia u objeto del acuerdo. Nuestros autores procuraron distinguir ambas figuras, haciéndolo cada según su criterio o punto de vista. Una somera revista a las distintas opiniones arroja estas conclusiones:

a) Quienes sostienen¹⁶⁹ que entre renuncia y remisión existe una relación de género a especie, afirman, como ya se dijo, que la diferencia entre ambas está en que mientras la renuncia puede tener por objeto cualquier derecho renunciante (creditorio, real o intelectual), la remisión sólo puede tener por ob-

resultaría avasallada si tuviera que soportar, en contradicción con su íntimo sentir, la recepción de un beneficio que, en esas condiciones dejaría de serlo, para convertirse en una mortificación", *Obligaciones*, t. IU, n° 1857, p. 146.

¹⁶⁹ Ver autores citados en la nota n° 140 precedente.

jeto un derecho de crédito. El criterio que se utiliza para establecer la distinción no resulta satisfactorio, porque implica una petición de principio, entanto sólo reitera que la "renuncia de derechos" es un género y que la remisión de deuda sería la "especie" cuando el derecho renunciado es un crédito. Pero lo que aquí se busca es la diferencia entre la renuncia "de los derechos del acreedor" con la "remisión de la deuda", hipótesis en las que ambas especies parecen confundirse¹⁶¹.

b) Otros autores, como el ya recordado Galli, entienden que la diferencia radica en que, mientras la renuncia es un acto jurídico *unilateral*, la remisión de deuda es *bilateral*. Pero este criterio sólo sería válido si se admitiera la naturaleza unilateral de la renuncia; pero para quienes rechazamos esa interpretación, pues creemos haber demostrado que es un contrato y, por ende, un acto jurídico bilateral, el criterio propuesto se torna inútil.

c) Llambías, cotejando correctamente "renuncia de los derechos del acreedor" y "remisión de deuda", encuentra la diferencia entre ambas figuras en la *materia* del acto abdicativo: a) cuando esa materia es el *crédito*, en su conjunto y sea que se refiera a la *totalidad* de la deuda, o a una *parte* de ella, el acto configura una *remisión de deuda*; b) si, en cambio, esa materia es alguna de las tantas facultades del acreedor que continúa invistiendo su carácter de tal, el acto constituye una *renuncia* de la facultad de la cual el acreedor se ha despojado¹⁶². Se juzga que esta tesis peca por defecto, porque limita o restringe la materia de la abdicación sólo a una o algunas facultades del acreedor que, por consiguiente y no obstante su renuncia, continuaría siendo acreedor; por ejemplo, si el deudor está en mora, el acreedor tiene derecho a cobrar el capital más los intereses moratorios; si abdica de cobrar su deuda, habrá *remisión*, con la consiguiente extinción del crédito; en cambio, si abdica del derecho a cobrar sólo los intereses moratorios, habrá *renuncia*, el deudor no se libera de pagar el capital ni la obligación se extingue. Así planteada, la tesis contradice, por de pronto, la última parte del art. 868, que dispone que perfeccionada la renuncia, "*...la obligación queda extinguida*", cosa que no ocurre con la tesis bajo análisis. Por cierto, tanto la renuncia como la remisión pueden estar referidas, ya a la totalidad, ya a una parte del crédito, de manera que la diferencia entre ambas debe buscarse en otro lado, no en la materia de la abdicación, como se pretende.

d) Desde el punto de mira de la teoría del contrato, puesto que ambas figuras lo son, entiendo que la diferencia debe buscarse en el *contenido* de la de-

¹⁶¹ Lafaille, si bien admite que entre renuncia y remisión existe una relación de género a especie, sostiene que la remisión —como especie— lo que tiene de particular es que sólo consistiría "en la entrega del documento constitutivo (art. 877)" de donde se podría concluir que la renuncia tiene lugar cuando se abdica del derecho por cualquier medio de expresión, pero cuando ello sucede mediante la "entrega del documento", habría remisión de deuda (Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, 1.1, n° 499, p. 422.)

¹⁶² Llambías, *Obligaciones*, t III, n° 1854, p. 143.

claración de las partes y en la *situación jurídica* en que queda el deudor como consecuencia del acuerdo celebrado. , -

Esta tesis reposa en los siguientes fundamentos: I) ante todo, cabe afirmar que el contrato es un acto *creador* de derecho objetivo; de las declaraciones de las partes nacen las cláusulas del contrato que son la ley particular para los contratantes (art. 1197). Son esas cláusulas las que atribuyen e imponen a las partes, los derechos subjetivos y los deberes jurídicos correlativos propios del contrato que han celebrado; U) de lo que se trata, en consecuencia, es de interpretar el sentido y alcance de tales cláusulas, para verificar en qué situación jurídica queda el deudor como consecuencia del contrato. Ese cotejo permitirá determinar si su situación jurídica es distinta, y en qué medida, según que las declaraciones importen renuncia o remisión. Si las diferencias son menores o irrelevantes, se estará ante una disputa vana o inútil que será mejor abandonar o no insistir en el asunto; ni) en ese marco, si el acreedor declara (y el deudor acepta) "que no cobrará", "que indulta o perdona a su deudor", "que quiere beneficiarlo con una liberalidad dejando de cobrar su crédito" o cualquier otra fórmula que denote que no ejercerá su derecho de crédito no obstante no haber sido pagado, debe interpretarse que hay *renuncia*, recaiga ésta sobre el crédito mismo, en todo o en parte, o sobre alguno de los otros derechos que integran la posición acreedora; IV) en cambio, si el acreedor declara, también con la aceptación del deudor, "que se da por pagado", "que nada se le adeuda", "que ha sido satisfecho su interés y nada tiene que reclamar" o cualquier otra fórmula que trasunte que, ficticiamente, se le ha pagado, debe entenderse que hay *remisión* de deuda¹⁶³, según la doctrina que fluye del art. 881; V) en suma, en la renuncia hay perdón o condonación de deuda; en la remisión, hay una declaración ficta de que se ha pagado; en la primera, la obligación que se extingue pero no se dan los efectos del pago; en la segunda, en cambio, sí se producen "los mismos efectos jurídicos que el pago" (art. 881); VI) la situación jurídica del deudor, en consecuencia, no puede ser la misma, según que haya renuncia o remisión, en la misma medida en que no es lo mismo invocar frente a terceros los efectos del pago que los efectos del perdón del deudor.

§ 673. SUBESPECIES

De varios textos de nuestro Código Civil dedicados a la renuncia de los derechos del acreedor, especialmente de los arts. 869, 870 y 871, es posible distinguir distintos subtipos de renunciaciones, teniendo en cuenta el régimen jurídico que les será aplicable por sus particularidades.

¹⁶³ Es, en definitiva, la idea propuesta por Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 1863.

a) En primer lugar, cabe reiterar que la renuncia típica prevista en nuestro ordenamiento —la que provee el régimen jurídico del que se debe partir— es *gratuita*, porque el renunciante no recibe una contraprestación a cambio del perdón. Esa gratuidad la asemeja a la donación. No existe, sin embargo, posibilidad de asimilar ambas especies de contratos, en tanto en nuestro derecho el contrato de donación tiene lugar cuando el donante *transmite* al donante el dominio de una cosa, en tanto que la renuncia versa sobre un objeto inmaterial, como lo es el derecho de crédito. La renuncia, en suma, constituye una liberalidad que no es donación.

b) Si la renuncia se hace a cambio de una contraprestación patrimonial, el contrato adquiere carácter *oneroso*; en tal caso, se le aplicarán, como ya se dijo, "*las reglas relativas a los contratos por título oneroso*" (art. 869 *in fine*).

c) Si la renuncia se incluye en un testamento, como una disposición de última voluntad, configura un legado de liberación. En tal supuesto, quedará sometido y "*se reglará por las leyes sobre los legados*" (art. 870 *in fine*).

d) Por último, si la renuncia se refiere o tiene por objeto "derechos litigiosos o dudosos, le serán aplicadas las reglas de las transacciones" (art 871).

§ 674. PRESUPUESTOS. CAPACIDAD

De acuerdo con el esquema adoptado para analizar los requisitos de estos contratos extintivos (anunciados a propósito de la novación, *supra*, § 637), corresponde comenzar con los *presupuestos* de la renuncia-, de entre ellos, el Código sólo contiene menciones relativas a la capacidad de las partes. Está claro que si la renuncia ha sido calificada como contrato, va de suyo que quienes lo celebren deben ser personas capaces. Por de pronto, se presupone que debe tratarse de personas dotadas de capacidad *de derecho*; o, con mejor técnica, cabe decir que no pueden hacer ni aceptar renunciaciones los *incapaces de derecho*, por ejemplo, a los tutores o curadores no les está permitido aceptar las renunciaciones que pudieren intentar sus representados de los créditos que tuvieren contra ellos, antes de la rendición de cuentas, aplicándose las reglas generales.

Respecto de la capacidad *de hecho*, es necesario discriminar:

a) *Renuncias gratuitas*

Según la primera parte del art. 868, "Toda persona capaz de dar o de recibir a título gratuito, puede hacer o aceptar la renuncia gratuita de una obligación". En primer lugar, puesto que la capacidad es la regla, se debe interpretar que toda persona *incapaz* de dar o de recibir a título gratuito, *no puede* hacer o aceptar la renuncia gratuita... Luego: a) no pueden *hacer* renunciaciones gratuitas de sus créditos los incapaces absolutos de hecho, los que carecen de capacidad de hecho para hacer donaciones, p. ej., los emancipados por matrimonio o habili-

tación de edad, respecto de los bienes que hubiesen recibido a título gratuito, ni los inhabilitados del art. 152 *bis*; b) no pueden aceptar renunciaciones los incapaces absolutos de hecho del art. 54; en cambio, sí pueden aceptarlas los menores emancipados o habilitados de edad y los inhabilitados del art. 152 *bis*, porque la aceptación de tales renunciaciones implica un beneficio patrimonial que no es conveniente impedir.

b) Renunciaciones onerosas

Dice el art. 869: "Cuando la renuncia se hace por un precio o una prestación cualquiera, la capacidad del que la hace y la de aquel a cuyo favor es hecha, se determinan según las reglas relativas a los contratos por título oneroso". Por aplicación de las reglas generales, cabe decir que no pueden hacer o aceptar renunciar, además de los incapaces de derecho en los supuestos de cada prohibición, quienes no tienen capacidad de hecho para contratar (art. 1160).

§ 675. ELEMENTOS

Como *elementos* del contrato de renuncia cabe examinar la forma y el contenido.

a) Forma

Se dijo al enumerar los caracteres de este contrato que es no formal. La primera parte del art. 873 lo confirma: "*La renuncia no está sujeta a ninguna forma exterior*". La voluntad de renunciar, así como la de aceptarla, puede expresarse libremente (art. 974), por escrito, verbalmente, incluso tácitamente. Cabe dejar aclarado que si bien la voluntad de renunciar puede manifestarse por cualquier medio, es menester tener presente que la "*la intención de renunciar no se presume*" (art. 874, primera parte). Quiere esto decir que esa voluntad, aun por cualquier medio, debe manifestarse claramente y sin equívocos. En la segunda parte del art. 873, luego de dejar abierta la posibilidad de que la voluntad de las partes se manifieste tácitamente, se ha dispuesto que no tenga valor la manifestación tácita de voluntad, por excepción, en "*los casos en que la ley exige que sea manifestada de una manera expresa*".

En distintas disposiciones, nuestro Código exige que la renuncia sea *expresa*, pudiéndose mencionar al respecto los siguientes casos: 1) la renuncia del acreedor a la solidaridad pasiva, consintiendo dividir la deuda entre cada uno de los deudores (art 704); 2) la renuncia que el acreedor haga de su derecho de hipoteca, que se extingue, debe ser expresa y constar en escritura pública (art. 3193); 3) la renuncia a la garantía de evicción en la partición de herencia debe ser expresa y referirse a un caso determinado de evicción; la renuncia general es de ningún

valor (art. 3511); 4) la renuncia de una herencia debe ser expresa y constar en escritura pública, para ser eficaz respecto de terceros y legatarios (art. 3345)

¹⁴⁴ "TárficJién el principio 8e libertádén la elección de las formas reconoce importantes limitaciones. Por excepción, en efecto, si la renuncia se refiere a un crédito que tiene su causa fuente en un contrato formal, o si por conexidad o accesoriedad está vinculada a un derecho para cuya disposición se requiere observar una forma determinada, esa renuncia, y su aceptación, deben ser hechas observándose la forma prescripta para el contrato o para el derecho al que se refiere. Así, p. ej., si en una donación inmobiliaria, el donatario renuncia a su derecho de que se le entregue la cosa donada, debe hacerlo por escritura pública (art. 1819, inc. 1); si el acreedor hipotecario renuncia a la hipoteca (art. 3193), o un heredero renuncia a la herencia (art 3345), deberán hacerlo por escritura pública.

b) Contenido

En lo que atañe al contenido del contrato, es decir, a la mención de las cláusulas que se consideran esenciales, cabe referirse al objeto.

I) *Objeto. Derechos renunciables.* — El punto de partida para el análisis se encuentra en el art. 872, en el que se ha dispuesto que las personas "pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia". Este artículo, por la amplitud de los términos con que ha sido redactado, es apto para elaborar una teoría general de la renuncia de derechos, pues es claro que no se está refiriendo sólo a los derechos "del acreedor", sino a toda clase de derechos. También resulta claro que divide los derechos en dos clases o categorías, según que hubiesen sido establecidos por las leyes, en el interés particular o teniendo en mira el orden público, para decretar, en consecuencia, que sólo los primeros son renunciables, no así los segundos. Ese criterio de distinción y su consecuencia, guarda congruencia con lo dispuesto en el art. 19 del mismo Código.

En definitiva, las personas pueden renunciar a aquellos derechos instituidos por las leyes teniendo en mira *su interés particular* y siempre que la renuncia no esté prohibida. En lo que concierne a nuestra materia, cabe afirmar que, en general, los derechos patrimoniales son renunciables¹⁴⁵; en particular lo son los derechos de crédito, sea que se trate del crédito mismo, sea de algunas de las facultades o prerrogativas que integran la posición acreedora. A título de ejem-

¹⁴⁴ Cfr. Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1862, p. 153,

¹⁴⁵ Esa es la regla general: Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. III, n° 1752, p. 590.

píos, se ha entendido que son renunciables, el derecho a pedir la resolución del ,j^trajrj^enjcas. de incumplimiento de la otra parte (art 1204), el derecho a la garantía de evicción (art 2098), el derecho al cobro de la indemnización por daño moratorio (art 508), el derecho a exigir el cumplimiento del contrato, el derecho a cobrar alquileres atrasados, el derecho a cobrar la indemnización establecida en una cláusula penal, etc. Generalizando, siempre que el derecho de que se trate sólo interese a su titular y no se encuentre interesado el orden público, se estará ante un derecho renunciable. No interesa, a los fines de la validez de la renuncia, que el derecho renunciado se encuentre sujeto a una condición, plazo o cargo, o que se trate de derechos eventuales, pues así lo permite el art 872.

Por el contrario, los derechos que las leyes confieren a los particulares, pero en cuyo ejercicio está interesado el orden público, no son renunciables. Tienen tal carácter, por ejemplo, los derechos de familia vinculados a la patria potestad o al estado de las personas, incluso aquellos de contenido patrimonial pero cuyo ejercicio trasciende el mero interés particular, como el derecho a cobrar alimentos futuros (art 374), el derecho a una herencia futura (art 3311).¹ Fuera del derecho civil, no son renunciables, por ejemplo, los derechos que las leyes tutelares del trabajo confieren a los trabajadores, como el derecho a la indemnización por accidente laboral o el derecho a la cobertura de prestaciones previsionales, etc.

II) *Interpretación de la cláusula de renuncia.* — Se dijo que el derecho objeto de la renuncia debe formar parte del contenido del contrato; pues bien: ¿con qué criterio debe interpretarse esa cláusula? Es necesario distinguir:

a) Si se trata de una renuncia gratuita, la interpretación debe ser estricta; así resulta del art. 874, según el cual "*La intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva*". La razón que justifica esta disposición radica en el hecho de que la renuncia gratuita, en tanto importa una liberalidad o beneficio patrimonial en favor del deudor, debe limitarse exactamente a aquello que el acreedor quiere perdonar, de allí dos consecuencias: 1*) la voluntad de renunciar debe ser clara e inequívoca; 2") en caso de duda sobre si se quiso o no renunciar, debe interpretarse en sentido negativo; si la duda se refiere a la extensión de la renuncia, debe estarse a la que resulte menor para el acreedor.

b) Si se trata de una renuncia onerosa, el criterio interpretativo es otro, pues en este caso ya no se está ante una liberalidad o beneficio a favor del deudor, sino ante un acto que debe sujetarse a la regla de la justicia conmutativa, propia de los contratos onerosos, cuyas reglas se le aplican a esta especie de renuncia (art. 869 *in fine*). Quiere esto decir, en definitiva, que tanto la existencia, extensión y cuantía de la renuncia se ha interpretar en función de la existencia, extensión y cuantía de la contraprestación que se hubiese pagado por ella, teniendo en cuenta que es fundamental que entre ambas debe haber *equivalencia* económica.

§ 676. EFECTOS

El principal efecto de la renuncia es la *extinción* de la obligación, tal cual surge explícito, de la última parte del art. 868 que vale reiterar: "*Hecha y aceptada la renuncia, la obligación queda extinguida*".

Cabe formular las siguientes acotaciones:

a) Se puede decir que con la renuncia *desaparece* el derecho del acreedor; al desaparece ese derecho, *se extingue* la obligación del deudor, siempre, claro está, hasta el límite de lo renunciado.

b) La desaparición del derecho del acreedor implica, al mismo tiempo, que no se produce ninguna *transmisión* de derechos; el deudor no adquiere derechos, sólo se extingue la obligación que gravaba su patrimonio. De allí que la renuncia no tenga efecto traslativo¹⁶⁶, sino puramente extintivo.

c) Es necesario no confundir la renuncia de los derechos del acreedor como contrato extintivo, con el acto que el acreedor y un tercero pueden celebrar, llamándolo "renuncia", pero que importa la transmisión del crédito a ese tercero, "renunciando" el acreedora cobrarle al deudor. Tal acto no es una renuncia, sino una especie de cesión del crédito.

d) En principio, la renuncia del derecho de crédito importa también renuncia de los accesorios que lo acompañan (doctrina del art. 526); pero, a la inversa, la renuncia de uno de tales accesorios, p. ej., el derecho a cobrar intereses por mora, no importa renuncia del crédito mismo.

§ 677. RETRACTACIÓN

Dice la primera parte el art. 875: "La renuncia puede ser retractada mientras que no hubiere sido aceptada por la persona a cuyo favor se hace...". Este párrafo, según se ha visto ya (*supra*, § 671, a), ha dado pie a algunos autores para sostener que la renuncia es un acto jurídico *unilateral*, en tanto valdría por sí misma —sin necesidad de la aceptación del deudor— mientras no sea retractada. También ya se han dado las razones (*supra*, § 670, b y c) por las que, según considero, el argumento no es apto para fundar la pretendida unilateralidad de la renuncia. A lo dicho con anterioridad respecto de la retractación, cabe añadir:

a) Régimen aplicable a la retractación

1) Cuando el art. 875 dice que la *renuncia* puede ser retractada emplea una terminología equívoca que induce a error, pues lo que se puede retractar no es la renuncia, que por otra parte todavía no se ha perfeccionado, sino la *oferta de renuncia*. Identificada la declaración que puede ser retractada como lo que

realmente es, esto es, como oferta contractual, queda sujeta al régimen de los arts. 1144 y ss. del Código Civil referidos a la formación de los contratos.

2) Por aplicación de tales normas, lo primero que cabe dejar establecido, es que la retractación de la oferta debe ser hecha en tiempo útil; ese tiempo se extenderá hasta el momento en que el deudor, destinatario de la oferta, la acepte (art. 1150). Después de la aceptación ya no es posible la retractación.

3) La retractación es también una expresión de voluntad que, como la propia oferta, puede manifestarse expresa o tácitamente, aunque debe traducirse en actos claros e inequívocos en el sentido de que se deja sin efecto la oferta.

4) La prueba de la retractación corresponde a quien la invoca, pudiendo valerse de todos los medios de prueba que sean pertinentes.

b) Efectos respecto de terceros

Una vez perfeccionada la retractación, en tiempo y forma, queda sin efecto la oferta de renuncia que había formulado el acreedor, subsistiendo la obligación en los términos en que fue contraída. Quiere esto decir que acreedor y deudor se mantienen en el mismo *status jurídico* en que se encontraban con anterioridad a la oferta. Pero, ¿qué efectos produce la retractación de la oferta de renuncia respecto de terceros que hubiesen adquirido derechos confiados en que la renuncia se concretaría? Supóngase que Cayo ha comprado el caballo "Bucéfalo" y la yegua "Terla", pagándole la totalidad del precio a su dueño Ticio, quien debe entregarle los animales; así las cosas, Cayo le ofrece a Ticio renunciar al crédito que tiene contra él; Mevio, tercero, toma conocimiento de la oferta y al suponer que Ticio quedará liberado de la obligación de entregar los animales, se los arrienda por un año. Luego, antes de que Ticio acepte la oferta de renuncia que le formuló Cayo, éste se retracta, dejándola sin efecto. ¿Qué suerte debe correr el derecho de Mevio?

En nuestro derecho, la respuesta se encuentra en la segunda parte del art. 875 que, luego de admitir la posibilidad de la retractación, deja a "*...salvo los derechos adquiridos por terceros a consecuencia de la renuncia, desde el momento en que ella ha tenido lugar hasta el de su retractación*". Los fundamentos que justifican esta protección que se dispensa a los terceros son los siguientes: 1) debe tratarse de terceros de buena fe que adquirieron derechos a título oneroso (doctrina del art. 1051, aplicable por analogía); 2) las relaciones y vicisitudes que sucedan entre acreedor y deudor no pueden, por regla, perjudicar a los terceros, por aplicación de la máxima *res inter oīios acta*, tal como dice la primera parte del art. 503 "las obligaciones no producen efecto sino entre acreedor y deudor", lo que concuerda con la doctrina del art. 1195 referida a los contrastos; 3) la lesión al derecho del tercero tiene su causa en un acto del acreedor que, por ser a él imputable, se presenta como hipótesis de daño resarcible cuyas consecuencias deben ser soportadas por el lesionante.

E) REMISIÓN DE LA DEUDA

§ 678. CONCEPTO Y RÉGIMEN APLICABLE

El último medio de extinción de obligaciones que integra el grupo de los llamados "contratos extintivos" es la *remisión de la deuda*, a la que se refieren los arts. 876 al 887, inclusive, del Código Civil.

a) *Concepto*

Colectando los aportes de nuestra doctrina y lo dispuesto en los citados artículos, especialmente de la letra de los arts. 877 y 881, se puede decir que el contrato de remisión de deuda se celebra "cuando el acreedor, sin haber recibido el pago, declara en forma expresa o tácita su voluntad de liberar al deudor, y si éste acepta, quedando extinguida la obligación con los efectos jurídicos del pago"¹⁶⁷.

Caben las siguientes acotaciones:

1) Tratándose de un *contrato*, supone declaraciones de voluntad: oferta y aceptación; comienza a formarse cuando el acreedor, que todavía no ha recibido el pago, declara (oferta) que es su voluntad liberar al deudor. Es claro que si el acreedor ya hubiese recibido el pago, su declaración no sería una oferta de remisión, sino un *recibo* (ver *supra*, § 181).

2) La declaración del acreedor ofreciendo liberar al deudor puede ser expresa o tácita; esa mención sería innecesaria pues, en verdad, toda declaración de voluntad puede manifestarse, ya expresa, ya tácitamente, pero ocurre que para la remisión, en particular, el Código contiene un texto, el del art. 877, que se refiere especialmente a una forma tácita de manifestar esa voluntad: ja entrega espontánea del documento original donde constare la deuda, lo que justifica, como se verá luego, incluir esa mención en la definición.

3) Para que la remisión de deuda se perfeccione, es necesario que el deudor *acepte* la oferta del acreedor. En esa aceptación, el deudor, para ser congruente con la oferta, debe limitarse a admitir la liberación que se le propone, sin alegar que ha pagado o que nada debe, tal como está previsto en la última parte del art. 877. Es lógico que así sea, pues si el deudor aceptara ser liberado, porque alega que ha pagado o que nada debe, no habrá *remisión*, sino, en todo caso, transacción u otra figura.

4) Perfeccionada la remisión, con oferta y aceptación reunidas, se producen "*los mismos efectos jurídicos que el pago...*" (art. 881), es decir, el deudor se libera y la obligación quedando extinguida.

¹⁶⁷ Para Trigo Represas, la remisión es "el acto por el cual el acreedor abdica de sus derechos creditorios, y de tal manera, con sólo eso, libera al deudor"; para este autor, la remisión no es nada más que una especie de renuncia, de carácter unilateral: en Trigo Represas y Cazeaux, *Derecho de las obligaciones*, t ID, n° 1758, p. 598.

b) Régimen aplicable

A la remisión de deuda se le aplican, además de las normas que le son propias (arts. 877 a 887), los preceptos relativos a la renuncia de los derechos del acreedor, en razón del cercano parentesco que los une. En efecto, el art. 876 dice que "*Lo dispuesto en los cuatro artículos primeros...*", referidos a la renuncia, "*es aplicable a la remisión de la deuda hecha por el acreedor*". Nuestra doctrina¹⁶⁸ señala, con razón, que la aplicación subsidiaria de las reglas de la renuncia no debe limitarse a los "cuatro artículo primeros", sino a todas las reglas de ésta, en tanto sean compatibles con la remisión de deuda o no resulten derogadas por alguna de sus reglas particulares.

Integrado el elenco de normas aplicables, se obtiene este resultado: es aplicable a la remisión de la deuda lo reglado para la renuncia respecto de: *a)* capacidad; *b)* forma y prueba; *c)* subtipos, pues también la remisión (como la renuncia) estará sujeta a las reglas de los legados, de los contratos onerosos o de la transacción, según sea hecha como liberalidad testamentaria, por una contraprestación o tenga por objeto derechos litigiosos; *d)* retractación.

§ 679. NATURALEZA, CARACTERES Y SUBTIPOS

La remisión de deuda es un contrato, en tanto constituye un "acto jurídico bilateral patrimonial", por las mismas razones que lo es la renuncia.

a) Caracteres

Como contrato, presenta los siguientes caracteres: *a)* es *nominado* y *típico*, porque tiene nombre y régimen jurídico propio; *b)* *consensual*, porque se perfecciona con el solo consentimiento de las partes; *c)* es *no formal*, porque las partes pueden expresar su voluntad por cualquier medio, rige el principio de libertad en la elección de las formas; *d)* es *gratuito*, en tanto el acreedor no recibe una contraprestación a cambio de la liberación del deudor, *e)* por excepción, puede ser *oneroso*¹⁶⁹; *d)* *tiene finalidad extintiva*; *f)* produce los efectos jurídicos del pago.

b) Subtipos

Reunir las distintas especies de remisión de deudas en subtipos presenta interés a los fines de verificar a qué régimen deben someterse. En ese sentido,

¹⁶⁸ En especial, A. Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 876.

¹⁶⁹ Se ha dudado de que la remisión de deuda pueda ser tal, y tener, al mismo tiempo, carácter oneroso. Se razona que si el deudor recibe a cambio una contraprestación, quiere decir que el acreedor no se ha quedado sin cobrar, de manera que mal se podría decir que "remitió" la deuda. Así, Galli, en sus anotaciones a la obra de Salvat, *Obligaciones en general*, t. Til, n° 1994-d.y e.

nuestro Código permite discriminar: a) la remisión *gratuita*, que es la figura típica sujeta, en principio, a su propio régimen (arts. 877 a 887); en subsidio, se le aplicarán las reglas de los contratos gratuitos (v.gr., donación); b) la remisión *onerosa* que, como ya se dijo, queda sometida a las reglas de los contratos onerosos (art. 869); c) la remisión de un crédito *dudoso o litigioso*., en cuyo caso quedará sujeta a las reglas de la transacción (art. 871); y, d) la remisión instituida en un *legado*, figura que debe regirse por las disposiciones sobre los legados (art. 870).

§ 680. ELEMENTOS: FORMA

Ya se dijo que, siendo la remisión *no formal*, las partes pueden manifestar su voluntad por cualquier medio, por escrito, verbalmente, por teléfono, etc. Por cierto, no es necesario el empleo de términos precisos o solemnes, pero sí se requiere que la voluntad de las partes se manifieste en un lenguaje claro e inequívoco; si las declaraciones son ambiguas o existen dudas acerca de la voluntad del acreedor de hacer remisión, debe estarse por la subsistencia de la obligación (art. 874).

a) Remisión expresa

Las partes pueden manifestar su voluntad de celebrar la remisión de deuda expresamente, es decir, mediante declaraciones concretas y positivas, como cuando el acreedor declara "doy por pagada la deuda"¹⁷⁰. Dado su carácter no formal, esa declaración podrá exteriorizarse por cualquier medio; el art. 885 lo ratifica: "*No hay forma especial para hacer la remisión expresa aunque la deuda conste de un documento público*". La referencia contenida en el último párrafo transcrito importa una excepción al principio de accesoriedad del art. 1184, inc. 10, según él deben ser hechos en escritura pública "*todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública*". Supóngase que se ha celebrado un contrato oneroso de renta vitalicia por escritura pública, porque así lo exige el art. 1184, inc. 5; luego el vitaliciado, que es acreedor de la renta, decide hacer remisión de su crédito al deudor de la renta; esa remisión, a pesar de que es un acto accesorio de un contrato formalizado en escritura, podrá hacerse, incluso, verbalmente, por haberlo dispuesto así la última parte del art. 885, consagrando una excepción a la regla del art. 1184, inc. 10¹⁷¹.

¹⁷⁰ Llambías, *Obligaciones*, t. H.I, n° 1878, p. 172.

¹⁷¹ Comp. Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. III, n° 1759, p. 601.

b) Remisión tácita

En general, por aplicación de la doctrina del art. 918, se puede decir que la voluntad del acreedor de hacer remisión de la deuda se manifiesta tácitamente cuando resulta de actos *"por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad"* (art. 918), por ejemplo, cuando el deudor destruye voluntariamente el documento donde consta la deuda o cuando otorga un recibo declarando, ficticiamente, que ha cobrado la deuda. Se aplican, al respecto, las reglas generales relativas a las declaraciones tácitas de voluntad.

c) Remisión tácita por entrega del documento original

Nuestro Código contiene una disposición que se refiere a una manera de manifestar tácitamente la voluntad de hacer remisión, que ha dado algún trabajo a la doctrina; se trata del art. 877 que dice: *"Habrá remisión de la deuda, cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, si el deudor no alegare que ya ha pagado"*. Su simple lectura deja ver con claridad que la ley ha considerado que el "acto" del acreedor que traduce con certeza inequívoca su decisión de hacer remisión de la deuda, siempre que concurren los requisitos que ya se verán, es la entrega al deudor del documento original donde consta la deuda. Pero no cualquier "entrega" equivale a manifestación tácita; es necesario que concurren determinados requisitos, a saber:

I) *Debe tratarse del documento original.*—En primer lugar, lo que se debe entregar es el documento original, propio, representativo del crédito, se trate de un cheque, una letra de cambio, un pagaré o de un instrumento público o privado. Lo de *original* se opone a *copia* o *duplicado*. Ninguna objeción, pienso, cabe oponer a la solución legal, pues si el acreedor entregó el documento original donde consta la deuda, es razonable suponer que se da por pagado, pues al haberse desprendido del documento, que es la prueba de la existencia del crédito, es porque ya no tiene interés en ejercer el derecho que en él consta¹⁷².

Si en lugar del documento original, el acreedor entrega una copia legalizada o protocolizada de él, esa entrega no constituye manifestación tácita de remisión de deuda. Así está establecido en el art. 879: *"Si el documento de la deuda fuere un documento protocolizado, y su copia legalizada se hallare en poder del deudor sin anotación del pago o remisión del crédito, y el original se ha-*

¹⁷² En contra, Llambías, quien considera que el art. 877, en tanto presume que la entrega del documento original al deudor implica remisión, no se justifica y debiera ser suprimida. Ese hecho, dice, "puede ser ambiguo, no correspondiendo, entonces que el legislador eleve a la categoría de presunta verdad, a una cierta proposición que no cuenta con el respaldo de una segura probabilidad de ocurrencia de los hechos en ese sentido": *Obligaciones*, t. III, n° 1888, p. 180.

na*, también sin anotación del pago o remisión firmada por el acreedor, será

"^arlo^/^

% "fsié*PcL sugiere los siguientes comentarios: 1) repárese ^
trrSmí decopias "legalizadas" o "protocolizadas" tienen el m- ,ue,
rSbatorio que el original: sin embargo, la sola circunstancia <^ »mo valor

£• como es obVk>, pues no es lo mismo tener e l ^ . - sido remitida la deu-
SdSÍSupone que la copia entregada ^'' tener «n copia;

2) el an. a /y i>upu „ v ^ oedorno contiene una anotac ón
"de pago o remisión del ^ crédito her ^ ^ ^

poco se encuentran en el >. ^ inal 0 en 2 os protocolos; en ^ hipotesis) con ma-
yor razón se considera que no puede haber remisión de deuda; 3) distinta es la
cuestión cuando tales anotaciones existen, es decir, cuando se insertan en las
copias o, en su caso en los protocolos (con intervención del escribano), anota-
ciones emanadas del propio acreedor que dan cuenta de pago o remisión; en tal
caso, esas anotaciones deben ser admitidas como manifestación expresa, ya de
pago, ya de remisión de deuda, porque como bien se ha dicho, la existencia de
tales anotaciones "será prueba cabal de la extinción del crédito por esa vía; sólo
que entonces se tratará de una remisión expresa y no tácita" ¹⁷³; 4) si una copia
del documento donde consta la deuda se encuentra en poder del deudor, sin
anotaciones de pago o remisión, no obstante la lo cual el deudor afirma que
hubo acuerdo de remisión de deuda, debe probar que el acreedor se la entregó
con esa finalidad extintiva.

U) *La entrega debe ser "voluntaria"*. — El segundo requisito para que la
entrega del documento original sea considerada como remisión tácita consiste
en que debe ser *voluntaria*; es decir, debe ser hecha con discernimiento y liber-
tad, pero, especialmente, con la intención de liberar al deudor y extinguir la
obligación. Nuestra doctrina, con el propósito de enfatizar el carácter *volunta-*
rio de la entrega, afirma que debe verificarse por el acreedor en la persona del
deudor. Por lo tanto, no tendrá valor de remisión la entrega que hiciere un ter-
cero no autorizado por el acreedor e incluso un representante suyo, si no cuenta
para ello con poder especial (art. 1881, inc. 4); por otra parte, tampoco valdrá
como remisión la entrega que el propio acreedor haga a un tercero, no al propio
deudor, porque esa entrega puede obedecer a causas distintas (depósito, cesión,
etc.), que nada tengan que ver con la remisión de la deuda.

TJT) *El deudor no debe alegar que pagó*. — El tercer requisito para que la
entrega voluntaria sea reputada remisión tácita radica en que el deudor no deber
alegar, al recibir el documento, que ha pagado o que nada debe. Ello, porque
como ya se dijo, si alegare alguna de tales cuestiones, ya no se estaría ante una

¹⁷³ Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t III, n°
1765, p. 608.

remisión, sino ante la recepción de un recibo con restitución de documentos o, en su caso, ante una transacción. Frente a la alegación del deudor de que ha pagado, ¿a quién corresponde probar si hay o no remisión? Según la opinión mayoritaria¹⁷⁴, esa prueba corresponde al acreedor; es decir, la sola alegación del deudor bastará para desvirtuar, en principio, que se le ha hecho remisión, correspondiendo al acreedor probar que sí remitió el crédito. Se invoca como fundamento que lo normal en la vida de las obligaciones es que el deudor cumpla; por excepción, el acreedor abdica de su derecho; por ende, lo que se debe probar es aquello que es excepcional.

c) Presunción de entrega voluntaria

Según el art. 878 *"Siempre que el documento original de donde resulte la deuda, se halle en poder del deudor, se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, salvo el derecho de éste aprobar lo contrario"*. La ley parte del hecho concreto de que el deudor tiene en su poder el documento original; a partir de ese hecho, *presume* que el acreedor se lo entregó voluntariamente. Lo primero que cabe señalar es que se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, admite la prueba en contrario, prueba cuya producción corresponde al acreedor, si afirma que la entrega no fue voluntaria. Por aplicación de las reglas generales, que no hubo voluntariedad, ya por falta de discernimiento, ya por falta de libertad en razón de que se empleó fuerza física o moral para obligarlo a la entrega o porque no tuvo la intención de entregar el documento y lo hizo por error.

§ 681. EFECTOS

El efecto principal de la remisión de deuda es la extinción de la obligación.

Ese efecto extintivo se produce, sea la remisión expresa, sea tácita, tal cual resulta del art. 884: "La remisión por entrega del documento original en relación a los fiadores, coacreedores solidarios o deudores solidarios, produce los mismos efectos que la remisión expresa". A su vez, el art. 881 dice que la remisión "hecha al deudor, produce los mismos efectos jurídicos que el pago respecto a sus herederos, y a los codeudores solidarios".

Dejando de lado los defectos de técnica legislativa, los efectos de la remisión se producen respecto: 1) del deudor; 2) de sus herederos; 3) de los codeudores, sea mancomunados o solidarios; 4) respecto del o de los fiadores.

1) Respecto del deudor, la remisión produce, ya se dijo, la extinción de la obligación "con los efectos jurídicos del pago" (art. 881); esto último, porque

¹⁷⁴ Cfr. Alterini, Ameal y López Cabana, *Obligaciones*, n° 1546; Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 892; Galli, en sus anotaciones a Salvat, *Obligaciones en general*, t. III, n° 2007-a; Trigo Represas, en Trigo Represas y Cazeaux, *Derecho de las obligaciones*, t. DJ, n° 1764, p. 605.

si los efectos del pago se producen respecto de los herederos del deudor, va de suyo que también se producen respecto del primero.

2) Respecto de los herederos del deudor, también se extingue la obligación con los efectos jurídicos del pago (art. 881); ello, por otra parte, resulta de los principios generales sobre transmisión de los efectos de las obligaciones a los sucesores de las partes (art. 503).

3) Respecto de los codeudores y de los cofiadores, la defectuosa técnica del Código impone analizarlos por separado.

a) Pluralidad de acreedores o deudores

Es necesario distinguir:

I) *Obligaciones solidarias.* — Ya se dijo que, según el art. 881, la remisión hecha al deudor produce los efectos del pago respecto "de los codeudores solidarios". Esa disposición debe ser integrada con la del art. 707 que, refiriéndose a las obligaciones, dice que "*La remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación*". Como se ve, sea la solidaridad activa o pasiva, la remisión hecha por el acreedor a un deudor, se expande, en su efecto extintivo, a todos los demás, en todo o en parte, según sea total o parcial la remisión. Como se dijo (*supra*, § 565, b), la expansión del efecto extintivo hacia los demás deudores es una consecuencia de la unidad del objeto debido. Si la compensación o la remisión de deuda fueran parciales, el efecto extintivo también será parcial; sobre el remanente, la obligación conserva su carácter solidario.

II) *Obligaciones simplemente mancomunadas.* — Ya se dijo (*supra*, § 534), que en virtud del principio de fraccionamiento que las rige, la remisión de deuda operada entre uno de los acreedor y uno de los deudores no produce efecto alguno, es decir, ni perjudica ni aprovecha a los demás deudores o acreedores.

III) *Obligaciones indivisibles. Remisión.* — Sobre este tema, cabe remitir a donde fue tratado (*supra*, § 547).

b) Remisión y fianza

Nuestro Código trae tres disposiciones referidas a la remisión de la deuda respecto de los fiadores, los arts. 880, 882 y 883.

I) *Efectos de la remisión hecha al deudor respecto de los fiadores.* — Dice el art. 880: "La remisión hecha al deudor principal, libra a los fiadores; pero la que se ha hecho al fiador, no aprovecha al deudor". Se trata de una mera aplicación del principio de la accesoriedad que bien pudo evitarse⁷⁵; es obvio que,

por el art. 525, la extinción de la obligación principal —remisión hecha al deudor—extingue la obligación accesoria, la de los fiadores; pero, a la inversa, no sucede lo mismo, la extinción de la accesoria, remisión hecha a un fiador, no extingue la obligación principal del deudor.

II) *Remisión hecha a favor de uno de los cofiadores.* — Dice el art. 882: "La remisión hecha a uno de los fiadores no aprovecha a los demás fiadores, sino en la medida de la parte que correspondía al fiador que hubiese obtenido la remisión". La defectuosa redacción de este artículo ha dividido a la doctrina, que ha procurado interpretar si se aplica a la fianza simple (simplemente mancomunada) o a la solidaria.

Para fijar una posición, estimo necesario comenzar por descartar que el art. 882 se aplique a la fianza simplemente mancomunada, por las siguientes razones: 1) en esta especie de fianza rige el principio de fraccionamiento, de modo que el monto de la deuda afianzada se divide en tantas partes cuantos fiadores haya; si la deuda afianzada es de \$ 30.000, y hay tres fiadores, cada uno responde por \$ 10.000; 2) si el acreedor hace remisión de la deuda a favor de uno de los fiadores, *ese* fiador queda liberado, pero los restantes no pueden ni beneficiarse ni perjudicarse, razón por la cual siguen siendo fiadores, pero cada uno sólo por \$ 10.000; 3) si el art. 882 se aplicara a esta especie de fianza, se tendría que los fiadores a quienes no se les remitió la deuda podrían pretender liberarse, argumentado que, por el citado art. 882, la remisión hecha por el acreedor al otro fiador los favorece "*en la medida de la parte que correspondía al fiador que hubiese obtenido la remisión*"; 4) como "*esa parte*" era igual para todos los cofiadores (\$ 10.000), también se habría extinguido la fianza respecto de ellos.

Pero esta interpretación no resulta razonable, en tanto contradice el principio de fraccionamiento y la naturaleza de la mancomunación simple (arts. 674,675,691 y concordantes del Cód. Civil). Por ello, juzgo razonable adherir a la tesis que sostiene que el art. 882 sólo puede aplicarse a la fianza solidaria, porque en tal caso, sí es posible que la remisión hecha a favor de uno de los fiadores solidarios aproveche a los demás. Esta solución, por otra parte, ya está dispuesta en el art. 707, de manera que la del art. 992 se presenta como una mera reiteración¹⁷⁶.

H) *Caso del fiador que paga para liberarse.* — Según el art. 883, "Si el fiador hubiese pagado al acreedor una parte de la obligación para obtener su liberación, tal pago debe ser imputado sobre la deuda; pero si el acreedor hubiese hecho después remisión de la deuda; el fiador no puede repetir la parte que hubiese pagado".

De acuerdo. Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. DI, n° 1772, p. 611.

La interpretación de este artículo requiere distinguir dos situaciones distintas:

1°) La primera: si el fiador, por temor a una posible insolvencia del deudor, se pone de acuerdo con el acreedor y convienen en que éste le hará remisión de la fianza, a cambio de un precio en dinero. Después de efectuada la remisión y pagado el precio pactado por el fiador, el deudor principal paga íntegramente la deuda. Ello quiere decir que el acreedor ha cobrado, por un lado, todo lo que el deudor debía y, por otro, lo que fiador pagó para obtener su liberación. Ha cobrado, pues, *más* del importe de su crédito. ¿Tendrá derecho el fiador a repetir lo pagado? En principio, no podrá repetir, porque el pago de la obligación por el deudor y la remisión de la fianza son negocios distintos, de manera que no se advierte nada ilícito en que el acreedor cobre su crédito del deudor, y el precio de la remisión del fiador. Pero, si el fiador logra probar que incurrió en *error excusable* al creer en una posible insolvencia del deudor, o que fue víctima de *engaño o dolo*, podrá demandar la nulidad de la remisión y, por esa vía, obtener la restitución de lo pagado. No se aplica, en este caso, el art. 833. En definitiva, la repetición sólo sería posible si existiera alguna causal de nulidad de la remisión.

2°) La segunda: si el fiador, también por temor a una posible insolvencia del deudor o por cualquier otra causa, decide hacer un pago parcial, teniendo en mira su liberación, ese pago debe imputarse al pago de la deuda principal; luego, el acreedor decide hacer remisión de la deuda, extinguiendo la obligación, ¿podrá el fiador pretender la repetición de lo pagado? En este caso se aplica el art. 883, de cuyo texto resulta que no podrá repetir lo pagado, de manera que tanto el pago parcial del fiador, como la remisión del remanente de la deuda serán válidos. Resta decir que el fiador se subrogará en los derechos del acreedor hasta el monto del pago que él hubiese hecho, pudiendo reclamar el reintegro al deudor¹⁷⁷.

§ 682. RESTITUCIÓN DE LA COSA DADA EN PRENDA

Refiriéndose al derecho real de prenda, nuestro Código trae dos artículos, el 886 y el 887, que contienen soluciones similares a las establecidas para la remisión tácita por entrega voluntaria del documento original donde consta la deuda.

a) Según el art. 886, "La devolución voluntaria que hiciere el acreedor de la cosa recibida en prenda, causa sólo la remisión del derecho de prenda, pero no la remisión de la deuda".

Cabe señalar: 1) el artículo se refiere a la llamada prenda con desplazamiento, es decir, a la que se concreta cuando el deudor entrega al acreedor la

¹⁷⁷ Cfr. Borda, *Obligaciones*, 1.1, n° 984; Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. III, n° 1773, p. 612.

cosa sobre la que recae la prenda y no a la llamada prenda con registro o sin desplazamiento, gobernadas por la ley 12.962; 2) como la cosa prendada está por hipótesis en poder del acreedor prendario, la ley prevé la posibilidad de que acreedor la devuelva voluntariamente al deudor, 3) si la devolución tiene lugar, la ley presume que ha tenido efecto la remisión del derecho real de prenda, pero que la obligación subsiste sin esa garantía; 4) nada se opone a ese desdoblamiento, pues siendo la garantía prendaria un accesorio del crédito, es perfectamente posible la extinción del accesorio y la subsistencia de la obligación principal.

b) El art. 887, a su vez, dispone que "La existencia de la prenda en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario". Se trata de una reiteración de los principios de los arts. 877 y 878 (para la remisión tácita de la deuda). Se establece que si la cosa está en poder del deudor, se presume que le fue devuelta voluntariamente; luego, por el art. 886, si la cosa prendada le fue devuelta al deudor, se presume que se le remitió el derecho de prenda. En ambos casos se trata de presunciones *iuris tantum*, es decir, el acreedor podrá probar lo contrario¹⁷⁸.

Por último, si la cosa prendada se encuentra en poder del deudor y el acreedor no cuenta con documento en el que conste la existencia de la obligación, se puede presumir que, en este especial supuesto, la entrega voluntaria de la cosa prendada *también* remitió la deuda. Esa solución encuentra respaldo, por analogía, con lo dispuesto en el art. 3782 para el llamado legado de liberación, que, en lo pertinente, dice: "*legada la cosa tenida en prenda, se entiende también remitida la deuda, si no hay documento público o privado de ella*"¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Cfr. Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. III, n° 1774, p. 615.

¹⁷⁹ Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. III, n° 1774, p. 615.

CAPÍTULO XX
EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.
HECHOS EXTINTIVOS

§ 683. INTRODUCCIÓN

Examinados en el capítulo precedente los contratos extintivos, toca ahora tratar sobre los hechos extintivos, rótulo bajo el cual quedan reunidas la *compensación*, la *confusión* y la *imposibilidad de pago*. Cabe también incluir, entre ellos, a la *prescripción liberatoria*, pero con la aclaración de que, según la opinión mayoritaria, no extingue la obligación, sino sólo la acción para exigir su cumplimiento, subsistiendo aquélla como natural. En general, se trata de "acontecimientos" susceptibles de producir la extinción de una relación jurídica, en el caso, de obligaciones. De ahí que, sin perjuicio de sus particularidades, pertenezcan al género de los hechos jurídicos. Son tales, en los términos del art 896, Cód. Civil, porque para su perfeccionamiento no se requiere el concurso de la voluntad del o de los sujetos involucrados; es suficiente que, en el caso, se dé el supuesto de hecho previsto en la norma para que se produzcan sus efectos extintivos

A) COMPENSACIÓN

§ 684. DEFINICIÓN LEGAL

Según el art. 818, "La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago, las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir". A partir de este texto, se puede

¹ Como dice Lafaille refiriéndose a la compensación, se trata de hipótesis "en que sin mediar la voluntad de las partes; ni menos el deliberado propósito de disolver el vínculo obligatorio, tal efecto se produce cuando concurren ciertos elementos que la ley prescribe": *Tratado de las obligaciones*, 1.1, n° 509, p. 430.

decir que, en general, la compensación "es un modo de extinción, hasta la misma cuantía, de las obligaciones constituidas entre dos partes que, por derecho propio, son recíprocamente acreedoras y deudoras"².

§ 685. NATURALEZA

Ha quedado dicho que la compensación pertenece a la categoría de los hechos jurídicos. Una importante doctrina³ ha puesto en duda el aserto, al sostener que ella requiere de la voluntad de, por lo menos, uno de los sujetos; en efecto, esa doctrina afirma que, consistiendo siempre en una "facultad de cualquiera de los deudores recíprocos, que uno u otro puede hacer valer sin estar obligado a ello", concluye que su eficacia depende de la voluntad de uno u otro de los sujetos, quedando convertida, así, en un "acto voluntario unilateral". Sin embargo, como se verá en su momento, salvo en casos específicos, de excepción (compensación facultativa), la compensación legislada en nuestro Código Civil (arts. 818 a 831) no consiste en actos voluntarios, sino en hechos que —sucedidos— desencadenan el efecto extintivo previsto en la ley. Ello sin perjuicio de que la parte invoque o alegue la compensación; pero esta invocación no es un requisito esencial de validez de la compensación legal, tanto que aunque ninguna de las partes lo pida se produce *ipso iure* y si alguna de las partes pretende cobrar su crédito, recién entonces la otra podrá oponer, como defensa, la compensación ya operada.

Con el propósito de explicar la naturaleza de la compensación, sin negar su pertenencia al género de los hechos jurídicos, se han ensayado algunas ideas interesantes, que contribuyen a esclarecer la definición:

a) La primera afirma que, en definitiva, la compensación es un *doble pago ficticio simplificado* *. Es que, si Cayo le debe a Ticio 100 denarios y Ticio le debe a Cayo también 100 denarios, ¿qué sentido tendría que Cayo le pague a Ticio si, invertidos los roles, Ticio está obligado a pagarle a Cayo la misma suma? Se entiende, entonces, que la ley, dado el supuesto de hecho previsto en la nor-

² Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. III, n° 1627, p. 417.

³ Llambías, *Obligaciones*, t. DI, n° 1900, p. 195, aunque trata de la compensación en el capítulo dedicado a los "hechos extintivos", n° 1895, p. 189. La tesis de Llambías fue receptada por el Proyecto de Código Civil preparado por la Comisión designada por decreto 468/1992, que propuso el art. 820 con la siguiente redacción: "La compensación se hará efectiva mediante la declaración del deudor comunicada al acreedor, aunque éste impugnara la deuda a su Cargo. La declaración será nula si se hiciere bajo condición o plazo".

⁴ Expuesta principalmente por autores franceses: Ripert, G. y Boulanger, *Tratado de derecho civil*, LaLey, t V, n° 1971; Colin - Capitant, *Cours de droit civil*, 4* ed., t. D, p. 115; entre nosotros, Salvat, *Obligaciones en general*, t. DI, n° 1746; Galli, en sus anotaciones a Salvat, n° 1747-a.

raa, esto es, que Cayo sea, al mismo tiempo, deudor y acreedor de Ticio y éste también sea acreedor y deudor de Cayo por la misma suma, considere que, ficticiamente, se han realizado ambos pagos con efecto extintivo para las dos obligaciones. Se *dice ficticiamente*, porque en realidad los pagos no se realizan sino que, por simplificación, cada deudor se queda con lo que debe, considerándose pagado.

b) La segunda afirma que la compensación tiende a evitar la efectiva realización de pagos recíprocos, de manera que cuando hay compensación no hay, por exclusión, pagos, ni reales ni ficticios⁵. La exclusión es notoria: el pago supone "realización de la prestación": así, en las obligaciones de dar, esa prestación consiste en la entrega de la cosa debida; pues bien, en la compensación, el respectivo deudor no entrega sino que, por el contrario, *retiene* lo que debe, porque la misma cosa le es debida a él por la otra parte. Excluido el pago ficticio, la doctrina se bifurca: 1) para unos⁶, se trataría de un modo *subrogado* o *sustituto de cumplimiento*, en razón de que cada acreedor obtendría la satisfacción de su interés, pero no mediante el "cumplimiento de la prestación", sino por un medio distinto; en el caso, la retención recíproca consistiendo en ello la compensación; 2) para otros⁷, se trataría de una operación de *asientos contables*, que permite movilizar importantes sumas de dinero, sin desplazamiento material del dinero o de los bienes involucrados, pues sólo se requiere anotar aquellos movimientos —observando las formalidades requeridas— en cuentas bancarias o en los registros contables de las partes.

c) La tercera afirma que la compensación es la *neutralización* de las dos obligaciones *. Si neutralizar significa, en su segunda acepción, "debilitar el efecto de algo al intervenir otra cosa diferente u opuesta", se puede decir que "la compensación tiene lugar cuando la obligación de un deudor ve debilitado su efecto, hasta la extinción, por la existencia de un crédito que ese mismo deudor-acreedor tiene contra el acreedor de la primera que, al mismo tiempo, es deudor de la segunda. Ambos créditos, neutralizados mutuamente, se extinguen.

Teoría sostenida por Barassi, L., *La teoría générale delle obbligazione*, t. DJ, Giuffré, Milano, n° 270, p. 919, 1946, compartida, entre nuestros autores, por Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. DJ, n° 1630, p. 422.

⁶ Barassi, L., *La teoría générale delle obbligazione*; entre nosotros, Greco, E., *Extinción de las obligaciones*, p. 68; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. III, § 746, p. 531.

⁷ Rodríguez y Arias Bustamante, Lino, *Derecho de las obligaciones*, n° 218, p. 532; entre nosotros, Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. DI.

⁸ Llambías, *Obligaciones*, 1.1, n° 1896, p. 189.

§ 686. FUNCIONES E IMPORTANCIA PRÁCTICA

a) *Funciones*

Desde el punto de vista del derecho, la compensación cumple valiosas funciones, entre las que cabe destacar

1º) La primera función es la de facilitar la extinción de las obligaciones⁹, con el beneficio que ello reporta a ambos deudores. Facilita la extinción, por un lado, evitando la realización de pagos innecesarios y, por otro, permitiendo la satisfacción recíproca de ambos acreedores simultáneamente y sin que sea necesario el desplazamiento de bienes. Por ello, bien se ha dicho que es un dispositivo de ahorro de energía humana, porque se obtiene el mismo resultado que el pago, sin necesidad del transporte de bienes¹⁰.

2º) También se ha señalado¹¹ que la compensación cumple una función de *garantía*, porque tiende a proteger el patrimonio de ambos acreedores, en la medida en que, al evitar que se realicen efectivamente los pagos, esto es, que se desplacen bienes de un patrimonio a otro, los pone a salvo de una eventual insolvencia de quien recibió el pago como acreedor pero que, debiendo pagar como deudor, no puede hacerlo por estar insolvente. Es gracias a la compensación, como bien se ha dicho, que el respectivo acreedor-deudor queda protegido contra el riesgo de tener que pagar lo que adeuda, sin estar seguro de recibir lo que se le debe¹².

b) *Importancia práctica*

En cuanto a su importancia práctica, medida en razón del uso que se hace de ella, la doctrina destaca que es notable teniendo en cuenta sus aplicaciones en distintas ramas del ordenamiento jurídico:

1º) En el derecho civil, es uno de los medios de extinción de obligaciones que, a diferencia de lo que ocurrió con la novación (*supra*, § 636), ha incrementado su uso y por ende su importancia al punto, por ejemplo, de que fue necesario reglamentar la compensación de los créditos y deudas de los particulares con el Estado y de éste con aquéllos (art. 823), en razón de la proliferación de las compensaciones, incentivada por la emergencia económica de 2002, como se verá luego.

⁹ Cfr. Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1628, p. 418.

¹⁰ Usaabías, *Obligaciones*, t. III, n° 1897, p. 197.

¹¹ Ripert y Boulanger, *Tratado de derecho civil*, t. V, n° 1971; Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, t. I, n° 510, p. 431; Llambías, *Obligaciones*, t. II, n° 1897, p. 191.

¹² Cfr. Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. II, n° 1628, p. 419; Rezzónico, L. M., *Estudio de las obligaciones*, t. I, p. 988.

¹³ Como lo han hecho notar Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. III, § 744, p. 530.

2º) En el derecho procesal, al funcionar como un medio de defensa, puede ser invocada y tiene aplicación, siempre que un deudor demandado pueda oponerla a su acreedor demandante, lo que sucederá cuando éste sea, al mismo tiempo, deudor de aquél.

3º) Pero su mayor aplicación se registra en el derecho comercial, como se comprueba examinando, por ejemplo, lo que sucede en la cuenta corriente: si dos empresarios convienen en que uno entregará periódicamente materia prima y el otro entregará, a cambio, productos elaborados, cada uno registrará en sus libros los "ingresos" (débitos) y "egresos" (créditos) en dinero, correspondientes al precio de los bienes intercambiados, y al finalizar cada período, mes a mes, se procede a compensar lo ingresado con lo egresado y el saldo que arroje la operación quedará como crédito a favor de uno de los cuentacorrentistas, que será aquel que haya entregado un mayor valor durante el período liquidado. Como se ve, la compensación tiene en estos casos continua aplicación, al punto de que se podría decir que la cuenta corriente no podría funcionar sin el auxilio de la compensación. También tiene constante aplicación en la operatoria interbancaria a través de las cámaras compensadoras (*clearing*), que proceden —bajo el control del Banco Central— a compensar los créditos y débitos que, día a día, los bancos asumen entre sí con motivo de las operaciones que realizan los clientes de las distintas entidades bancarias. Funciona también la compensación en el comercio internacional cuando dos países son, recíprocamente, exportadores e importadores; compensan sus créditos-deudas, tornando innecesario el desplazamiento de divisas¹⁴.

§ 687. DISTINTAS ESPECIES DE COMPENSACIÓN. MÉTODO

De los preceptos de nuestro Código Civil resulta que existen diversas especies de compensación, a saber:

a) La *legal* o típica, que es a la que el codificador le ha prestado primordial atención, dedicándole la mayoría de los artículos del título respectivo (arts. 818 a 831).

b) La *facultativa*, que sólo opera cuando, no siendo posible la compensación legal por ausencia de alguno de sus requisitos, es pedida por la parte a quien no se le podía oponer la compensación. Ésta, en definitiva, como se verá en su momento, queda subsumida en la figura del contrato compensatorio o compensación *voluntaria*.

c) La *judicial*, que es la que se tiene por realizada cuando lo dispone el juez al dictar sentencia

¹⁴ Cfr. Llabrás, *Obligaciones*, t. III, n° 1898, p. 191; Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. HI, n° 1629, p. 420.

¹⁵ La doctrina ha propuesto otras especies de compensación; así, para Alfredo Colmo, una de tales especies sería la compensación reconvenzional que, para el citado, "es la que sólo se pue-

En cuanto al método de exposición: *a)* se tratará primero lo concerniente a la compensación legal, que está legislada en nuestro Código, porque es la que proporciona el régimen común a las distintas especies; *b)* luego se encarará el análisis del contrato de compensación (compensación *facultativa*), porque es, en rigor, una de las especies de *compensación* a las que se refieren los arts. 818 a 831; *c)* después se verá el régimen jurídico que corresponde aplicar a la compensación judicial; *d)* finalmente, se examinarán los efectos de la compensación que, en principio, son los mismos para las distintas especies, sin perjuicio de señalar las particularidades de cada caso.

I) COMPENSACIÓN LEGAL

§ 688. NOCIÓN Y ENUNCIACIÓN DE SUS REQUISITOS

La compensación *legal* tiene lugar cuando, dado el supuesto de hecho previsto en la norma (art. 818), y reunidos los requisitos exigidos por el ordenamiento (arts. 819, 822 y 825), se produce —*ministerio legis*— la extinción de las obligaciones de las partes prescindiendo de la voluntad de éstas. El "supuesto de hecho", como ya fue dicho, se presenta cuando dos partes reúnen, recíprocamente y por derecho propio, la calidad de acreedor y deudor. Dado tal supuesto, para que funcione la compensación legal, se afirma¹⁶, las obligaciones de ambos sujetos¹⁷, como requisitos esenciales, deben ser: 1°) *exigibles*; 2°) *líquidas*; 3°) *expeditas*; 4°) *embargables*; y 5°) de objetos *homogéneos* ".

de alegar ante la justicia enjuicio ordinario y contra una demanda formal". Colmo, *De las obligaciones en general*, n° 780, p. 552. Trigo Represas, a su turno, afirma que a las legal, facultativa y judicial debe agregarse la que llama compensación "por imperio de la ley": Trigo Represas, en Cazeaux - Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. IU, n° 1638, p. 428. Cabe señalar que Llambías admitió la propuesta de Trigo Represas, cambiando su nombre por el de "compensación automática": Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1901, p. 196.

¹⁶ Cfr. Borda, *Obligaciones*, 11, n° 894, p. 645; Greco, E., *Extinción de las obligaciones*, n° 3, p. 75; Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. III, n° 1641, p. 429; Zannoni, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. 2, art. 820, § 1, p. 688.

¹⁷ Por cierto, se entiende que no hay crédito de existencia cierta, de monto determinado, ni prontamente exigible, que sea susceptible de compensación, si no se encuentra determinado en su consistencia y en su monto, e incontrovertido en su título, ni se halla protegido por la inmediata posibilidad del acreedor de accionar judicialmente para obtener su cumplimiento: C. Trab. Córdoba, Sala 5° unipersonal, 30/7/1997, "Amaranto, Elsa B. v. Telecom S.A.", "L.L.", 1999-F-759 (42.095-S); "L.L.C.", 1999-415.

¹⁸ Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia: La compensación, para verificarse, requiere que lo debido por una de las partes pueda darse en pago de lo debido por la otra, es decir, que los contratantes sean deudores recíprocos, que ambas deudas sean subsistentes civilmente, que sean líquidas, exigibles, de plazo vencido y que, si fueran condicionales, se halle cumplida la condición: CN.Civ., SalaE, 17/4/1997, "Mancini de Romanelli, Irene B. v. Mancini, Horacio

§ 689. EL SUPUESTO DE HECHO. RECIPROCIDAD

a) *Sobre el requisito de la reciprocidad*

Cuando la doctrina enumera los requisitos de la compensación legal, suele afirmar que, en primer término, debe haber *obligaciones recíprocas*¹⁹. En rigor, según pienso, la reciprocidad no debe buscarse en las obligaciones, sino en la calidad de los sujetos intervinientes; éstos deben ser, recíprocamente, acreedores y deudores entre sí, el uno acreedor del otro y viceversa, aunque las obligaciones respectivas *no sean* recíprocas. La cuestión merece mayores precisiones, porque en nuestro derecho, según se verá enseguida, siempre que se dan, en sentido estricto, obligaciones recíprocas, sus sujetos son también, y por fuerza, acreedores y deudores recíprocos, pero no ocurre lo propio a la inversa: puede haber acreedores y deudores recíprocos, sin que las obligaciones establecidas entre ambos polos sean recíprocas. Para que funcione la compensación legal, es necesario que la apuntada reciprocidad se dé entre las partes; no se requiere que las obligaciones sean recíprocas; es más, hasta se podría decir que las obligaciones recíprocas (correspectivas) no son compensables. Repárese en que no es lo mismo exigir obligaciones recíprocas que sujetos recíprocamente obligados.

Para fundar la tesis que queda expuesta, sirven estas consideraciones:

1º) En nuestro derecho, la expresión *obligaciones recíprocas* es usada para definir a los contratos "bilaterales" mencionados en el art. 1138, Cód. Civil; en efecto, se dice que un contrato creditorio es bilateral cuando: a) ambas partes quedan obligadas en virtud de él; b) dichas obligaciones son recíprocas, es decir, se trata de obligaciones principales, interdependientes, que se explican mutuamente²⁰. Como ejemplos de contratos bilaterales —porque de ellos nacen obligaciones recíprocas— se menciona la compraventa, la permuta, la locación en sus tres especies (cosas, servicios y obra), etc. Aquí, la reciprocidad de las obligaciones determina que las partes sean, recíprocamente, acreedoras y deudoras.

2º) Pero las obligaciones nacidas de los contratos bilaterales, caracterizadas precisamente como "recíprocas", no son compensables. No lo son, por varias razones: a) no tendría sentido alguno que las partes se obligaran mutuamente por contrato y luego la ley compensara esas obligaciones, en razón de su

A. y otro", "L.L.", 1997-D-740; "D.J.", 1997-2-1156. Para que la compensación funcione es indispensable que las obligaciones sean exigibles, es decir, que puedan reclamarse judicialmente por el respectivo acreedor y que ambas deudas sean líquidas, lo cual sucede cuando está definida la cuantía de su objeto. Bajo este enfoque no pueden oponerse en compensación las obligaciones naturales, las sujetas a plazo y las subordinadas a una condición suspensiva: C.N.Civ., Sala G, 17/12/1996, "Díaz, Pablo y otro v. La Jacinta S.A. y otro", "L.L.", 1998-E-772 (40.825-S).

¹⁹ Por ejemplo, Llambías, *Obligaciones*, t. II, n° 1903, p. 197.

²⁰ López de Zavalía, F., *Teoría de los contratos. Parte general*, 3ª ed, § 5, p. 54.

carácter recíproco; b) en la mayoría de los casos, la obligaciones recíprocas, nacidas de contratos bilaterales, tienen objetos heterogéneos, lo que impide la compensación; p. ej., el vendedor se obliga a entregar una cosa y el comprador a pagar un precio en dinero; cosa y precio no son aptas para compensarse; c) pero aunque tuvieran objetos homogéneos, como ocurre, por ejemplo, con la cesión-cesión²¹ de créditos en ambos casos dinerarios, no cabe aquí posibilidad de compensación, dado que, por el carácter traslativo de la cesión, la propiedad de los respectivos créditos pasa del patrimonio del cedente al del cesionario, por el solo consentimiento de las partes (doctrina del art. 1475), lo que impide que haya compensación.

3") Por ello, cuando la doctrina afirma que la compensación requiere de obligaciones recíprocas, debe aclarar de inmediato que no deben provenir de contratos bilaterales o, lo que es similar, que deben nacer de causas distintas²².

4") Por otra parte, el art. 818, del que se hace derivar este requisito, en ninguna parte dice o se refiere a "obligaciones recíprocas"; por el contrario, de su texto resulta que la compensación de las obligaciones tiene lugar *"cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente"*, añadiendo de inmediato: *"cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda"*. Esto ratifica que el requisito que realmente se requiere para que haya compensación es que las partes se encuentren *recíprocamente* obligadas, aunque las obligaciones no sean, en sentido estricto, recíprocas.

b) Indiferencia de la causa fuente de las obligaciones de las partes

Valiéndose de la letra del art. 818, la doctrina sostiene que es indiferente el origen o causa fuente de las obligaciones de uno y otro sujeto, siempre que sean distintas; se dice, en efecto: 'Es indispensable que los créditos provengan de causas fuentes diferentes'²³. Está claro que si Cayo le debe a Ticio un precio por la compra de unos caballos y Ticio le debe a Cayo los alquileres de un inmueble, siendo ambos créditos en dinero, exigibles, líquidos, expeditos y disponibles (embargables), la compensación legal funcionará en este caso sin tropiezos. Sobre este tópico, cabe formular dos observaciones: 1") las obliga-

²¹ Segundan. HSó.Λana^elciédkomesecedidorwrunacosaconvalorensí.oporotro derecho creditario, la cesión será juzgada por las disposiciones sobre el contrato de permutación". Sin embargo, López de Zavalía demostró que cuando un crédito se cede por otro crédito, más que permuta hay cesión-cesión ya que, en razón del carácter traslativo de la cesión, por el solo consentimiento de las partes los créditos se trasladan de un patrimonio a otro; de allí la imposibilidad de que opere ninguna especie de compensación.

²² Como lo hace Zannoni, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. 2, art. 820, §3, p. 689.

²³ Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. III, p. 537; Zannoni, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. 2, art. 818, § 1, p. 681.

ciones nacidas de causas distintas, no son "recíprocas", en el sentido del art. 1138, Cód Civil; sólo por licencia de lenguaje se les puede adjudicar ese calificativo; T) en nuestro derecho, es posible ubicar un caso en que las obligaciones de ambas partes nacen de la misma causa fuente, aunque no son recíprocas en el sentido del art. 1138 y son, por esa misma razón, compensables. Se trata del depósito irregular (art. 2223); si una persona le entrega a otra una suma de dinero para su guarda, habrán celebrado un contrato de depósito del que resulta obligado el depositario (a restituir la suma dada en guarda); pero, si el depositario debió efectuar gastos para cumplir con el depósito, el depositante queda obligado a rembolsar tales gastos. Se presenta, con toda claridad, el supuesto de hecho del art. 818: depositante y depositario son, recíprocamente, acreedores y deudores, aunque las obligaciones de uno y otro —nacidas de la misma fuente (el contrato de depósito)— no son recíprocas²⁴, pero se compensan, por disponerlo así el art. 2223.

c) *Derecho propio*

Del citado art 818 resulta que las partes acreedoras y deudoras deben serlo por *derecho propio*; con lo cual queda excluida la posibilidad de que una persona invocando un crédito ajeno que es, por hipótesis, su propio acreedor. Cabe adherir a quienes han señalado que se trata de una mención superflua, ya que "el único modo por el cual alguien puede quedar obligado es obligándose por derecho propio, no por cuenta de otro, pues entonces es el otro el obligado"²⁵.

§ 690. EXIGIBILIDAD

Recapitulando: dado el supuesto de hecho —partes recíprocamente obligadas—, las respectivas obligaciones serán compensables siempre que reúnan los requisitos previstos en los arts. 819, 822, 825 y concordantes. En primer lugar, deben ser *exigibles*. Este requisito surge explícito del art. 819, en tanto dispone que para que se verifique una compensación legal es preciso que ambas obligaciones "...sean subsistentes civilmente; que sean (...) exigibles...". En su momento (*supra*, § 160) se dijo que la exigibilidad indica que el tiempo de cumplir ha llegado; es decir, una obligación es exigible a partir del momento

²⁴ El depósito es un contrato real y unilateral, porque se perfecciona con la entrega de la cosa; queda únicamente obligado el depositario a restituir la cosa depositada; pero si el depósito le genera gastos, el depositante está obligado a restituirlos. Estas obligaciones nacen de la misma fuente, se "cruzan" entre sí, pero no son recíprocas, pero sí compensables. Si se acepta la tesis del sinalagma imperfecto, se podría sostener que tales obligaciones nacen de fuentes distintas, pero esta doctrina ha sido refutada con sólidos argumentos. Cfr. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte general*, 3ª ed., p. 56.

²⁵ Llambías, *Obligaciones*, t DJ, n° 1903, p. 197.

en que el acreedor está facultado para reclamar compulsivamente el cumplimiento. Comp aquí se trata de obligaciones de las que uno es deudor del otro y viceversa, la compensación requiere que ambas sean exigibles. Ahora bien, por faltar el requisito de exigibilidad, no son compensables: 1°) las obligaciones naturales; 2°) las que están sujetas a un plazo, y; 3°) las que dependen de una condición suspensiva.

a) Respecto de las obligaciones naturales (*supra*, § 351 y ss.), caracterizadas por el art. 515 como aquellas que, por estar fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad, *no confieren acción para exigir su cumplimiento* —de donde luce su inexigibilidad—, resulta evidente que no pueden dar lugar a una compensación legal, sin perjuicio, como se verá, de que puedan ser objeto de una compensación facultativa. Huelga decir que es suficiente que una de las obligaciones sea natural para que se excluya la posibilidad legal.

b) Tampoco son susceptibles de compensación legal las obligaciones sujetas a plazo. En su lugar se dijo que el *plazo accidental* (*supra*, § 163, b) es una modalidad en virtud de la cual se subordina al transcurso de un lapso la exigibilidad de la obligación; por lo tanto, mientras el plazo se encuentra pendiente de vencimiento, la obligación es inexigible y, por ende, no es susceptible de compensación. /

c) Lo propio ocurre, y por la misma razón, con las obligaciones sujetas a *condición suspensiva*; aunque era innecesario —pues es suficiente con afirmar que se requiere exigibilidad—, el art. 819 se refiere expresamente a la cuestión al disponer que para que se verifique la compensación es preciso que, si alguna o ambas obligaciones "*...fuesen condicionales, se halle cumplida la condición*". Aunque el texto no lo dice, es obvio que alude a la condición suspensiva²⁶, pues —en esa hipótesis— antes de que se cumpla la condición, la obligación no es exigible y, por ende, tampoco es compensable (*supra*, § 385 y ss.).

§ 691. LIQUIDEZ

Para que haya compensación es también necesario —según añade el citado art. 819— que ambas obligaciones "*...sean líquidas...*". Desde Pothier se dice que una obligación es líquida "cuando consta lo que es debido y cuánto es debido" (*cum certum est an et quantum debeat*) o, en otros términos, es líquida "cuando está comprobada su existencia y está definida la cuantía de su ob-

²⁶ Por el contrario, las obligaciones que están sujetas a una condición resolutoria, *pendente conditione*, son compensables, porque tienen existencia actual y producen en plenitud sus efectos. Luego, si no se cumple la condición, al desaparecer el riesgo que hubiese provocado la extinción de la obligación y la compensación que con ella se hubiese hecho, queda consolidada; pero si se cumple la condición, con efecto extintivo sobre la obligación, la compensación también queda sin efecto, retro trayéndose la situación de las partes al *status* que tenían antes del nacimiento de la obligación que había sido compensada.

jeto"²⁷. Dejando de lado lo relativo a la *existencia*, esto es, a su prueba, parece más adecuado recurrir a la vía negativa y sostener que una deuda es *ilíquida* cuando, siendo cierta en su existencia²⁸, es incierta en su importe, cuantía o monto²⁹. Prescindiendo, por ahora, de nuestro sistema de derecho positivo, ¿se justifica exigir que la liquidez de las deudas sea un requisito de la compensación legal? Se han dado respuestas encontradas.

a) Tesis que niega la necesidad de liquidez

Una importante doctrina, uno de cuyos principales expositores fue Bibiloni³⁰, niega que la liquidez deba ser un requisito de la compensación³¹. El principal argumento que se invoca es que si la compensación cumple una función de garantía (*supra*, § 686, *á*), al evitar que uno de los deudores pague y luego no pueda cobrar su crédito por insolvencia de su deudor recíproco, esa garantía debe funcionar, sean las deudas líquidas o ilíquidas. Esta solución fue aceptada por el Anteproyecto Bibiloni, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954 y, entre los más recientes, por el Proyecto de 1998; además, es el sistema que adoptaron los Códigos Civiles de Alemania (arts. 387 y 390) y suizo de las Obligaciones (art. 120). Se admite, por esta doctrina, que la liquidez es requisito necesario de la compensación, cuando se la opone como defensa en un juicio ejecutivo, ya que por la especial naturaleza de este proceso, frente al crédito necesariamente líquido del ejecutante, la defensa sólo puede ser admitida, en todo o en parte, cuando el ejecutado afirma ser el acreedor del demandante hasta un monto determinado pues, en caso contrario, la defensa no puede ser admitida.

b) Tesis que considera justificado el requisito de liquidez

Otros autores, especialmente Greco³², estiman que el requisito de que ambas deudas sean líquidas está justificado por exigencias prácticas y de segu-

²⁷ Llambías, *Obligaciones*, 1111, n° 1917, p. 213.

²⁸ Bien se ha observado que es equivocado englobar dos nociones que no deben ser asimiladas: certidumbre y liquidez, ya que la certidumbre no es un atributo del objeto de la obligación, sino que hace a la prueba de su existencia; la liquidez, en cambio, sí es un atributo del objeto. De allí que un crédito pueda ser, al mismo tiempo, cierto y líquido, o cierto pero ilíquido: Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. DJ, p. 542; Greco, E., *Extinción de las obligaciones*, ps. 87 y ss.; Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. DJ, n° 1644, p. 435. Comp. Zannoni, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. 2, art. 820, § 5, p. 690.

²⁹ De Ruggiero, R., *Instituciones de derecho civil*, t. II, vol. I, p. 141.

³⁰ Bibiloni, I., *Anteproyecto*, art. 1222 y su nota

³¹ De acuerdo con esta tesis: Colmo, A., *Obligaciones en general*, n° 786, p. 548; Lafaille, H., *Tratado de las obligaciones*, 1.1, n° 516, p. 436; Rezzónico, L. M., *Estudio de las obligaciones*, t. II, p. 1000; Llambías, *Obligaciones*, t. ID, n° 1920, p. 216.

³² Greco, E., *Extinción de las obligaciones*, ps. 88 y ss.; Salvat y Galli, *Obligaciones en general*, t. III, n° 1780, p. 123; Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. III, p. 544.

ridad jurídica. Ello, por varias razones: 1*) si se admite que una de las partes pueda compensar su crédito ilíquido con el crédito líquido de su contraparte, el crédito líquido se convertiría en ilíquido al no saberse hasta qué cuantía debe operar la compensación y si hay o no saldo a favor de alguno y, en su caso, el monto de ese saldo; 2*) impuesto el requisito de la liquidez, ambos acreedores y deudores recíprocos conocen el monto de sus respectivos créditos; de allí que el que sea titular del de mayor cuantía sabrá con precisión cuál es el saldo de su crédito y podrá actuar en consecuencia. Éste es el sistema del Código de Francia que siguió el italiano de 1942 (art. 1243) y, en el Paraguay, del Anteproyecto De Gásperi (arts. 875 y 876).

c) *El sistema de nuestro Código Civil*

A partir del art. 819, resulta incuestionable que en nuestro derecho, como lo reconoce la mayoría de los autores, para que opere la compensación legal se requiere que ambas deudas sean líquidas. Tal la regla general que, *de lege lata*, rige entre nosotros. Esa regla debe ser interpretada teniendo en cuenta las siguientes pautas, señaladas por la doctrina y jurisprudencia: 1*) no -tiene, ni mucho menos, carácter absoluto o rígido; por el contrario, se ha reconocido en forma coincidente³³ que si la deuda ilíquida es fácilmente liquidable, p. ej., si ello dependiera de una simple operación aritmética (cálculo de intereses devengados) o de un simple cotejo de los asientos contables, etc., puede ser compensada; 2*) si bien determinar cuándo una deuda es, o no, fácilmente liquidable, es una cuestión de hecho que depende de las circunstancias de cada caso, se tiene establecido que son ilíquidos y por ende no compensables, por ejemplo, el crédito de la víctima de un hecho ilícito a ser indemnizada, hasta tanto no se fije judicialmente la cuantía del daño resarcible o las partes se pongan de acuerdo al respecto; el crédito de los abogados por honorarios, hasta tanto no sean regulados por el juez, salvo que se trate de honorarios tarifados, en cuyo caso debe estimarse que son fácilmente liquidables; debe también considerarse que son ilíquidas, en general, las obligaciones "de valor" (*supra*, § 496), ya que en éstas su cuantía sólo es conocida en el momento del pago, en tanto que la compensación legal requiere que ambas deudas sean líquidas desde la fecha en que comenzaron a coexistir (art. 818); 3") si la compensación es usada como *defensa*, opuesta como excepción en un juicio ejecutivo, el juez debe ser riguroso en la exigencia de que el crédito que se pretende compensar contra el demandante sea líquido.

³³ Cfr. Zannoni, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. 2, art. 820, § 5, p. 690; Lafaille H., *Tratado de las obligaciones*, 1.º 1, n.º 516; Busso, E., *Código Civil*, t. IV, p. 304, n.º 99; Borda, *Obligaciones*, 1.º 1, n.º 897; Trigo Represas, en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. III, n.º 1644, p. 437.

§ 692. CRÉDITOS Y DEUDAS EXPEDITOS

Para que se verifique la compensación legal es también necesario —dice el art. 822— que "los créditos y las deudas se hallen *expeditos*"²⁴. Un crédito es expedito cuando su titular puede ejercerlo sin obstáculos o impedimentos legales o, como dice la última parte del art. 822, "...sin que un tercero tenga adquiridos derechos, en virtud de los cuales pueda oponerse legítimamente". Hay coincidencia entre los autores en señalar que un crédito no es expedito, porque un tercero ostenta un derecho que impide u obstaculiza la compensación legal de uno de los créditos, cuando éste: a) ha sido embargado o dado en prenda; b) ha sido transferido, por cesión, endoso, etc.; c) cuando su titular ha sido declarado en quiebra o concurso de acreedores. Éstas y otras hipótesis serán analizadas en el parágrafo destinado a los créditos no compensables.

§ 693. CRÉDITOS EMBARGABLES

Para que pueda haber compensación ambos créditos deben ser *embargables*. Es sabido que no todos los créditos de que puede ser titular una persona son embargables; así, p. ej., no lo son los créditos por alimentos (art. 374), los que provienen de una renta vitalicia (art. 2076), etc., según se dijo (*supra*, § 257, b). Estos créditos, por las mismas razones que no se admite que sean embargados, tampoco pueden ser compensados; la ley así lo ha decidido porque pretende que sean efectivamente percibidos por quien reviste la calidad de acreedor, en razón de que tienen la particularidad de estar destinados, en la mayoría de los casos, a satisfacer a personas a quienes se presume necesitadas de asistencia. En claros términos, así lo dispone la primera parte del art. 825: "No son compensables las deudas de alimentos...". La solución no admite réplica ya que, por ejemplo, si el alimentante tuviera contra la persona a quien debe alimentar un crédito y pudiera compensar ese crédito con su obligación de asistencia, el deber alimentario se extinguiría, frustrándose así la finalidad tuitiva de la ley. Por ello, acertadamente se ha resuelto que el alimentante obligado por convenio o por sentencia a pagar en dinero una cuota alimentaria no puede unilateralmente alterar dicho aspecto de su obligación, ni por ende pretender compensación por lo que entregó en especie al alimentado, o por los servicios que le prestó o por los pagos que hizo a terceros respecto de rubros que integran el contenido de los

²⁴ No otra cosa ha dicho la jurisprudencia: "Para que funcione la compensación legal, el art 819, Cód. Civil, enumera una serie de requisitos, entre los que se encuentra la exigencia de que los créditos a compensar resulten expeditos, es decir, que se encuentren libres de toda traba legal y que puedan disponerse o ser hechos efectivos sin afectación de los derechos de terceros" CN.Cív. y Com. Fed., Sala 1°, 3/11/1998, "Banco Shaw v. Somisa", "LJL.", 2000-A-576 (42.359-S).

alimentos, por lo que deben considerarse simples liberalidades³⁵. Por idéntica razón, se decidió que lo abonado en concepto de alimentos después de la sentencia de primera instancia es irrepetible, y también es inadmisibles la compensación que pretende oponer el apelante cuando se le reclaman las cuotas posteriores, invocando que los pagos que hizo mientras tramitó la apelación exceden la cuota que la alzada fijó en definitiva³⁶.

§ 694. OBLIGACIONES DE OBJETO FUNGIBLE

Resta mencionar, como último requisito de la compensación legal, el carácter *fungible* que deben tener los respectivos objetos de las obligaciones en trance de ser compensadas. Cabe precisar que lo que se requiere es que el objeto de una de las obligaciones sea fungible respecto del objeto de la otra obligación, como ocurre, por ejemplo, cuando ambas obligaciones tienen por objeto dar una suma de dinero. En cambio, no habrá compensación, aunque los objetos de ambas obligaciones sean fungibles, si no son fungibles *entre sí*; p. ej., si una obligación es de dar dinero y la otra de dar una tonelada de azúcar, cada obligación tiene un objeto fungible, pero como tales objetos no son fungibles entre sí, no son compensables.

El art. 820 se refiere a este requisito en los siguientes términos: "Tara que la compensación tenga lugar, es preciso que ambas deudas consistan en cantidades de dinero, o en prestaciones de cosas fungibles entre sí, de la misma especie y de la misma calidad, o en cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, con tal que la elección pertenezca respectivamente a los dos deudores".

El texto sugiere estos comentarios:

a) Las obligaciones de dar dinero constituyen el paradigma de las que son compensables; tanto que la primera parte del art. 820 parece erigir tal condición en requisito esencial, aunque sólo se trata de una de las hipótesis en que funciona este modo extintivo. Cabe añadir que no será un impedimento para compensar el hecho de que las obligaciones hubiesen sido contraídas en distintas especies de monedas, una en pesos y la otra en dólares estadounidenses porque, por un lado, se trata de obligaciones de "dar dinero" (art. 619) y, por otro, la aparente diversidad se supera con un simple cálculo de conversión³⁷. Por ello, con

³⁵ CN.Civ., Sala K, 2674/1999, "B. M. G. y otro v. K. C. A.", "L.L.", 2000-C-922 (42.748-S).

³⁶ CN.Civ., Sala 1\ 17/11/1998, "Szlufman, Leonardo S. v. Fernández Bonilla, Manuel D.", "L.L.", 1999-C-543.

³⁷ Con anterioridad a la reforma del art. 619, Cód. Civil, por la ley de 23.928 (Convertibilidad), Llambías sostenía que "no hay compensación cuando una de las deudas tiene por objeto moneda extranjera" con el argumento de que tal moneda "no es dinero en nuestro país" (*Obligaciones*, t. III, n° 1906, p. 203). Con posterioridad, vigente el nuevo art. 619, pese a que

todo acierto se admitió la compensación parcial del depósito en garantía efectuado en dólares por el locatario, con la deuda de éste en moneda nacional por daños ocasionados al inmueble alquilado, si dicho depósito se "pesifica".

b) Está claro que la compensación encuentra campo propicio en las obligaciones que tienen por objeto cosas fungibles entre sí (v.gr., resmas de papel, bolsas de azúcar, etc.); el art 820 dispone, como requisito particular, que en tal caso las cosas fungibles deben ser "de la misma especie y calidad". De aquí se deduce que si difieren en calidad o especie ya no podrán compensarse, siendo ésta una cuestión de hecho para cuya apreciación será menester tener en cuenta las particularidades de cada caso.

c) Una situación especial se presenta cuando las obligaciones tienen por objeto, respectivamente, cosas *inciertas no fungibles*; así, si Cayo debe a Ticio diez vacunos a adquirir de la estancia "El Payador" y éste, a su vez, le debe al primero siete vacunos a adquirir en el mismo lugar, ¿podrá funcionar la compensación hasta el límite de la obligación menor? Según el art. 820 si es posible siempre que "la elección pertenezca respectivamente a los deudores". Sin negar la solución legal, se debe reconocer que, en rigor, es suficiente que sea el deudor que quiere hacer valer la compensación el que tenga derecho de elección para que este medio extintivo funcione. En efecto: 1°) si Cayo elige los diez vacunos que debe entregar y luego, llegado el turno de Mevio, éste tiene derecho a elegir los siete animales que debe entregar al primero y quiere que se opere la compensación, ésta debe ser admitida, para lo cual le bastará a Mevio optar por siete de los diez vacunos que ya eligió Cayo; en el caso no se justifica que se realice un doble pago que es a todas luces innecesario; 2°) si Cayo no tiene derecho de elección, v.gr., porque se ha pactado que esa elección la haga un tercero, pero Mevio sí tiene derecho a elegir y quiere compensar, podrá hacerlo como en el caso anterior. En definitiva, la compensación dependerá, no de que los *dos deudores* tengan derecho de elección, sino de que lo tenga aquel de los deudores que quiera hacerla valer³⁸.

d) Las obligaciones de hacer, ¿son compensables? Según el art. 825, no son compensables "las obligaciones de ejecutar algún hecho". La doctrina clásica interpretó correctamente que este artículo cierra toda posibilidad a la compensación en esta especie de obligaciones *>.

las obligaciones de dar moneda extranjera son consideradas "como de dar dinero", se estima que no son compensables con las de dar pesos: Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. 3, p. 539.

³⁸ CN.Civ., Sala K, 3/2/2003, "A., S. M. v. B., J. M.", "L.L.", 2003- E-349.

³⁹ De acuerdo, Llambías, *Obligaciones*, t III, n° 1908, p. 205.

⁴⁰ Cfr. Colmo, A., *De las obligaciones en general*, n° 784; Lafaille, *Tratado de las obligaciones*, 1.1, n°514.

§ 695. OBLIGACIONES NO COMPENSABLES

La ley dispone que en determinados casos la compensación no puede tener lugar. Ello sucede o porque no se encuentran reunidos los requisitos para que este modo extintivo funcione, o bien porque aunque tales requisitos concurren, existen otras razones de peso que determinan su inviabilidad.

Se los menciona como casos de obligaciones no compensables y son los siguientes:

a) Créditos embargados o dados en prenda

Si un tercero ha embargado uno de los créditos, *antes* que la compensación legal se hubiese producido, ésta ya no podrá tener lugar, salvo que el tercero embargante sea desinteresado. Es así, porque el embargo equivale a la *indisponibilidad* del crédito embargado, ya que el pago que se haga de él deberá destinarse, por orden judicial, a satisfacer el crédito del tercero embargante. Se entiende, entonces, que un crédito embargado no está expedito (disponible) para quien es titular de ese crédito, razón por la que éste no puede utilizarlo para compensar una de sus obligaciones para con un acreedor distinto del embargante. Lo mismo ocurre cuando el crédito ha sido dado *ai prenda*, por su propio titular, a un tercero (art 3204), que adquiere sobre él un derecho real de garantía, lo que impide al primero disponer de su crédito mientras subsista la prenda. Nuestra jurisprudencia ha admitido esta interpretación: los créditos embargados o dados en prenda no pueden ser compensados legalmente, ya que la consecuencia del embargo r/la prenda es la indisponibilidad de aquél, a punto tal que un pago realizado a su titular será inoponible respecto del acreedor embargante⁴¹.

b) Créditos transmitidos a terceros

Si una persona dispone de su crédito, transmitiéndolo a un tercero, pierde, como es lógico, la posibilidad de usar ese crédito para compensarlo con una deuda que tenga respecto de quien es, a su vez, deudor del crédito transmitido. Nuestro Código se refiere a este asunto en varias disposiciones.

1) *Cesión de crédito y compensación*. Está claro que si Cayo es acreedor de Ticio y éste a su vez es acreedor del primero, ambos créditos se pueden compensar; pero si Cayo *cede* su crédito a otra persona, Mevio, aquella compensación ya no podrá hacerse. Pero ésta no es la única posibilidad que puede presentarse. Para apreciar las distintas alternativas, se deben tener en cuenta dos cuestiones fundamentales: 1*) la cesión, gráficamente, es una figura *triangular*,

⁴¹ C.N.Civ., Sala 1°, 17/11/1998, "Szlufman, Leonardo S. v. Fernández Bonilla, Manuel D.", "L.L.", 1999-C-543.

pues en ella intervienen el cedente (anterior acreedor), el cedido (deudor) y el cesionario (nuevo acreedor); 2°) la cesión se *perfecciona*⁴² con el solo consentimiento de las partes (cedente y cesionario), pero es *oponible a terceros* (en especial al deudor cedido), con la notificación que se le hace de la cesión.

Sentado ello, las alternativas posibles, son: 1°) perfeccionada la cesión (con el consentimiento), pero antes de la notificación, como el cedente está obligado a garantizar al cesionario la existencia y legitimidad del crédito, no deberá compensar el crédito con el cedido, porque si lo hace, será responsable de los daños y perjuicios que le causare al cesionario; 2°) si antes de la notificación, el cesionario pretendiera cobrar el crédito del deudor cedido, éste podrá oponer todas las defensas que tenía contra el cedente e, incluso, podrá oponer compensación; 3°) después de la notificación, el cedente queda fuera de cuestión, pues ha perdido la condición de acreedor y, por ende, es obvio que ya no podrá compensar; 4°) después de la notificación, tampoco el cedido podrá oponer compensación contra el cesionario, porque se lo prohíbe el art 826, al disponer que no son compensables entre el deudor cedido y el cesionario "los créditos contra el cedente que sean posteriores a la cesión notificada" «.

II) *Delegación pasiva perfecta*. — Análoga solución a la prevista para la cesión se aplica en caso de delegación pasiva perfecta (*supra*, § 647, a, LI). En este supuesto, cuando el acreedor (delegatario) acepta al nuevo deudor (delegado), liberando al deudor originario (delegante), ya no podrá haber compensación entre delegatario y delegado, por créditos entre el primero y el anterior deudor, pues se ha operado la transmisión de la deuda con efecto novatorio, es decir, extintivo, de la primera obligación **.

ÜI) *Endoso del título de crédito*.—Otra hipótesis de transmisión del crédito que, una vez operada, impide la compensación, tiene lugar con el endoso del título de crédito. La situación es, a estos fines, análoga a la de la cesión de crédito, sólo que en este caso se cuenta con un mecanismo de transmisión mucho más ágil y simple consistente en la firma del titular del crédito en el reverso del título y su posterior entrega al nuevo titular. Como se dijo, es obvio que después del endoso del título y su entrega, ya no es posible para el endosante com-

⁴² Cuando se trata este tema se suele afirmar, a mi juicio erróneamente, que la cesión se perfecciona en la fecha de la notificación de la cesión (Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1923, p. 220). Por el contrario, en nuestro derecho, la cesión tiene carácter traslativo, es decir, se perfecciona entre partes por el solo consentimiento (López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte especial*, 11, § 86, p. 569), aunque recién será oponible a terceros, en particular respecto del deudor cedido, a partir de la notificación.

⁴³ C. Nac. Com., Sala A, 28/3/2003, "Díaz Cisneros, Adriano y otro v. Aguas Argentinas S.A.", "L.L.", 2003-F-I037 - "DJ." 2004-1. 407, con nota de Augusto M. Morello, "ED.", 17/12/2003, p. 4.

⁴⁴ Zannoni, E, en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. 3, art. 826, 52, p. 699.

pensar ese crédito frente al deudor. La ley ha dispuesto, además, que tampoco el deudor pueda compensar un crédito que tenga contra el endosante frente al nuevo titular del crédito (endosatario), porque con éste no hay reciprocidad⁴⁵. El art 827, Cód. Civil, que bien puede ser suprimido, contiene la solución descripta.

c) Concurso de acreedores de alguna de las partes

Según el art. 828, Cód. Civil, el "deudor o acreedor de un fallido sólo podrá alegar compensación en cuanto a las deudas que antes de la época legal de la falencia ya existían, y eran exigibles y líquidas; mas no en cuanto a las deudas contraídas, o que se hicieren exigibles y líquidas después de la época legal de la quiebra. El deudor del fallido en este último caso, debe pagar a la masa lo que deba, y entrar por su crédito en el concurso general del fallido". Está claro que la norma distingue entre deudas exigibles anteriores y posteriores a la declaración judicial de quiebra para disponer que las primeras sean compensables, no así las segundas. Para evitar equívocos, el art. 828, Cód. Civil, debe ser interpretado en armonía con el art. 130, Ley de Concursos 24.522, que refiriéndose a este tema dispone que "La compensación sólo se produce cuando se ha operado antes de la declaración de la quiebra". Esto quiere decir que si una obligación, aun siendo exigible, líquida, etc., no ha sido compensada antes de la declaración de quiebra, la compensación no podrá hacerse después.

d) Daños y perjuicios por despojo

La hipótesis a considerar es la siguiente: el propietario o poseedor legítimo de una cosa es despojado de ella, sufriendo, como consecuencia, daños y perjuicios que deben ser reparados; ahora bien, el autor del despojo, deudor de los daños, es a su vez acreedor, por otro título, del despojado; ¿puede el despojante invocar compensación de su crédito con la obligación de indemnizar que pesa sobre él? El art. 824 responde: "No es compensable la obligación de pagar daños e intereses por no poderse restituir la cosa de que el propietario o poseedor legítimo hubiese sido despojado".

Los requisitos para que funcione esta hipótesis de incompensabilidad son los siguientes: 1º) que el propietario o poseedor legítimo de una cosa haya sido despojado de ella por la fuerza; la entrega voluntaria, aunque hubiera sido obtenida mediante engaños, no impide la compensación «; 2º) que el despojante

⁴⁵ Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1927, p. 222.

⁴⁶ De acuerdo: Llambías, *Obligaciones*, t. IU, n° 1938, p. 232, quien señala que la entrega voluntaria podría ser equiparada a un pago indebido (obtenido por medios ilícitos) susceptible de ser anulado, pero no impide la compensación prevista en el art. 824 que se refiere expresamente al despojo.

hubiese consumido o destruido la cosa de la que se apoderó, de manera que resulte imposible su restitución, quedando como única vía posible la indemnización sustitutiva. La razón que justifica el impedimento para compensar radica en el hecho de que la ley quiere ratificar, en este caso, la prohibición de que no se puede hacer justicia por mano propia, considerando que, en la hipótesis del art 824, el despojante es acreedor del despojado y que si se le permitiera quedarse por la fuerza con la cosa de su deudor, se le estaría permitiendo, precisamente, hacer justicia por sí mismo.

e) Depósito irregular

El art. 824 se refiere a una segunda hipótesis de incompensabilidad al disponer que tampoco es compensable la obligación de "devolver un depósito irregular" (art. 824, *infra*). Esta disposición debe ser cuidadosamente interpretada. Un depósito es *irregular* cuando tiene por objeto cosas consumibles o fungibles (art. 2189); pues bien, quien recibe tales cosas para su guarda (depositario) tiene, como es lógico, la obligación de restituir esas mismas cosas u otras de la misma especie y calidad. Esa obligación no es compensable con un crédito que, por cualquier otro título y por un *objeto distinto* al del depósito, pudiera tener el depositario contra el depositante. Pero si el crédito del depositario contra el depositante tiene por objeto cosas *fungibles* con las cosas depositadas, estimo que no puede haber impedimento alguno para que funcione la compensación. Así, p. ej., si una empresa que comercializa granos tiene en sus depósitos cierta cantidad de porotos que pertenece a un productor y éste, a su vez, le debe a esa misma empresa una cantidad similar del mismo producto en razón de una venta, ¿tiene sentido impedir la compensación?

El propio Código Civil, en el art. 2223, admite la compensación cuando el depositario es, a su vez, acreedor del depositante en razón de *otro* depósito, teniendo por objeto, ambos depósitos, cantidades de cosas fungibles entre sí. En efecto, según el art. 2223, "El depositario puede retener el depósito por compensación de una cantidad concurrente que el depositante le deba también por depósito". La razón para admitir en este caso la compensación es que ambos contratos tienen por objeto cosas fungibles; siendo así, parece lógico que la solución deba ser la misma aunque uno de los contratos no sea de depósito, como se dijo en el párrafo precedente.

Respecto del depósito regular, la obligación de restituir del depositario no es compensable "con ningún otro crédito, ni por otro depósito que él hubiera hecho al depositante, aunque fuese de mayor suma o cosa de más valor" (art. 2219). La razón de esta prohibición radica en que, tratándose de un depósito regular, las cosas depositadas no son consumibles ni fungibles y, no siéndolo, no cabe la compensación porque lo impide el art. 820.

§ 696. COMPENSACIÓN DE LAS DEUDAS CON EL ESTADO

Toda compensación supone, como se dijo, la concurrencia de dos partes que revistan la calidad de acreedor y deudor recíprocamente; pues bien, cuando una de tales "partes" es el Estado (nacional, provincial o municipal) los créditos que tiene contra los particulares, ¿son compensables con los créditos que los particulares tienen contra el primero? Para responder se debe tener en cuenta que el Estado necesita contar, para el cumplimiento de los fines que justifican su existencia, con los medios y recursos económicos que posibiliten la obtención de tales fines. Es por ello que el ordenamiento jurídico pretende asegurar la efectiva percepción de los créditos destinados a engrosar el erario público adoptando distintas medidas⁴⁷; en la materia que aquí interesa, el Código Civil sienta el principio de que la deudas públicas no son compensables⁴⁸, enumerando en el art 823 los casos en que, por expresa mención de la ley, no es posible a los particulares compensar los créditos que tengan contra el Estado con las deudas que ellos mantienen con el erario.

Del citado art 823 resulta, en efecto, que "las deudas y créditos entre particulares y el Estado no son compensables en los siguientes casos":

1°) Si las deudas de los particulares proviniesen "de remates de cosas del Estado..." (inc. 1, art 823). Así, por ejemplo, las personas que adquieren tierras fiscales subastadas por el Estado y adeuden el precio, no podrán compensar esas deudas con créditos, de ninguna naturaleza, que tuvieran contra el mismo Estado.

2°) Si los particulares adeudan "...contribuciones directas o indirectas..." (inc. 1, art. 823); la hipótesis contemplada es la de deudas por impuestos que, en principio, no son compensables.

3°) Si se trata de deudas que los particulares tienen con el Estado por *tasas*, esto es, por retribuciones adeudadas en razón de servicios prestados por el Estado. El inc. 1, art 823, se refiere a esta hipótesis mencionando, como ejemplo, las deudas que se contraigan en concepto de derecho de almacenaje, depósito, etc., en las aduanas.

4°) Tampoco habrá compensación cuando la deuda del particular con el Estado y el crédito de éste contra aquél no pertenezcan al "mismo departamento o ministerio" (inc. 2, art 823). La doctrina⁴⁹ encuentra justificada esta limitación, pues considera que la existencia de entidades descentralizadas y autárquicas que llevan su propia contabilidad tomaría engorroso y contrario a las nor-

⁴⁷ La cláusula *solve et reple*, propia del derecho tributario, que obliga al contribuyente a pagar primero, para luego intentar la repetición del pago realizado, si se cree con derecho a ello, es una prueba que corrobora lo afirmado en el texto.

⁴⁸ De acuerdo: Nora Fariña, en Trigo Represas y Compagnucci de Caso, *Código Civil comentado*, "Obligaciones", t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2005, comentario al art. 823, p. 464.

⁴⁹ Zannoni, E., en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.). *Código Civil*, t. 3, art. 823, § 1, p. 696.

mas de buena administración admitir, por ejemplo, que un crédito a favor del Estado, registrado en una cuenta correspondiente al Ministerio de Economía, se compense con una deuda que el Estado mantiene con el mismo particular, pero que consta en la contabilidad que lleva el Ministerio de Educación.

5°) Según el inc. 3 del art. 823, cuando el Estado decide, mediante ley, consolidar las deudas que mantiene con los particulares, éstos quedan privados de la posibilidad de compensar esos créditos con deudas que ellos tengan con el primero. La razón que, según la doctrina, justificaría esta imposibilidad radica en el hecho de que los créditos consolidados no son exigibles 5°. No es posible dejar de considerar, sin embargo, que la decisión estatal de consolidar sus deudas debe ser usada en supuestos de excepción y con las limitaciones propias de toda legislación de emergencia⁵¹.

JJ) OTRAS ESPECIES DE COMPENSACIÓN

§ 697. CONTRATO DE COMPENSACIÓN (COMPENSACIÓN FACULTATIVA O VOLUNTARIA)

El contrato de compensación⁵² puede ser definido como aquel por el cual "dos partes, que en razón de causas o títulos distintos son acreedores y deudores entre sí, acuerdan extinguir las obligaciones de ambos, cuando median obstáculos para que opere la compensación legal"⁵³. Caben las siguientes acotaciones: 1°) se llega a este contrato por vía negativa, pues su celebración es posible y tiene eficacia cuando, por faltar alguno de los requisitos exigidos por la ley para que tenga lugar la compensación *legal*, las partes —reuniendo la cali-

⁵⁰ Nora Fariña, en Trigo Represas y Compagnucci de Caso, *Código Civil Comentado*, "Obligaciones", t. II, comentario al art. 823, p. 464; Zannoni, E., en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.), *Código Civil*, t. 3, art. 823, § 1, p. 696.

⁵¹ El propio Estado debió reconocer, con motivo de la crisis que produjo el colapso de la convertibilidad y la declaración de *default* de la deuda pública argentina, que los particulares acreedores en virtud de los títulos de dicha deuda, podían compensar tales créditos con lo que adeudaren al Estado. Para ello, el art. 823, Cód. Civil, fue modificado por el art. 1° del decreto 1387/2001 (BO 2/11/2001), dictado en virtud de facultades delegadas al Poder Ejecutivo por ley 25.414, que dispuso incorporar como párr. 1° del citado art. 823 el siguiente texto: "Los créditos de los particulares provenientes de los servicios de capital o intereses originalmente comprometidos correspondientes a títulos de la deuda pública que se encuentren vencidos, son compensables en todos los casos con cualquier tipo de deudas que tuvieren con el Estado, en las condiciones del presente título". Ese texto fue luego derogado por el art. 1° del decreto 282/2002 (BO 13/2/2002).

⁵² De acuerdo con el nombre: Larenz, K., *Derecho de las obligaciones*, 11, p. 428.

⁵³ Cfr. Pizarro y Vallespinos, *Obligaciones*, t. UL p. 762, quienes proponen la siguiente definición: es el contrato por el cual "acreedor y deudor extinguen dos obligaciones recíprocas, provenientes de distintas causas, cuando median obstáculos para que opere la compensación legal".

