

cumpla con ello como una forma de ejecución forzada de cumplimiento.

Esta garantía además de las pruebas rendidas debe ser suficientemente valorada por el juzgador puesto que en definitiva está en juego "la adecuada comunicación" que debe mantener con el menor el padre no ejerciente.

La vía de autorización debe manejarse incidentalmente, con ello se acortarían los plazos, en tanto que las medidas a tomar o las pruebas que se aporten, sean relevantes y que contribuyan con la autoridad del juzgador para resolver los justos alcances de los involucrados. En su caso, siguiendo esa misma vía judicial, se deberán extender aquéllos hasta tanto se cuenten con todas y cada una de las garantías para proceder en consecuencia.

## VI. CONCLUSIÓN

La garantía real propuesta como contrapartida de la autorización, tiene por objetivo afianzar el reintegro del menor al país, asegurando de alguna manera, la plena vigencia de los nuevos postulados consagrados por el art. 264 del Código Civil.

## ELEMENTOS ESENCIALES Y REQUISITOS DE LAS OBLIGACIONES

(VARIAS CUESTIONES)

Camillo TALE<sup>(\*)</sup>

---

SUMARIO: I. ¿La causa-fuente o causa generadora es uno de los elementos de las obligaciones?. II. ¿La causa final es uno de los requisitos esenciales de toda obligación?. III. ¿El vínculo es un elemento esencial de la obligación?, ¿en qué consiste?. IV. ¿La coercibilidad es esencial a la obligación? ¿Hay alguna coercibilidad en las obligaciones naturales?. V. ¿Es necesario que haya acreedor desde el primer momento de existencia de la obligación?, ¿debe haber un sujeto acreedor en toda obligación jurídica sin excepción?. VI. ¿En qué consiste precisamente el objeto de la obligación?. VII. ¿Puede ser la indemnidad del acreedor el objeto de una obligación, como suele afirmarse con respecto a las denominadas "obligaciones de seguridad" en los contratos?. VIII. ¿Las deudas de juegos que son prohibidos por las leyes, son obligaciones jurídicas válidas, o se trata de obligaciones inexistentes por la ilicitud del objeto?. IX. ¿Es un requisito del objeto de la obligación el que sea reductible a valores pecuniarios?.

---

(\*) Profesor Adjunto Filosofía del Derecho. Universidad Católica de Córdoba. Profesor Adjunto por concurso Derecho Civil II. Universidad Nacional de Córdoba.

## I. ¿LA CAUSA-FUENTE O CAUSA GENERADORA ES UNO DE LOS ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES?

El término "elemento", cuando es referido a una cosa, significa una parte de las que constituyen esa cosa.

En tal sentido se hablaba en otro tiempo de los "cuatro *elementos*", que la antigua filosofía natural postulaba como los constitutivos últimos de la realidad física, y en nuestro siglo tenemos el conocimiento cierto de los 92 *elementos* que la ciencia química ha descubierto que son los componentes íntimos de todos los cuerpos de la naturaleza. También se habla de los *elementos* del discurso gramatical, los *elementos* de las figuras geométricas, los *elementos* que componen la sociedad humana, los *elementos* que entran en la fabricación de un objeto...

En síntesis, "elemento" designa "cada una de las cosas cuya reunión forma otra cosa", y que por ende pueden discernirse en el análisis de ella. Define el vocablo André Lalande, en su conocido Vocabulario técnico de la filosofía: "una de las partes más simples de que está hecho un compuesto". Por lo tanto, los elementos de una cosa siempre son *intrínsecos* a esa cosa.

Con respecto a cualquier realidad, se dice que es esencial a ella todo aquello que debe darse para que tal realidad exista. De acuerdo con lo dicho, los elementos esenciales de la obligación, son las partes componentes infaltables de toda obligación.

Varios autores han incluido la *fuerza* de la obligación, al mencionar sus elementos esenciales. Algunos han añadido que la causa fuente es un "elemento externo" de la relación jurídica obligatoria.

Es verdad que el hecho jurígeno, o sea el hecho que está en el origen de la obligación, y del cual depende el nacimiento de ésta, es exterior a la obligación. Pero si es algo "externo", entonces ya no es un elemento de ella, porque todo elemento, por definición, es siempre algo intrínseco.

El dimanar de una causa-fuente es un requisito esencial de toda obligación, y así lo expresa el art. 499 del Cód. Civil: "No hay

obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles". Es correcto decir que la causa generadora es un principio esencial de las obligaciones; pero se trata de un principio extrínseco, que no integra la relación crediticia, y por lo tanto es un error incluirla entre los elementos de la obligación.

## II. ¿LA CAUSA FINAL ES UNO DE LOS REQUISITOS ESENCIALES DE TODA OBLIGACIÓN?

### Planteamiento de la cuestión

Algunos juristas dicen que la causa final no tiene lugar en todas las obligaciones, sino *solamente* en las deudas que nacen de los contratos o, en general, en todas las que surgen de los actos jurídicos, o sea de los actos voluntarios que tienen por finalidad generar obligaciones <sup>(1)</sup>. ¿Es esto correcto?

### La causa final en las obligaciones que nacen de un acto jurídico

Es verdad que toda obligación que se conviene en un negocio jurídico tiene un fin, pues, como decía Henri Capitant, "todo el que consiente en obligarse hacia otro lo hace en consideración de un fin que se propone alcanzar por medio de esta obligación (...). Obligarse sin tendencia a un fin es acto propio de locos" <sup>(2)</sup>.

(1) Cfr. Alfredo Colmo, *De las obligaciones en general*, 3ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1961, ns. 8, 9 y 35; Jorge Iliambias, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, I, Bs. As., Perrot, 1983, N° 44; Luis Moisset de Espanés, *Estudios de derecho civil. Carras y polémicas*, Córdoba, Victor de Zavalla, 1982, p. 135.

(2) Henri Capitant, *De la causa de las obligaciones*, trad. y notas de E. Tarragato y Contreras, Madrid, 1922, p. 17.

Así por ej. hay siempre una causa final de la deuda del comprador de pagar el precio, y tal causa final está en que ha recibido o va a recibir la cosa vendida. En aquellas obligaciones que se contraen sin que el deudor reciba una contraprestación, la causa final está en el beneficio que se quiere otorgar al prójimo.

En el caso de las obligaciones que nacen de una convención, la causa final no debe referirse sólo a tal acto jurídico (causa final *del contrato*), sino también a las obligaciones mismas <sup>(3)</sup>. Por ello, con acierto Henri Capitant intituló "De la causa de las obligaciones" la célebre obra en que trató acerca de la causa final.

#### La causa final en las obligaciones nacidas de otras fuentes

También puede señalarse una causa final en las obligaciones que no se originan en la ocasión de un negocio jurídico. Y esto es así porque *siempre la deuda de una persona debe tener una razón de ser que la explique*: el cumplimiento de la obligación es para algo, tiene un fin.

Vemos por ej. que en la obligación de indemnizar que resulta de la comisión de un hecho ilícito hay evidentemente un fin: este fin es la "vuelta de las cosas al estado anterior", que ha de lograrse con el pago resarcitorio.

Así también en los supuestos comprendidos bajo la denominación de "cuasicontratos", como es la situación del pago indebido, la obligación que surge de quien cobró lo que no se le debía, también tiene una causa final, que está precisamente en volver las cosas al estado anterior, de modo que cada uno tenga lo suyo.

Algunos juristas, como por ej. Ernesto Wayar, han objetado la existencia de la causa-fin en las obligaciones que no provengan de negocios jurídicos, a partir de la idea de que tal causa carece de realidad objetiva. El autor jujeño concibe la causa final como un

"ingrediente psicológico que puede ser localizado en los actos jurídicos (...) más exactamente en la *voluntad* de sus creadores (...), pero que es ajeno al derecho de crédito" <sup>(4)</sup>.

Pero en realidad, podemos advertir que *más allá de la intención de los sujetos jurídicos que protagonizan el negocio, hay una finalidad propia que caracteriza, en cada especie de contrato, el conjunto de obligaciones de una y otra parte*. En tal sentido, definía J. Bonnecasse la causa-fin como el "fin abstracto, inmediato, rigurosamente idéntico en todos los actos jurídicos correspondientes a una misma categoría, que persiguen necesariamente el autor o los autores de un acto jurídico determinado" <sup>(5)</sup>.

En armonía con lo dicho, explica Fernando López de Zavalla: "Al ser estimada la causa como el fin que persigue el autor de un acto, pareciera tener una tonalidad psicológica y subjetiva. Pero en definitiva, al concebirse como siempre idéntico para cada categoría de acto, se lo objetiva, despersonalizándolo, ya que en cada categoría será siempre igual, cualquiera que sea la persona de los contratantes" <sup>(6)</sup>.

De manera semejante, en el proyecto de reformas de 1993 aprobado por la Cám. de Diputados, expresa el nuevo art. 953 bis: "La causa del acto está constituida por el fin jurídico, inmediato y tipificante, procurado por las partes (...)". Y en el Informe correspondiente de la Comisión de Legislación General de dicha Cámara, en la parte dedicada al proyectado art. 953 bis, leemos; "El artículo 953 bis introduce expresamente la causa final como elemento esencial autónomo del acto jurídico, en respuesta a exigencias de la doctrina actual, pues es notorio que el anticausalismo o antifinalismo se encuentra en vías de extinción. En tal sentido, se

(4) Ernesto Wayar, *Derecho civil. Obligaciones*, v. I, Bs. As., Depalma, 1990, p. 94.

(5) G. Baudry-Lacantinerie y L. Barde, *Traité théorique-pratique de dir. civile, Supplément* par J. Bonnecasse, II, N° 613.

(6) Fernando López de Zavalla, *Teoría de los contratos*, t. I, Parte general. Bs. As., Zavalla, 1991, p. 246.

(3) En contra, Alberto Bueres, *Objeto del negocio jurídico*, Bs. As., Hammurabi, 1986, p. 35.

ha adoptado la concepción amplia (...) conformada por la finalidad inmediata que persiguen las partes, uniforme y constante en cada categoría de negocio (...)"

El fin del negocio jurídico, de acuerdo con lo dicho, no se reduce a la finalidad singularmente querida por las partes. La realidad de la causa final no se agota en una presencia subjetiva, sino que hay una finalidad objetiva, lógica, independiente del querer individual, de las obligaciones de pagar un precio al comprar o al alquilar, de la obligación de entregar la cosa en propiedad o para su uso, de la obligación de realizar un servicio estipulado, etc. Este fin objetivo está implicado por el negocio jurídico mismo de la especie de la cual se trata, y viene a tener existencia subjetiva en el contratante en cuanto éste lo asume.

Análogamente, en las deudas que surgen en otras situaciones jurídicas que no son el negocio jurídico, también hay una finalidad lógica, objetiva e independiente del querer individual. Así sucede con la obligación de restituir que resulta de un cobro indebido, aun cuando haya sido involuntario, y en general también en cualquier hipótesis de enriquecimiento sin causa, y asimismo en la obligación de reparar el daño causado a la víctima de un hecho ilícito, en la obligación tributaria instituida por la ley, en la obligación alimentaria que surge de las relaciones de familia, etc..

En conclusión, la causa final es tan esencial para la existencia de cualquier obligación, como lo es la causa-fuente o generadora. Ambos son requisitos de la relación creditoria, y principios o causas de ella, aunque ninguno de los dos es elemento de la obligación, si hablamos con propiedad, porque no hacen a su estructura interior.

### III. ¿EL VÍNCULO ES UN ELEMENTO ESENCIAL DE LA OBLIGACIÓN?, ¿EN QUÉ CONSISTE?

A veces se ha omitido en los tratados la mención del vínculo a la hora de nombrar los elementos esenciales de las obligaciones.

En algunos casos, ello se ha debido a que el vínculo jurídico en sí mismo carece de manifestación empírica y por ello escapa a la aprehensión de los sentidos, a diferencia de los otros elementos.

Otras veces, con dicha omisión se ha intentado tomar distancia de la concepción romana antigua, en la cual el vínculo se tenía por una atadura de la persona misma del deudor, y por ello se ha querido descartar toda noción que recuerde aquella concepción.

Héctor Lafaille en su *Curso de Obligaciones* prescindió de este elemento; en el posterior *Tratado* el mismo jurista ya lo reconoció, pero sin embargo, en seguimiento de René Demogue, prefirió sustituir el "vínculo", que juzgaba ser una expresión metafórica, por la locución "situación jurídica" (7).

Ahora bien, el giro "situación jurídica", sin ser incorrecto, es demasiado amplio o vago para el propósito de definir la obligación en sentido estricto. No nos dice en qué consiste ella; precisamente la obligación no es cualquier situación jurídica, sino que es una situación por la cual uno está vinculado, en cuanto está sujeto a la necesidad deóntica de cumplir algo.

Jorge Lambías objetaba que el vínculo no puede ser un elemento del derecho creditorio, porque el vínculo es un elemento de todo derecho subjetivo (8). Pero esta objeción es inadmisibles, porque es esencial a la especie todo aquello que sea esencial al género: todo cuanto se halle en un género, necesariamente se halla en las especies contenidas en él. Esencial a una cosa no significa exclusivo ni definitorio de ella, sino que significa todo lo que necesariamente debe encontrarse en esa cosa (9).

De modo que el vínculo es elemento esencial en los derechos creditorios u obligaciones, y al mismo tiempo es elemento esencial de la categoría más general que son los deberes jurídicos.

(7) Héctor Lafaille, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Ediar, 1947, N° 8. René Demogue, *Traité des obligations en général*, v. I, N° 7.

(8) Jorge Lambías, *op. cit.*, N° 9, ps. 21 s.

(9) Cfr. Alberro Bueres, *op. cit.*, p. 36.

El vínculo jurídico, de todos los elementos de la obligación, es el más específico, en lo que toca a la juridicidad: podemos tener en dos supuestos los mismos sujetos y el mismo objeto, pero si no hay vínculo jurídico, podemos tener otra clase de deber (deber moral o deber de urbanidad o del trato social), o aun una relación ajena a todo deber.

Ahora bien, este vínculo jurídico es una ligadura o sujeción, pero no es precisamente una sujeción a la voluntad del acreedor, ni a su persona, sino que es la sujeción del deudor a una norma jurídica natural o positiva -ya sea legal, ya sea contractual, emanada de la propia voluntad unilateral o de otro origen-. La obligación jurídica está referida a otro, en cuyo beneficio debe cumplirse, pero el *vínculo o ligadura o ligamen es con respecto a una norma jurídica, natural o positiva.*

#### IV. ¿LA COERCIBILIDAD ES ESENCIAL A LA OBLIGACIÓN?

##### ¿HAY ALGUNA COERCIBILIDAD EN LAS OBLIGACIONES NATURALES?

El vínculo en las obligaciones jurídicas en general y en las obligaciones naturales en particular

Defínese la coercibilidad como posibilidad de compulsión. Compulsión significa "apremio y fuerza que, por mandato de autoridad, se hace a uno, compeliéndole a que ejecute una cosa" <sup>(10)</sup>.

Es un pensamiento común el que incluye la coercibilidad entre las notas esenciales de toda obligación jurídica. Algunos lo hacen en tanto emplazan la coercibilidad como propiedad esencial del

vínculo, como por ej. Alberto Bueres <sup>(11)</sup>; otros identifican ambas cosas, como es el caso de Luis Boffi Boggero <sup>(12)</sup>; y hay quienes la mencionan como otro elemento más, que se suma a los sujetos y al objeto de la obligación, como es el caso de Héctor Lafaille <sup>(13)</sup>.

Puede verse que esta afirmación que declara la coercibilidad como esencial es insostenible, si se repara en las "obligaciones como esenciales", a las cuales se refieren los arts. 515 y ss. del Código Civil argentino. En tales obligaciones falta por definición la coercibilidad, y sin embargo son genuinas obligaciones jurídicas, pues tienen todos los elementos esenciales de una obligación jurídica (entre ellos, un *vínculo de índole jurídica*) y también varios efectos que son específicos de las obligaciones jurídicas.

Algunos autores, que se han aferrado a la idea de que la coercibilidad es un carácter infaltable en la deuda jurídica, han intentado encontrar cierta coercibilidad en las obligaciones naturales. Así, Héctor Lafaille habla de una "coercibilidad disminuida", en cuanto a una vez ejecutadas, no dan lugar para repetir. No son coercibles para reclamar su pago, pero el acreedor cuenta con el apoyo de la fuerza pública para retener lo que cobró, y el mencionado maestro dice que en ello hay cierta coercibilidad de tales obligaciones <sup>(14)</sup>. En el mismo sentido, Raymundo Salvat decía que estas deudas tienen un vínculo jurídico "debilitado" <sup>(15)</sup>. Se pretende que

(11) En su sustancioso libro dedicado al objeto del negocio jurídico, el autor pone la compulsión como componente esencial de la obligación, aunque incluido en el vínculo (Alberto Bueres, *Objeto del negocio jurídico*, Bs. As., Hammurabi, 1986, p. 34). Expresa que "la obligación sin compulsión no es una obligación (caso de la supuesta obligación natural)" (p. 34, nota).

(12) Luis Boffi Boggero, *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., v. I, 2da. ed., Astrea, v. I, p. 100, nota 35.

(13) Héctor Lafaille, *Tratado...*, cit., N° 11.

(14) Héctor Lafaille, *Tratado...*, cit., N° 26. La misma opinión expresa Luis Moisset de Espanés, *Curso de obligaciones*, Córdoba, Advocatus, 1993, v. I, p. 47.

(15) Raymundo Salvat, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 3ª ed., ns. 273 y 301. La misma opinión expresa Luis Moisset de Espanés, *Curso...*, cit., v. I, p. 170.

(10) Real Acad. Española, *Dicc. de la lengua española*, 1984.

tal coercibilidad se cumple en el caso de las obligaciones naturales en cuanto el acreedor goza de la protección estatal para retener lo cobrado como pago de ellas. *Pero esto es un error, porque en este supuesto la coercibilidad que se alega no sirve de auxilio al crédito natural, sino a la propiedad adquirida por el acreedor sobre el dinero o cosa pagada.*

La cosa que es objeto de la obligación ha sido adquirida legítimamente, por tratarse del pago de una obligación jurídica natural, y por ello el accipiens goza del auxilio de la fuerza pública para conservarla. *Pero sucede exactamente lo mismo cuando se ha recibido una cosa que se dio para cumplir un deber moral de gratitud, de beneficencia, o de cualquier clase, y también cuando se trata de una pura liberalidad.* De modo que en las obligaciones naturales, así como en estos otros casos, lo que la coercibilidad protege es la facultad de retener lo que se ha recibido legítimamente, y por ello no se trata de la coercibilidad —ni siquiera relativa o disminuida— de la obligación natural.

Para entender la juridicidad de la obligación natural no hay que fijarse en la *soluti retentio*, porque este efecto no proviene de su juridicidad, lo cual se advierte con toda evidencia si se tiene en cuenta que también hay *soluti retentio* en el caso de satisfacerse deberes morales no jurídicos y en el caso de hacerse liberalidades. La juridicidad resulta del fundamento de la obligación natural de la cual se trate, y si se quiere apreciar la juridicidad en sus efectos, véase que en el pago de ella no tienen lugar las acciones de colación y de reducción que en cambio son procedentes en los casos de las liberalidades y de la satisfacción de deberes meramente morales.

En conclusión, las obligaciones naturales, aunque son genuinas obligaciones jurídicas, carecen de toda coercibilidad, por definición.

Otros autores, que también parten de la premisa de que la coercibilidad es esencial para que haya obligación, en lugar de atribuirles alguna coercibilidad a las obligaciones naturales, han con-

cluido lisa y llanamente que las obligaciones naturales no son obligaciones jurídicas. Así por ej. Francesco Degni y G. Chironi. Entre los autores argentinos, ha seguido esta conclusión Alberto Bueres: "Rechazamos la idea de que la llamada obligación natural sea una obligación. Si no existe un derecho subjetivo (poder) para exigir la prestación, y no hay deber jurídico de cumplirla (deber), no existe vínculo" (16).

De nuestra parte, controvertimos esta afirmación, desaprobando tanto el concepto de deber jurídico que contiene, como el concepto de derecho subjetivo que expresa. El deber jurídico es independiente de la coacción que pueda favorecer su cumplimiento. Cuando hay una conducta de uno que es exigible por otro como algo que le pertenece o que le corresponde, hay un deber jurídico, aunque no se cuente con la protección de la fuerza del Estado para obtener la observancia de tal conducta exigible. (Es algo *jurídicamente* exigible, aunque no sea *judicialmente* exigible). Análogamente, en cuanto al derecho subjetivo, es errónea su identificación con el poder a secas o poder empírico, porque se trata de una facultad o poder deóntico que puede o no estar acompañada de un poder fáctico, y que de todos modos no depende de éste. Para tener un derecho no es necesario contar con la fuerza —propia o ajena, como es el imperium judicial— para hacerlo cumplir (17).

En conclusión, la coercibilidad es un elemento importante, pero es accidental. No está dentro del vínculo, ni se requiere para la existencia de la obligación jurídica, aunque sea muy útil para su eficacia.

El buscar alguna "coercibilidad" en la obligación natural es consecuencia de la falsa premisa que considera que la coercibili-

(16) Alberto Bueres, *op. cit.*, p. 37. El jurista las reduce a un mero "deber moral o de conciencia" (ps. 37 y 188).

(17) Cfr. el análisis que hacemos del asunto en nuestras *Lecciones de filosofía del derecho*, Córdoba, Ed. Alveroni, 1995, p. 103.

dad es esencial a lo jurídico, y que hemos refutado en trabajos anteriores <sup>(18)</sup>.

### Diferencia entre las obligaciones jurídicas naturales y los deberes meramente morales

Si se les niega la calidad de obligaciones jurídicas a las deudas naturales, se las reduce a deberes exclusivamente morales. Pero la equiparación entre obligación natural y deber meramente moral es falsa, porque los pagos de aquéllas tienen algunos efectos jurídicos distintos que las daciones que tienen por causa un deber moral: así por ej. las segundas están sujetas a la acción de colación y a la acción de reducción cuando se da el supuesto que las hace procedentes, cosa que no sucede cuando la atribución patrimonial se ha hecho para pagar una obligación natural.

Las obligaciones meramente naturales no son ejecutables de modo forzado, pero en ellas existe vínculo jurídico, pues la obligatoriedad jurídica no depende de la ejecutabilidad coactiva, ni aumenta con ésta, y por tanto, son tan jurídicamente obligatorias como las obligaciones civiles.

*En toda deuda jurídica natural hay un manifiesto constreñimiento a pagar, que es específicamente distinto del constreñimiento meramente moral que existe con respecto a una deuda de grati-*

(18) Cfr. Camilo Tale, *Lecciones de filosofía del derecho*, cit., ps. 11 ss.

Pueden hallarse diversas normas legales que instituyen deberes jurídicos, para cuyo incumplimiento sin embargo no existe ninguna sanción en el mismo sistema legal, ni modo de constreñir por la fuerza para el cumplimiento de tales deberes. Esto no ocurre sólo en el caso de las obligaciones naturales, sino también con respecto a diversos preceptos civiles, como es el supuesto de alguna norma de derecho administrativo relativa al funcionamiento de un establecimiento comercial, para cuya infracción no se ha previsto ninguna sanción, y también el caso de los deberes jurídicos específicos establecidos en las constituciones políticas (de las monarquías constitucionales) en cabeza del rey, cuya persona sin embargo es declarada en la misma constitución como "inviolable" e "irresponsable" (Cfr. Constitución de España de 1978, arts. 56.3, 62 y 91). Asimismo, los deberes jurídicos del ámbito del derecho internacional público, carecen con frecuencia de toda sanción y coercibilidad institucionalizadas dentro del mismo derecho positivo.

tud, de caridad, etc.. En estas últimas el eventual beneficiario no puede *exigir como suyo* el beneficio; pero el acreedor de una obligación natural puede golpear la puerta de su deudor, no sólo para pedir, sino para *exigir, como suyo*, lo que se le debe.

### V. ¿ES NECESARIO QUE HAYA ACREEDOR DESDE EL PRIMER MOMENTO DE EXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN?, ¿DEBE HABER UN SUJETO ACREEDOR EN TODA OBLIGACIÓN JURÍDICA SIN EXCEPCIÓN?

#### Sujetos de las obligaciones

En la estructura de una relación creditoria normalmente llamamos uno o más deudores y uno o más acreedores.

Se les atribuye comúnmente las denominaciones de "sujeto pasivo" y "sujeto activo", respectivamente <sup>(19)</sup>. Estas designaciones tal vez no sean adecuadas, aunque este asunto es sólo una cuestión de nombres. Cuando se llama al acreedor sujeto activo y al deudor sujeto pasivo, es porque se considera la situación de reclamo del crédito del primero al segundo, o también la ejecución forzada de la obligación que efectúa el titular del crédito, dirigiéndose al patrimonio del segundo, el cual debe someterse a tal ejecución. Pero no ha de ponerse en esto el aspecto característico de la obligación. Si consideramos la obligación en sí misma, hemos de reconocer que el deudor es quien debe tener un comportamiento activo: debe estar atento al vencimiento de la obligación, y debe realizar el pago de la cosa debida y del modo debido. Aún antes, también le son exigibles ciertos comportamientos: debe conservar el objeto de la obligación en el estado en que se encuentra y debe obrar con

(19) Alfredo Colmo, *op. cit.* N° 7. Los autores posteriores, en general, también han empleado estos términos.

la diligencia necesaria, de acuerdo con las circunstancias, para evitar su sustracción, pérdida o deterioro.

La asociación de la idea de *pasividad* con la posición del deudor, también puede provenir de una concepción individualista y liberal acerca del deber jurídico, según el cual se restringe el sentido de la obligación a la idea de un límite odioso de la libertad del deudor. Se concibe así al deudor sólo en cuanto "padece" los efectos de la obligación constituida, y las consiguientes limitaciones a su libertad de obrar. Frente a esto, y desde una concepción solidaria de lo jurídico, pensamos que ha de verse la obligación como un expediente de cooperación con la sociedad en general y con el prójimo concreto que ocupa el lugar de acreedor: las relaciones creditorias constituyen un modo de procurar la satisfacción de los intereses existenciales del otro, y ello significa la idea de cooperación entre los hombres, lo cual importa que el cumplimiento de la obligación, en vez de ser algo que es menester soportar, es una actividad dirigida a la satisfacción de las necesidades del prójimo, lo cual es conforme con la naturaleza social del hombre<sup>(20)</sup>.

Ahora bien, después de esta breve digresión terminológica, vayamos derechamente al *punctum quaestionis*: ¿es esencial la existencia de los dos sujetos, en todos los casos?

(20) Nos hemos referido a este asunto con ocasión de nuestro análisis crítico de la tesis de Werner Goldschmidt que concibe la obligación jurídica como un puro cercenamiento o "impotencia", como algo disvalioso (*El pensamiento filosófico-jurídico de Werner Goldschmidt. Exposición y comentario crítico*, en Revista Notarial, Córdoba, del Colegio de Escrib. de la Prov. de Córdoba, v. 1995-I, págs. 44 y 69).

Al respecto, Héctor H. Hernández señala: "Las conductas jurídicamente obligatorias, y así la obligación, son algo valioso, no son una impotencia, salvo un individualismo y liberalismo absolutos, en que la solidaridad social y las cargas sociales se vean siempre y en principio como un mal". Y añade: "Si el cumplimiento de las obligaciones es lo que sostiene la vida social, no puede verse a las obligaciones simplemente como algo negativo. Si hace a la naturaleza del hombre que esté obligado y que se obligue, mal puede verse a las obligaciones como un mal" (Héctor H. Hernández, *Para una fenomenología de la obligación jurídica*, en El derecho, v. 123, p. 1003.)

Admitimos que sin deudor no hay obligación. Pero la existencia del acreedor, en cambio, puede aparecer como problemática en ciertos casos.

### Las obligaciones que resultan de una voluntad unilateral del deudor

Suele decirse que tanto el sujeto deudor como el acreedor siempre existen, y que cuando alguno de ellos está indeterminado, es posible que haya obligación en tanto tal sujeto sea determinable; y que antes de la determinación del titular del crédito, no existe todavía obligación. Así por ejemplo en el supuesto de las promesas públicas de recompensa (por ej. por el hallazgo de un objeto perdido, o las que se lanzan con el fin de estimular una realización científica o artística), o de cualquier oferta al público (por ej. de venta de productos o de prestación de servicios), suele decirse que mientras no se haya presentado un interesado que reclama la recompensa, o que acepta la oferta, no nace la obligación.

Sin embargo, tal promesa de recompensa -o también una oferta en general- pueden hacerse de modo que quien la emite se comprometa a mantenerla durante cierto tiempo, y aun a mantenerla para siempre, o sea que puede efectuarse una promesa u oferta temporaria o definitivamente irrevocable. En tales casos el *proponente carece de la facultad de retractarla, de modo que en ese lapso queda comprometido o vinculado en virtud de la promesa pública o de la oferta, aun cuando todavía nadie haya aceptado*; existe ya un vínculo jurídico que limita la conducta del promitente en relación con el objeto de la promesa<sup>(21)</sup>.

(21) Este efecto jurídico ha sido indiscutible en la ley argentina cuando se trataba de promesas o de ofertas dirigidas a una persona determinada. Ahora bien, cuando la propuesta se dirige al público en general, o sea a personas indeterminadas, se interpretaba que la promesa u oferta no vinculaba a quien la hacía, de acuerdo con las normas de los arts. 1148 del C.C. y 454 del C de C., aun cuando la cuestión no era pacífica. Pero después de la ley 24.240, las dificultades que suscitaban los mencionados artículos

Lo cierto es que ya se comprometió, y por ende es correcto decir que ya hay cierta obligación, aunque todavía no hay acreedor.

Al respecto expresaba René Worms hace un siglo: "No puedo modificar la situación de otro por mi sola voluntad, pues ello sería avanzar sobre su derecho; pero tiene que ser posible, por mi sola voluntad, modificar mi propia situación. Puedo, pues, por una declaración unilateral obligarme hacia otro. Sin duda, aquél respecto del cual pretendo obligarme, no resultará acreedor si no lo quiere, ya que no puedo imponerle que adquiera un derecho, y su aceptación será siempre necesaria para que nazca el crédito en su favor. Pero, en cuanto a la deuda, ella es definitiva por la sola declaración que hago de mi voluntad. La aceptación del beneficiario, indispensable para el nacimiento del derecho de crédito, no es necesaria para la formación de la obligación" (22).

En nuestro país han admitido que con la sola declaración unilateral del deudor es posible que se constituya una obligación jurídica, casi todos los tratadistas de obligaciones: Alfredo Colombo, Héctor Lafaille, Raymundo Salvat, Luis Rezzónico, Luis Boffi Boggero, Pedro Cazeaux (23) y Ernesto Wayar. Eduardo Busso lo

.../ quedaron superadas, al menos en las relaciones contractuales entre consumidores o usuarios finales y proveedores, pues de acuerdo con el art. 7° de dicha ley la oferta "dirigida a consumidores potenciales indeterminados" no puede retirarse durante todo el tiempo por el cual fue hecha, aunque aún no haya sido aceptada. De modo que el oferente queda vinculado.

A título ilustrativo, recordamos que el proyecto de reformas al C.C. aprobado por la Cámara de Diputados en 1993 disponía: "El que oferta a persona indeterminada una prestación en favor de quien cumpla determinados requisitos queda obligado por su oferta desde el momento que la hace pública (...)" (art. 2291).

(22) René Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, París, Girard Brière, 1891, ps. 4 s. Cit. por Luis Rezzónico, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Bs. As., 1964, v. II p. 1216.

(23) Aunque el autor platense lo niega cuando trata de las clases de fuentes de las obligaciones (en Pedro Cazeaux y Félix Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, v. I Platense, La Plata, 1979, ps. 118 s.), lo admite abiertamente cuando trata específicamente el tema (v. 4 ps. 9 ss).

juzó "discutible", pero no lo negó (24). Jorge Llamblás ha sido el único de los tratadistas que ha negado esta fuente de las obligaciones (25).

En casi todos los artículos que se publicaron sobre el tema en nuestro país se admite esta fuente jurígena (26). También Isidoro Goldenberg, en su sustancioso libro específicamente dedicado a este asunto (27).

Reconoce expresamente la voluntad unilateral del deudor como hecho suficiente para generar obligaciones el Proyecto de reformas sancionado por el Congreso en 1987 y vetado por el P.E. (arts. 2288 ss.) y el Proyecto de reformas aprobado por la Cámara de Diputados en 1993 (art. 2288 ss), los cuales además contienen un título específico denominado "De las obligaciones que resultan de una declaración unilateral de voluntad".

### Donación a fundaciones futuras

Otro problema difícil en relación con el asunto del acreedor es el de las fundaciones, y más precisamente, el de la "promesa de fundación". La existencia de una persona jurídica de esta clase comienza desde el día en que ella sea autorizada por la ley o por el

(24) Eduardo Busso, *Código civil anotado*, v. III, Bs. As., Ediar, 1949, s/ el art. 519, N° 23.

(25) Jorge Llamblás, *op. cit.*, v. IV-B, ns. 2971 ss.

(26) J. M. Saravia, *Fuerza obligatoria de la declaración unilateral de voluntad*, en Estudios de der. civil en homenaje a D. Velez Sarsfield, Córdoba, U.N.C., 1936. Luis Boffi Boggero, *La declaración unilateral como fuente de las obligaciones*, Jurisp. Arg., Bs. As., 1942. Julio César Bonazzola, *Fuentes de las obligaciones. Empobrecimiento sin causa. La voluntad jurígena*. Bs. As., Perrot, 1955, ps. 35 ss; H. L. Azzi, *La voluntad unilateral como sexta fuente de obligaciones. Su aplicación en nuestro Código Civil*, en Rev. del Notariado, v. XXXVI, ps. 213 ss.; Amelia Martín de Vanzo y Graciela Somoza, *La declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones*, en Derecho civil y comercial. Cuestiones actuales, Córdoba, Advocatus, 1990, ps. 375 ss.; Camilo Tale, *La clasificación de las fuentes de las obligaciones*, en Rev. Notarial, Col. de Escrib. de la Prov. de Cba., N° 66, 1993-2, ps. 69 y 74.

(27) Isidoro Goldenberg, *La voluntad unilateral*, La Plata, Platense, 1975, 211 ps.

gobierno (art. 45 del C.C.). Las fundaciones pueden adquirir bienes por testamento o por donación, y la ley les otorga capacidad para recibir aquellas cosas que le son prometidas antes de su existencia: "No puede hacerse donación a persona que no exista civil, o naturalmente. Puede, sin embargo, hacerse a personas que no tengan el carácter de personas jurídicas, cuando se hiciese con el fin de fundarlas, y requerir después la competente autorización" (art. 1806). En el art. 3735 del C.C. hay una norma análoga relativa a la capacidad de recibir por testamento.

Asimismo, hay que admitir *por analogía* que puede haber compromiso jurídico válido de construir una obra o de realizar un hecho cualquiera en favor de una persona jurídica que no existe pero que va a fundarse; en tal caso, puede suceder que la obligación sea exigible en un momento en que tal persona jurídica aún no exista.

De modo que pueden existir promitentes que ya están sujetos al vínculo, aún antes de que exista el beneficiario de la promesa (la fundación): esto sucede cuando hay "promesa de fundación". Esta promesa es jurídicamente exigible, inclusive civilmente exigible. De modo que se ha constituido una obligación jurídica, no sólo antes de que una persona se constituya en acreedor, sino más aun: antes de que exista la persona que va a tener la calidad de acreedor.

### Conclusión primera

La correlación entre la existencia de un deudor de la obligación y la existencia de un acreedor de ella, no es simétrica.

¿Puede haber una obligación sin alguien que esté obligado? No, pues tal cosa es una contradicción "in adjecto".

¿Puede haber una obligación de uno sin alguien respecto del cual esté obligado? Sí. En algunos casos (por ej. cuando el compromiso unilateral se emite de modo irrevocable por cierto tiempo), ya existe deudor, porque la persona se ha limitado con respecto a la cosa o hecho prometido, se ha atado, no puede disolver el vínculo,

aunque aún no exista el titular o beneficiario de esa conducta obligatoria.

Está claro que *la obligación, en estos casos, en último término, se refiere a otro sujeto, a un acreedor; ella tiene sentido por un acreedor, pero la obligación puede existir y producir efectos como tal antes de que haya acreedor, con miras a la constitución futura de un acreedor*. Mientras tanto puede haber obligación, en tanto haya limitación o ligamen con respecto a una conducta o cosa.

En el comienzo de ciertas obligaciones, y durante un tiempo, puede faltar el acreedor. Desde el principio es menester que existan un deudor, un objeto y el vínculo jurídico, aunque no exista el acreedor de ella.

### Otros casos problemáticos

Ahora bien, los casos de la declaración unilateral de la voluntad y de la "promesa de fundación", no son los únicos que tornan problemática la existencia del acreedor. Hay supuestos más espinosos, en los cuales la imposibilidad de señalar la persona del titular del crédito se presenta no sólo en el momento inicial de la obligación y durante un lapso, sino en todo momento, y hasta la extinción de ella. Desde hace mucho se citan los siguientes casos, en los cuales hay imposibilidad o gran dificultad para indicar quién es el acreedor, aunque es bastante manifiesta sin embargo la existencia de una perfecta obligación jurídica de una persona:

1. Cuando uno recibe un legado, pero con el cargo de costear la manutención de un animal que pertenecía al causante. Tal cargo tiene un objeto legítimo, y es una verdadera obligación; el deudor de ella es el legatario, pero ¿quién es el acreedor?

Cuando el cargo impuesto al beneficiario es de levantar un monumento o de conservarlo, o de construir un santuario en tal lugar, o de cuidar el jardín de una gruta en que se venera a la Sma. Virgen, el problema puede quizás

resolverse atribuyendo al Municipio o al Estado la calidad de acreedor, o a cierta colectividad de personas, en tanto se considere que hay un "interés difuso" de tipo cultural, religioso, o de otra índole. Pero si se trata de un animal, ¿dónde está el acreedor de la prestación que debe satisfacer el legatario, que es exigible y que produce otros efectos jurídicos, como es la revocación del beneficio en caso de incumplimiento de dicho cargo?

Estas hipótesis ya las planteó Alfredo Colmo, el primer autor de un Tratado de las obligaciones en la Argentina, aunque el autor no les dio una respuesta final, pues recurrió rápidamente a la ficción de reputar que el animal es una "persona", en cuanto resulte titular de los derechos correspondientes a la obligación del legatario; y también al monumento y al edificio, cuando son la materia de un cargo, los personificó de la misma manera <sup>(28)</sup>.

2. Consideremos el caso de los cargos que el testador impone al legatario y que consisten en que éste destine una suma dineraria a la aplicación de misas al alma del causante, o en sufragio de otras almas. En tal caso, el legatario es el deudor de una obligación jurídica de dar o de hacer; pero ¿quién es el acreedor de tal obligación?
3. En el léxico jurídico se denomina "institución de heredero al alma" la disposición del testador para que se celebren misas por él o por otros, o para que se destine todo o parte de los bienes del causante en sufragios y limosnas, para atender a la salvación propia o ajena. Este interés del testador es protegido por el derecho, genera obligaciones

(28) Alfredo Colmo, *op. cit.*, N° 20.

La respuesta del autor es vacilante, porque luego afirma que aunque el animal es quien aprovecha inmediatamente el beneficio, en realidad la protección jurídica se dispensa a los sentimientos colectivos ligados a esa creatura, y lo mismo expresa para el caso del mantenimiento del monumento público, del edificio histórico, etc. (N° 22).

perfectamente válidas en nuestro derecho civil, y el mencionado negocio jurídico está específicamente previsto en el art. 3.722 del C.C. <sup>(29)</sup>.

Ahora bien, ¿el alma puede ser acreedora? Obviamente no. Pero entonces ¿quién es el acreedor que necesariamente tiene que existir en toda obligación, de acuerdo con la tesis que impugnamos?

4. Análogamente, se suscita la dificultad acerca del acreedor cuando el objeto del cargo anejo a una donación o a un legado es la obligación de llevar a cabo la sepultura del donante o del causante de determinada manera, o la construcción de un panteón. ¿quién es el acreedor de esta obligación del legatario?

### Conclusión segunda

A veces se piensa que si hay un deudor, necesariamente tiene que ser deudor de otro que sea acreedor. Esto ocurre la gran mayoría de las veces, pero no es imprescindible. Porque la ligadura, vínculo o enlace del deudor no es en realidad un enlace o nexo de imputación lógica con otra persona. *La obligación, entendida como vínculo referido a una conducta y a veces a un objeto, puede existir sin acreedor, en cuanto un sujeto se halla limitado en su conducta actual o próxima, o con respecto a la disposición de una cosa.* El término "vínculo" o "nexo" puede llevar a confusión. No significa la mera relación entre dos personas. Significa "atadura" o "sujeción". "Vinculum" en latín es "atadura", "lazo", "traba", deriva del verbo "vincio" que es "atar", "ceñir". Ahora bien, cuando decimos vínculo jurídico, se trata de una atadura o ligamento de la persona

(29) Normas análogas hallamos en diversos códigos antiguos y modernos. Véase por ej. el art. 747 del C. C. español.

Antonio Bertini ha escrito un artículo muy sustancioso sobre esta institución: *Institución de heredero al alma*, en J. A. Doctr. 1972, ps. 447-469.



con el orden jurídico, y no con la voluntad ajena. Por ello es que existen bienes del prójimo que no son disponibles, aunque la voluntad de tal prójimo consienta en su destrucción o menoscabo, v. gr. la vida y la integridad física. Se viola un deber jurídico cuando se mata o mutila a otro, y el asentimiento de éste no elimina la antijuridicidad de la acción. El deber de respetar su existencia y su integridad corporal son vínculos que nos atan, no con respecto a su voluntad, sino con respecto a la norma jurídica, natural o positiva.

Por lo dicho, en tanto haya vínculo que limite la conducta de una persona o la disposición o uso que pueda hacer de una cosa, puede existir en ciertos casos excepcionales como los mencionados una obligación jurídica de tal persona, aunque no podamos señalar un acreedor correspondiente.

### Dificultad

Con respecto a lo dicho, podría plantearse una objeción, referida a la *alteridad*, que se admite pacíficamente como una propiedad esencial de todo lo jurídico.

**Respuesta.** En realidad, en los supuestos excepcionales que hemos considerado (en los cuales falta el acreedor en todo momento) no se da la alteridad en el modo más común, que es la *relación actual* entre una o más personas que deben algo a otra u otras que pueden exigirlo. Pero no puede decirse que la *alteridad* falte allí por completo, puesto que la cosa o hecho que debe el deudor se corresponde con el interés jurídico que hubo manifestado otra persona, el testador, el cual sin embargo, por haber dejado de existir cuando comienza a existir la obligación, no es acreedor de ella.

## VI. ¿EN QUÉ CONSISTE PRECISAMENTE EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN?

De acuerdo con lo expuesto en el desarrollo anterior, los ele-

mentos absolutamente esenciales de toda obligación, desde el primer instante de ella, son el deudor, el objeto y el vínculo o deber. Cuando tenemos una obligación, hay "alguien que debe algo", y en ello estamos mentando tales tres elementos (*alguien, deber, algo*).

¿Qué significa "objeto" en este contexto? De entre las muchas acepciones del término que registra el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, ninguna es pertinente con respecto a la obligación. Si ampliamos los significados mediante la consulta de diccionarios de filosofía, hallamos dos acepciones del término "objeto" que tienen que ver con el tema en estudio: 1) aquello de lo que se trata, aquello a lo que una acción se refiere<sup>(30)</sup>, y 2) lo que nos proponemos alcanzar obrando<sup>(31)</sup>.

De manera que "objeto de la obligación" significa aquello a lo que el deudor está obligado.

A continuación, haremos algunas consideraciones acerca del objeto, y primeramente, nos hemos de preguntar en qué consiste concretamente.

La respuesta más usual ha sido: el objeto es la prestación, y ya la encontramos en el tratado de Alfredo Colmo<sup>(32)</sup>. Muchos juristas lo han explicado así: el objeto inmediato es siempre la prestación y a veces el objeto mediato es una cosa.

Tal opinión que asevera que la prestación es el objeto de la obligación alega que en el caso de las relaciones creditorias lo inmediatamente exigible no es la cosa, sino la prestación (a diferencia de lo que ocurre en los derechos reales, en que el titular del derecho puede dirigirse directamente a la cosa misma). Se aduce que el acreedor sólo puede reclamar la prestación, y que sólo a través de ésta, el titular del derecho de crédito llegará a hacerse de la cosa (en las obligaciones de dar), con lo cual la prestación viene

(30) Paul Foulquie, *Diccionario del lenguaje filosófico*, acepción 2.

(31) André Lalande, *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*, acepción B.

(32) Alfredo Colmo, *op. cit.*, N° 7. También Luis Boffi Boggero, *op. cit.*, p. 89.

a ser lo prioritario. Pero hay que contestar que lo que importa no es la prioridad temporal, sino la *prioridad "de sentido"*: la cosa de suyo tiene sentido para el acreedor; en cambio, la prestación, para adquirir sentido, tiene que ser la prestación *de tal cosa o hecho*. La cosa u obra tiene prioridad lógica sobre la actividad que es la prestación, porque aquello es necesario para que esté tenga sentido.

Podemos ver que en la ejecución de la deuda que se lleva a cabo forzadamente, por ej. mediante el secuestro judicial de la cosa que debió entregar el deudor y su adjudicación al acreedor, éste obtiene la satisfacción del crédito, y sin embargo no se da en tal caso la debida actividad o prestación del deudor<sup>(33)</sup>. Como explica Ernesto Wayar, "esto nos permite afirmar que *el derecho del acreedor no se dirige exclusivamente a la prestación* (obrar del deudor), *sino más bien al resultado de esa prestación*".

En el caso de las obligaciones de hacer, de manera análoga, se presenta la cuestión: ¿el objeto es la actividad del deudor, o la obra realizada?

Al fin y al cabo, lo que al acreedor le importa es la cosa misma, en las obligaciones de dar, y la obra misma, en las obligaciones de hacer<sup>(33 bis)</sup>. La prestación es un medio para que el acreedor reciba la cosa o la obra. De modo que la prestación es objeto de la obligación, pero con el carácter de *medio* con respecto a la cosa u obra, que también es objeto de la obligación, y con carácter de *fin*. Ahora bien, *el fin tiene prioridad con respecto al medio*<sup>(34)</sup>.

Pensamos que el específico bien (material o inmaterial) a que tiene derecho el acreedor es objeto de la obligación.

(33) Ernesto Wayar, *op. cit.*, v. I, p. 65.

(33 bis) "El objeto es aquello sobre lo cual recae la relación jurídica, es el qué de la relación. Puede ser definido como el bien apetecible para el acreedor" (Atilio Alterini y otros, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 51).

(34) Cfr. Ludwig Enneccerus, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1933, § 1, II, N° 1.

La prestación es solamente el medio por el cual se proporciona ese bien material o inmaterial, es la conducta que debe desplegar el deudor para ello<sup>(35)</sup>.

Más aún: Aunque generalmente tiene lugar la prestación como medio de cumplimiento normal de la obligación, también suele ocurrir que la obligación se cumple normalmente sin la prestación del deudor. Véase el negocio tan cotidiano de compraventa de productos en un supermercado: el comprador toma el artículo de la góndola, lo lleva a la caja, paga el precio y se va del establecimiento con la cosa; hubo una obligación de dar del vendedor, y se cumplió, pero no hubo prestación de su parte. Porque el dar en las "obligaciones de dar" no consiste necesariamente en la actividad de entregar, sino que es un "dar tal cosa en propiedad". En este ejemplo el vendedor ha cumplido tal específica obligación suya, porque el cliente ya tiene *la cosa* vendida en su patrimonio y en su poder.

Me detengo en la ruta, en un puesto de macetas. Convenimos el precio con el puestero, pago y *sin actividad alguna del vendedor*, tomo cinco unidades y me las llevo. ¿Dónde está la prestación del deudor de la obligación de dar, surgida del mencionado contrato? Eso no importa; lo que importan son las cinco macetas, en las cuales ha consistido el contenido de su obligación.

Preguntemos: ¿qué es aquello que dejará satisfecho al acreedor? Obviamente que es la cosa, si se trata de una obligación de dar, o la obra efectuada, si se trata de una obligación de hacer<sup>(36)</sup>.

Muchas veces es posible el cumplimiento de la obligación, aunque el deudor se niegue a efectuar la prestación: mediante la "ejecución forzada" para obtener, con la ayuda del juez, el bien debido. El acreedor queda satisfecho, y el deudor queda liberado<sup>(37)</sup>. Aún en las obligaciones de hacer, cuando el deudor se niega a

(35) Ernesto Wayar, *op. cit.*, v. I ps. 14, 94, 120 s.

(36) Ernesto Wayar, *op. cit.*, v. I, p. 120.

(37) Ernesto Wayar, *op. cit.*, v. I, ps. 63 ss.

efectuar el hecho, el acreedor puede satisfacerse cuando el hecho es ejecutado por un tercero, y aún cuando la obra la realice el propio deudor, el objeto querido por el acreedor es la obra concluida y no es la mera actividad<sup>(38)</sup>. Esto también se aplica a las obligaciones intuitae personae: si no pueden cumplirse por terceros, es porque *el resultado* querido por el acreedor sólo puede ser logrado por ese deudor concreto (el objeto es *esa obra*, que se consume que sólo puede llevar a cabo ese deudor singular, v. gr. la novela escrita por tal autor, la actuación de tal cantante, etc.)<sup>(39)</sup>.

El concebir la cosa o la obra como objeto de la obligación también parece muy adecuado para explicar el valor perfectamente cancelatorio del pago efectuado por un tercero, que no puede ser resistido por el acreedor (art. 729 del C.C.): ya que el derecho del acreedor es con respecto al bien debido, más que a la prestación de su deudor, entonces se cumple con la obtención de ese bien, sin importar quién sea la persona que se lo proporcione<sup>(40)</sup>.

No negamos que la prestación del deudor sea objeto de la obligación; pero *primero y principalmente*, de acuerdo con lo dicho, el objeto es la cosa o el resultado del obrar.

Los autores que sustentan que "el objeto de la obligación es la prestación y no es la cosa" suelen incurrir en una palmaria contradicción, cuando después de afirmar enfática e insistidamente esa tesis, algunas páginas más adelante dicen que las obligaciones de dar se dividen, "*según su objeto*" en obligaciones de dar cosas ciertas, obligaciones de dar cosas de cierto género y obligaciones de dar dinero, donde puede verse que la distinción según el objeto se refiere a distinta clase de cosas. Asimismo, también dicen que las obligaciones de dar se clasifican "*según su objeto*", en obligaciones divisibles e indivisibles, según que *la cosa* sea divisible o indivisi-

(38) Ernesto W. Aymar, *op. cit.*, ps. 121 s.

(39) Ernesto W. Aymar, *op. cit.*, p. 122.

(40) R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo d'altrui*, ps. 147 ss., cit. por E. W. Aymar, *en op. cit.*, v. I, p. 58.

ble por su naturaleza. De tal modo, reconocen que el objeto de la obligación es la cosa.

No puede haber prestación sin una cosa o hecho a lo cual se refiera. En cambio, el acreedor muchas veces puede obtener la cosa o hecho sin que medie la actividad prestacional.

## VII. ¿PUEDE SER LA INDEMNIDAD DEL ACREEDOR EL OBJETO DE UNA OBLIGACIÓN, COMO SUELE AFIRMARSE CON RESPECTO A LAS DENOMINADAS "OBLIGACIONES DE SEGURIDAD" EN LOS CONTRATOS?

Cuando se habla de la "obligación de seguridad" implícita en un contrato (de trabajo, de transporte de personas, de espectáculo deportivo, de servicio de alimentos, de juego en parque de diversiones, etc.), ello significa dos cosas diversas:

- a) ciertos deberes particulares de diligencia, diversos según sea el contrato del cual se trate (por ej. de informar al cliente, vigilar el lugar, colocar banderas, proveer matafuegos y controlarlos, instruir al personal, etc.), los cuales, si son omitidos y de ello resulta un daño, generan el deber de resarcir y también
- b) una responsabilidad civil "objetiva" por los daños que se causen en la ocasión de la ejecución del contrato, aun cuando el responsable haya cumplido todos los deberes mencionados en a) y haya obrado con la máxima diligencia para evitar todo perjuicio.

Con respecto a lo primero, es correcto hablar de "obligaciones de seguridad", porque se trata de resultados que puede y debe lograr el responsable (empleador, transportista, empresario, elaborador de alimentos, etc.).

Pero con respecto a lo segundo, la calificación de "obligación de seguridad", aun cuando muy usual, es errónea, porque com-

prende un resultado que muchas veces es imposible de lograr. "Nadie está obligado a lo imposible" (*impossibile nullum est obligatio*), como dice el antiquísimo adagio, y por ello es absurdo sostener que "en todo contrato hay implícita una "obligación de seguridad" según la cual el otro contratante debe salir indemne". Si pensamos y hablamos con propiedad, tenemos que decir que lo que existe en tal caso es una *obligación de garantía* (ya sea impuesta por la ley, ya sea convenida expresa o tácitamente en el contrato, o vigente en la costumbre jurídica, o fundada en principios de justicia o de solidaridad) por la cual, en caso de resultar un perjuicio al otro en la ejecución del contrato, hay deber de reparar tal perjuicio, sin que sea necesaria una infracción a una previa "obligación de seguridad".

Cuando un espectador es herido por una botella de vidrio arrojada desde la tribuna, ello a veces ocurre por el incumplimiento de una obligación de seguridad (por ej. si el organizador omitió por completo el control en el ingreso al estadio), pero otras veces ocurre aunque el empresario y sus dependientes hayan puesto las máximas diligencias. En tal caso, no podemos decir que "no se ha cumplido la obligación de seguridad"<sup>(41)</sup>. Hay que decir, simplemente, que *el organizador del espectáculo debe hacerse cargo del daño a título de garantía*.

La posibilidad del objeto es uno de los requisitos esenciales de la obligación, y por ello, cuando el objeto prometido es desde el principio irrealizable, nunca ha existido obligación, y cuando el objeto que era posible deja de serlo, se extingue la obligación que había. Por tanto, no puede afirmarse con coherencia una obligación por la cual se promete la indemnidad del otro, en los casos en que esto excede las posibilidades del contratante.

### VIII. ¿LAS DEUDAS DE JUEGOS QUE SON PROHIBIDOS POR LAS LEYES, SON OBLIGACIONES JURÍDICAS VÁLIDAS, O SE TRATA DE OBLIGACIONES INEXISTENTES POR LA ILICITUD DEL OBJETO?

#### Introducción

Para la validez de una obligación no basta que su objeto sea posible, sino que además tiene que ser *lícito*. Este concepto comprende la moralidad del tipo de negocio jurídico del cual se trate. En diversas normas del Código Civil se expresa esta exigencia de la conformidad entre el objeto del acto jurídico y las exigencias de la moralidad. Prescribe el art. 953: "El objeto de los actos jurídicos deben ser (...) hechos que no sean imposibles, ilícitos, *contrarios a las buenas costumbres*...". En la nota respectiva manifiesta Vélez Sársfield: "Los hechos contrarios al derecho y a la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles, en el sentido de que ellos no pueden ser objeto de una obligación eficaz, porque jamás se podrá invocar la protección de la justicia para asegurar su ejecución". En el mismo sentido, se refieren a este requisito los arts. 530, 564, 1503, 1626, 1891, 2261 y varios otros. En la nota al art. 530 el Codificador expresa el significado de "buenas costumbres" en este contexto: "En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas".

#### Una distinción fundamental: *ilicitud intrínseca e ilicitud extrínseca*

La invalidez de la obligación es indudable cuando el objeto en sí mismo pugna con las normas de la moralidad, por ej. la obligación que contrae un individuo de redactar una monografía para que otro la presente como una tesis propia para optar al doctorado, la obligación que se estipula en favor de una persona a cambio

(41) Así, por ej. María Agoglia, Juan Boragina y Jorge Meza afirman que en estos casos "se ha violado el deber de indemnidad comprometido" (*Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Bs. As., Hammurabi, 1993, p. 170).

de que ésta con su influencia obtenga una resolución de la administración pública o una decisión de una empresa del Estado<sup>(42)</sup>, la obligación que uno asume de someterse a un experimento médico o científico peligroso para su vida, y sin que haya ninguna finalidad cierta ni probable de beneficio para su salud, las obligaciones que nacen de una convención entre una empresa y un abogado para que éste fragüe pruebas que eviten que aquélla sea condenada en un juicio por escrutación...<sup>(43)</sup>.

Ahora bien, cuando no hay *injusticia o inmoralidad intrínsecas* en la materia de la convención, pero la ley por otros motivos la prohíbe como objeto de un negocio jurídico, hay que preguntarse si en tales casos se constituye una obligación válida, aun cuando no sea civilmente exigible.

Ocurre que a veces las leyes prohíben una clase de negocio en razón de su mismo contenido, moralmente reprobable, como sucede en los ejemplos ya expuestos. Pero otras veces se trata de negocios jurídicos que *en sí mismos son admisibles*, pero que el legislador, teniendo en cuenta las consecuencias perjudiciales que suelen resultar de su práctica, ha decidido prohibirlos. En estas hipótesis puede que no haya una *ilicitud intrínseca* en el propio negocio jurídico, sino tan sólo una *ilicitud extrínseca*, que está en la desobediencia de la ley. Así ocurre por ej. con la compra que

(42) Un ejemplo de "obligación" de esta clase, que fue reclamada en juicio y por supuesto desestimada por el tribunal, en Córdoba en 1980: El Comodoro (RE) Roberto Huerta, ex-gobernador de nuestra Provincia y ex-vicepresidente del Instituto Metalúrgico del Estado (IME), *demandó* a la empresa Tensa para que le abonara una suma en concepto de "comisiones" del 1,5% correspondientes a ventas de materiales que Tensa hizo a IME. Las gestiones de Huerta habían consistido en meros contactos vinculatorios, realizados cuando desempeñaba la vicepresidencia del IME, para que se otorgaran órdenes de compra a favor de Tensa, y también para que IME se hiciese cliente de ella y para que se acelerara el pago de las facturas, y a cambio de ello se había estipulado tal "comisión", que por añadidura se devengaría "sobre todas las futuras ventas" de la empresa privada a IME. (Cfr. Liga de la decencia, Bol. N° 59, Rosario, dic. 1980, p. 4).

(43) Cfr. JA 1984-I p. 10 ss

haga un abogado de los créditos litigiosos de sus clientes, en los casos en que aquél inter venga o hubiera intervenido como patrocinante en el juicio relativo a tales créditos: en el caso concreto, puede que ambos convengan este contrato libremente y en un trato justo del cual no resulte un perjuicio, sino incluso un beneficio para el cliente. Pero, dado que estas operaciones brindan ocasión para diversos abusos, como por ej. que el profesional persuade al titular del crédito de que éste es de cobro muy incierto, o de que su importe es inferior al real, etc., entonces la ley civil lo prohíbe (art. 1442 del C.C.).

También es una "ilicitud extrínseca" la que podemos reconocer en la invalidez que la ley declara con respecto a la obligación de pagar una compensación al dador de sangre, nacida de una convención entre éste y el receptor o un tercero<sup>(44)</sup>. El legislador, en nuestro país y en todos aquellos en que ha instituido este precepto, ha tenido en cuenta los diversos abusos a que puede dar lugar el libre comercio de la sangre humana, y ha querido proteger la salud de los dadores, no sea que el estímulo de obtener fácil y frecuentemente una remuneración redunde en desmedro de su integridad física; también ha querido evitar el desarrollo de empresas organizadas que lucren con la venta de la sangre, aprovechándose de los dadores y de los receptores, y sobre todo se ha propuesto el fin pedagógico de estimular y desarrollar la actitud de solidaridad entre los hombres, en esta materia. Pero en cuanto al acuerdo mismo celebrado entre el dador y el receptor por el cual aquél recibe una compensación dineraria, pensamos que no es de suyo injusto; al contrario, parece algo razonable. No hay en tal

(44) "(...) Todo acto de extracción de sangre humana efectuada a donantes, se encuentra eximido de toda exigencia de pago alguno" (Ley 22.990, art. 15).

"La donación de sangre o sus componentes es un acto de disposición voluntaria, solidaria o altruista, mediante el cual una persona acepta su extracción para fines exclusivamente médicos, no estando sujeta a remuneración o comercialización posterior, ni cobro alguno" (art. 43).

convención una ilicitud *intrínseca*, y por ende genera la obligación natural de pagar la compensación dineraria convenida.

Asimismo, las obligaciones que nacen de pactos sobre herencias futuras, no son de suyo ilícitas, o sea contrarias a la justicia o a los principios de moralidad, pero la ley les quita toda validez, para evitar los muchos abusos que seguramente sucederían si se reconociesen efectos civiles a tales contratos.

### Las deudas que resultan de juegos prohibidos. Divergencias entre los juristas

En el mismo género de obligaciones de objeto *intrínsecamente ilícito*, tenemos que incluir aquellas que nacen en cabeza de quien ha perdido en alguno de los juegos de azar que las leyes prohíben que se realicen por dinero.

El art. 515 del C.C., al enumerar algunos supuestos de obligaciones naturales, establece: "las que se derivan de una convención que reúne las condiciones generales 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" (i 5°).

De modo que estas deudas no pueden reclamarse en juicio, pero la ley autoriza al acreedor a retener lo pagado por ellas. La norma mencionada se refiere a los juegos prohibidos. En el mismo sentido, se dispone en el art. 2063 del C.C.: "El que ha pagado voluntariamente deudas de juego o de apuestas, no puede repetir lo pagado, aunque el juego sea de la clase de los prohibidos". Establece el art. 2055: "prohíbese demandar en juicio deudas de juego, o de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o apuestas semejantes, con tal que no haya habido contravención a alguna ley o reglamento de policía". De manera que cuando se trata de juegos permitidos, esas convenciones generan obligaciones civiles, aunque la ley les confiere a los tribunales la facultad de reducir el importe cuando es excesivo (art. 2056).

Ahora bien, ¿cuáles son los juegos prohibidos por las leyes argentinas? Los de puro azar o suerte, salvo que estén especialmente autorizados por la ley<sup>(45)</sup>, y también claro está los de destreza cuando ellos sean peligrosos para la vida o para la salud de los jugadores.

Consideremos los juegos de azar prohibidos. Desde hace mucho se discute la índole de estas deudas. Ya en los antiguos juristas franceses se manifestaron las dos respuestas divergentes.

Algunos les negaban la calidad de obligaciones naturales y aducían una ordenanza de 1629 de ese país que declaraba todas las convenciones de juegos "nulas de ningún efecto, y desprovistas de toda obligación civil o natural"<sup>(46)</sup>.

Según Charles Beudant, las deudas de juego no tienen nada que ver con las obligaciones naturales<sup>(47)</sup>. Asimismo Marcel Planiol afirmó que no hay obligación, dada la ilicitud del objeto<sup>(48)</sup>. El acto es ilícito, pues importa la transgresión de una ley emanada de la autoridad pública.

Pero otros juristas sostuvieron que se trata de obligaciones naturales: C. Aubry y C. Rau, E. Colmet de Santerre, Louis Josseland, J. Bonnecase,<sup>(49)</sup> F. Laurent afirmó que de acuerdo con el Code se

(45) En realidad, es una materia disputada cuáles son los juegos de azar cuya realización por dinero está prohibida en nuestro país, porque con respecto a aquellos en que interviene la habilidad del jugador juntamente con la suerte, como es el caso del truco, el bridge, el mus y aun el póker, las opiniones son discordantes. Además, en aquellos juegos como el ajedrez, en que el triunfo depende sobre todo de capacidades intelectuales, unos los incluyen en la prohibición, otros juzgan que son legalmente permitidos, pero no dan acción civil, y otros consideran que se trata de obligaciones civiles, como son las que surgen de los juegos que consisten en destrezas físicas, a los que se refiere el art. 2055. Para este punto específico puede consultarse Félix Trigo represas, *Deudas de juego y obligaciones naturales*, en Anales de la Fac. de Cs. Juríd. y Sociales, La Plata, U.N. de La Plata, 1964, p. 439.

(46) Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, v. III N° 381.

(47) Ch. Beudant, *Cours droit civil français*, t VIII, París, 1936, N° 686.

(48) Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, v. II, N° 2110.

(49) C. Aubry y C. Rau, *Cours de droit civil français*, v. IV § 297, E. Colmet de Santerre, V, *Cours analytique de Code Civil*, v, § 174; Louis Josseland, *Droit civil*, § 714, J.

trata de obligaciones naturales, pero criticó el criterio seguido por el legislador al respecto <sup>(50)</sup>.

La polémica se ha reproducido entre los autores argentinos. Alfredo Colmo reputaba que era muy discutible el carácter de obligación natural de las deudas de juego <sup>(51)</sup>. Héctor Lafaille opinaba que las deudas de juegos prohibidos son deudas con fin ilícito <sup>(52)</sup>; afirmaba categóricamente que no son deberes morales o de conciencia, ni tienen fundamento de equidad o de derecho natural <sup>(53)</sup>. Decía Lafaille: No hay obligación natural, sino que se trata de una aplicación del principio de que "nadie puede presentarse a los tribunales alegando la torpeza de haber cometido un acto ilícito y castigado por ley penal" <sup>(54)</sup>. En armonía con este criterio el Proyecto de reformas de 1936 eliminó del elenco del art. 515. Se adhirieron a esta opinión Félix Trigo Represas y Pedro Cazeaux <sup>(55)</sup>. En el mismo sentido, opina Luis Moisset de Espanés que no son obligaciones naturales, sino "obligaciones ilícitas" <sup>(56)</sup>.

Desde esta opinión, también suele argumentarse a partir de las normas de los arts. 2057 y 666 del C.C., por las cuales las deudas de juego no pueden ser novadas ni tampoco garantizadas con cláusulas penales, a diferencia de lo que ocurre con los otros sujetos del art. 515, y con las obligaciones naturales en general.

Ahora bien, las deudas que nacen de la realización de juegos prohibidos, tienen ciertos efectos civiles, al menos la facultad de

.../Bonnetcase, *Supplément* al Trat. de G. Baudry-Le Cantinerie y L. Barde, cit., V, §§ 145 y 150.

(50) F. Laurent, *Principes de droit civil français*, v. XVII, N° 19; v. XXVII, N° 207.

(51) Alfredo Colmo, *op. cit.*, N° 87.

(52) Héctor Lafaille, *Tratado...* cit., v. II, N° 852.

(53) Héctor Lafaille, *Tratado...* cit., v. II, N° 861.

(54) Héctor Lafaille, *Curso de obligaciones*, Bs. As., 1926, v. I, n. 26.

(55) Félix Trigo Represas, *Deudas de juego y obligaciones naturales*, en *Anales de la Fac. de Cs. Jurídicas y Soc.*, Univ. Nac. de La Plata, 1964, ps. 439 ss; Pedro Cazeaux, *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Platense, 1979, v. I, p. 595 ss.

(56) Luis Moisset de Espanés, *Curso...* cit., v. I p. 186 y *Las obligaciones naturales en el derecho civil argentino*, Córdoba 1967, ps. 15 y 37 ss.

retener lo que el acreedor haya cobrado. Los autores que las reputan obligaciones inválidas por ilicitud del objeto, explican la "soluti retentio" que hay en este caso con un fundamento diverso al que justifica la "soluti retentio" en las obligaciones naturales: si el deudor que pagó una deuda de juego no tiene acción para repetir lo dado, no es porque él haya pagado una obligación jurídica -diciendo-, sino que carece de toda acción judicial por aplicación de la regla general según la cual nadie puede alegar su propia torpeza ("nemo auditur propriam turpitudinem allegans").

En cambio, otros juristas han sostenido, pensamos que con acierto, que las deudas originadas en aquellos juegos que la ley prohíbe realizar por dinero son obligaciones naturales. Ya hemos mencionado algunos juristas franceses que han sustentado esta tesis. Entre los autores argentinos, Pedro León afirmaba que el deber de pagar del jugador que pierde es un genuino deber moral y jurídico <sup>(57)</sup>. También Eduardo Busso -que es el autor argentino que ha hecho el estudio más prolijo y profundo acerca de las obligaciones naturales consideradas en sí mismas y en el derecho positivo argentino- concluye que *las deudas derivadas de juegos de azar no permitidos por las leyes civiles son obligaciones naturales y están fundadas en el derecho natural* <sup>(58)</sup>.

La misma doctrina enseñaba Jorge Lambías en su Tratado. Con respecto a las prohibiciones de las leyes en esta materia, hacía notar la diferencia entre el derecho contravencional y el derecho civil: "Las provincias no pueden interferir en la regulación del derecho de fondo, lo cual es cometido exclusivo del Congreso. (Cfr. arts. 67 y 11 y art. 108 CN). La prohibición de determinado juego, por alguna autoridad de provincias, sólo implica el ejercicio del poder de policía de las costumbres, sin afectar las relacio-

(57) Pedro León, *Rasgos esenciales de la obligación - El vínculo jurídico* (Temas de un curso), en Cuadernos de los Institutos, Inst. de Der. Civil, Univ. Nac. de Cba., 1957, p. 35.

(58) Eduardo Busso, *op. cit.*, S/ el art. 515/6 ns. 230 ss.

nes jurídicas entabladas entre los jugadores, que, como materia de derecho civil, es extraña a la jurisdicción local" (59).

### ¿Por qué se prohíben los juegos de azar?

El legislador suele prohibir los juegos de mero azar, no por lo que ellos son en sí mismos, pues de suyo son un entretenimiento y descanso, y cuando se hacen por dinero, pueden ser un modo legítimo de adquirir ganancia en cuanto quien gana también ha tenido la proporcional probabilidad de perder.

El legislador sanciona la interdicción no por causa del juego mismo, ni de la ganancia que obtenga el jugador, sino por ciertos perjuicios que suelen resultar para los propios jugadores, para sus familias y para la sociedad en general, y que a menudo suelen vincularse a la práctica del juego. Entre tales consecuencias, pueden mencionarse las sgtes.:

- se estimula el vicio de la avaricia;
- suelen cometerse fraudes para despojar a los incautos;
- se fomenta la holgazanería y disipación del espíritu: la perspectiva ilusoria de un enriquecimiento grande, fácil y rápido aparta a algunos hombres del trabajo;
- se derrocha el tiempo, que así se sustrae a las actividades productivas;
- suele ser un factor de discordia, porque la felicidad de uno se logra con el infortunio del otro (aquello que de suyo y en su justa medida, es un modo de satisfacer el apetito social y fomentar el trato amical entre los hombres, suele tener efectos del todo contrarios cuando se pasa la medida);
- es ocasión de la usura;
- el jugador expone el propio patrimonio y, lo que es más grave, el de la familia, e imposibilita la satisfacción de las necesidades de sus miembros;

(59) Jorge Llambías, *op. cit.*, v. II-A, N° 752, nota 59.

- a veces el juego ha empujado a los individuos por la pendiente del delito.

### Conclusión

En las deudas nacidas por juegos de azar *no hay una causa ilícita*: el ganar a otro en un juego, si no media trampa ni aprovechamiento de la inexperiencia del prójimo, no es injusto. Hay causa suficiente de la ganancia obtenida en la probabilidad que a su vez se tuvo de perder.

La interdicción de estos juegos se funda en motivos "de utilidad social", como dice el texto del codificador. Pero como no hay en ellos una *ilicitud intrínseca*, entonces pueden ser fuentes de obligaciones, aunque no sean civilmente exigibles.

Distinto es el caso de los juegos de destreza que son prohibidos por ser riesgosos para la vida o la salud de los jugadores. En tal caso ellos no generan ni obligaciones civilmente ejecutables, ni tampoco obligaciones en el plano del derecho natural, pues allí hay algo *intrínsecamente malo, intrínsecamente injusto* (60).

Robert Pothier ya registra autores que enseñaban esta acertada distinción entre "causas malas e injustas consideradas en sí mismas e *intrínsecamente*, y aquellas que no contienen en sí ninguna injusticia" (61). Explica el jurista francés que el contrato de juego de azar prohibido pertenece a la segunda clase: "el contrato (de juego), aunque hecho en contravención de la ley, no deja de existir, y puesto que no contiene en sí ninguna injusticia, de una de las partes respecto de la otra, obliga en el foro de la conciencia" (62). Hay, por tanto, justa causa para la ganancia obtenida por quien resulta afortunado.

(60) Jorge Llambías, *op. cit.*, v. II-A, N° 752.

(61) Robert Pothier, *Traité du jeu*, N° 54.

(62) Robert Pothier, *Traité du jeu*, N° 55.

Con respecto a la objeción de que es injusto que uno se enriquezca a expensas de otro (principio del "enriquecimiento sin causa"), Pothier responde que aquí hay causa legítima, que está en el riesgo de perder si la suerte es favorable al otro <sup>(63)</sup>.

Con verdad decía Jorge Lambías: "No es reproachable jugar sino abusar del juego. Y como siempre existe este peligro, se comprende la política del legislador que desalienta el juego privándolo del amparo de la acción en justicia. Pero de ahí a reputar al juego un hecho ilícito hay mucho trecho. No es posible divorciar al derecho del sentimiento social que ve en la deuda de juego una deuda de honor, como decía Colin y Capitant <sup>(64)</sup>. Y aunque el hecho del juego no es digno de alabanza, siempre será más respetable el jugador que pierde y paga, que no el que deja de pagar lo perdido: lo especialmente vituperable en éste reside en la dualidad de su conducta. Si jugaba, tenía la esperanza de ganar y cobrar; no le hace honor, pues, que no pague una deuda que él tenía intención de cobrar, de haber ganado" <sup>(65)</sup>.

En conclusión, los juegos que son de puro azar o que se deciden preponderantemente por el azar, importan un contrato justo entre los jugadores y hacen nacer verdaderas obligaciones jurídicas de quienes pierden, aunque carezcan de exigibilidad civil. Por lo dicho, con todo acierto Vélez Sársfield las calificó como obligaciones naturales y las incluyó en el elenco del art. 515.

¿Pero al hacer esta afirmación no caemos en contradicción con la tesis que sostuvimos en nuestro estudio sobre las leyes civiles, según la cual toda norma legal (salvo aquella que mande algo inicuo) obliga en conciencia, pues se halla instituida para el bien

(63) Robert Pothier, *Traité du jeu*, N° 56.

(64) "Algunos autores ven una aplicación del adagio "in pari causa turpitudinem cessat repetitio". El juego sería un acto vergonzante que no podría invocarse en justicia ni como causa de una obligación, ni como motivo de repetición. Pero esta explicación es, a nuestros ojos, errónea. Pone el derecho en contradicción con el sentimiento del pueblo que expresa tan bien el adagio "deuda de juego, deuda de honor" (Ambroise Colin y Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, v. II, París, 1921, p. 69).

(65) Jorge Lambías, *op. cit.*, v. II-A N° 752, nota 58.

común, o debe presumirse que se orienta a este bien? <sup>(66)</sup>. Respondemos: El jugar una partida de un juego prohibido por las leyes es una conducta ilícita en la relación de súbdito con el Estado, de la cual conducta ilícita debe abstenerse. Las leyes sobre juegos de azar se dan para el bien común, y en tal sentido obligan moral y jurídicamente a todos. Pero el acuerdo para jugar no importa injusticia entre los jugadores, y una vez celebrado el juego, entonces existe el deber jurídico y moral de pagar si se ha perdido <sup>(67)</sup>.

#### Refutación de la explicación de la "soluti retentio" por la regla "nemo auditur"

Si la falta de acción para repetir el pago de una deuda de juego prohibido se fundara en la regla "nemo auditur"—como afirman los que sostienen la ilicitud del objeto de estas obligaciones—, entonces no le sería permitido a quien pagó por perder en un juego prohibido, el demandar la devolución de lo pagado, cuando el otro se comportó con dolo o fraude. Sin embargo la ley en tal caso le reconoce expresamente al jugador engañado la facultad de repetir lo pagado. En efecto, después que el art. 2063 del C.C. establece que "el que ha pagado voluntariamente deudas de juego o de apuestas, no puede repetir lo pagado, aunque el juego sea de la clase de los prohibidos", el artículo siguiente prescribe: "Exceptúase el caso en que hubiese dolo o fraude de parte de quien ganó en el juego".

La obligación de pagar de quien resultó desfavorecido por la suerte tiene causa legítima, que está en la oportunidad de ganar. Faltará totalmente la causa cuando tal oportunidad no exista, o cuando no haya proporción entre el importe que puede ganarse o

(66) Camilo Tale, *Lecciones de filosofía del derecho*, cit., ps. 53 ss.

(67) Robert Pothier señalaba sin embargo una dificultad: cuando el importe de la deuda resulte muy elevado: "¿cuando uno ha perdido una suma considerable en un juego prohibido, está obligado en conciencia a pagar?" (Robert Pothier, *Traité du jeu*, N° 52)

perderse, y las probabilidades respectivas de que suceda una u otra cosa. En el primer caso no habrá contrato de juego, y en el segundo caso será un contrato lesivo.

### **Refutación de los argumentos que se apoyan en los arts. 2057 y 666 del C.C.**

La invalidez civil de las novaciones y de las garantías con respecto a las deudas de juego que establecen las mencionadas normas de la ley no deriva de una ilicitud del objeto, sino del fraude a la ley que resultaría con frecuencia si se reconociese la validez de tales actos: se simularían novaciones y garantías, como si se hubiesen otorgado después de surgida la deuda de juego, pero que en realidad se firmarían antes de realizarse el juego, con lo cual se desvirtuarían tales negocios, y se frustraría el fin de la ley que quiere reconocer estas obligaciones como meramente naturales, desprovistas de acción ante los tribunales.

### **IX. ¿ES UN REQUISITO DEL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN EL QUE SEA REDUCTIBLE A VALORES PECUNIARIOS? (REMISIÓN)**

Para no prolongar más el presente artículo, nos abstenemos de desenvolver aquí la última cuestión que investigamos acerca de los elementos esenciales y requisitos de las obligaciones: la que se pregunta acerca de la supuesta exigencia de la patrimonialidad de las obligaciones. ¿Es verdad que el objeto de la obligación debe ser siempre reducible a valores pecuniarios? El desarrollo de este punto, y las pertinentes conclusiones, lo publicamos en otra revista <sup>(68)</sup>.

---

(68) *¿La patrimonialidad, es requisito esencial de las obligaciones?*, en *El Derecho*, último volumen de 1996.