

FORMAS DE REPARACIÓN
(Estudio de Derecho argentino y comparado)

por

Luis MOISSET de ESPANÉS

SUMARIO

- I.- Palabras en Homenaje a Morello
- II.- Las formas de reparación y la legislación comparada
 - a) Daños patrimoniales
 - b) Daños extrapatrimoniales
- III.- Sistemas que nada dicen sobre la forma de reparación
 - a) España
 - b) Francia
 - c) Provincia de Quebec (Canadá)
- IV.- Códigos que establecen como "regla" la reparación en dinero
 - a) Etiopía
 - b) Egipto
 - c) Grecia
- V.- Códigos que establecen como "regla" la opción de la víctima
 - a) México
 - b) Polonia
 - c) Juicio ejecutivo
- VI.- Códigos que establecen como "regla" la reparación en natura
 - a) Austria
 - b) Alemania
 - c) Italia
 - d) Bolivia
 - e) Hungría

f) Portugal

VII.- La forma de reparación y el criterio judicial

a) Suiza

VIII.- El derecho argentino. Evolución

a) La solución del Código

b) Anteproyecto de Bibiloni

c) Proyecto de 1936

d) Anteproyecto de 1954

e) Proyecto de Código Penal de Soler

f) Tercer Congreso Nacional de Derecho civil

IX.- El derecho argentino. La ley 17.711 y el nuevo art. 1083

a) Cuarto Congreso Nacional de Derecho civil

b) Nuestra opinión

X.- Conclusiones

I.- Palabras en Homenaje a Morello

Conocí a Morello a fines de la década del sesenta, en una de las incontables giras que con un equipo de estudiosos de La Plata realizaba para difundir los conocimientos jurídicos allí donde le solicitaban colaboración. Trabajamos amistad y conversamos largamente en un fructuoso contacto intelectual que se fue estrechando en sucesivos encuentros a través de los cuales pude apreciar la calidad humana de la personalidad de Morello que lo lleva a preocuparse no sólo por el quehacer jurídico, sino de manera integral por todo lo que puede hacer al progreso y bienestar del hombre argentino, lo que hace de Morello un "político" en el mejor de los sentidos del vocablo, capaz de sacrificar sus intereses personales para dedicar todos sus esfuerzos a tareas que beneficien a la colectividad.

Su mirada ingenua y bondadosa, su voz pausada y su sonrisa suave, son las propias de un idealista, y a ello une

sólidas convicciones democráticas y la firme voluntad de trabajo de un verdadero luchador. Todo eso hace que me sienta honrado con su amistad, y agradezca a la comisión organizadora que me haya permitido participar en este t an justiciero como merecido homenaje.

Augusto se ha ocupado en muchas oportunidades de problemas de responsabilidad civil, por lo que parece certera la elección efectuada por la comisión organizadora y he aceptado sin vacilar el tema que se me propuso: "forma de la indemnización".

II.- Las formas de reparación y la legislación comparada

En el Libro primero del Digesto encontramos unos preceptos de Ulpiano que parecen consagrar los principios básicos del Derecho: "vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno lo suyo"⁽¹⁾, y esa preocupación por no causar daño a los demás trae consigo -como complemento ineludible- el deber de reparar el daño que se ha ocasionado. Es ésta una d e las primeras manifestaciones del sentir jurídico, aunque las "formas" de hacer efectiva la reparación han variado sensiblemente a través del tiempo. Así vemos que en algunos pueblos primitivos y frente a lesiones "irrecuperables", se ha tenido la idea de que la venganza era lo único que podía satisfacer a la víctima y se ha aplicado la *ley del Talión*: "ojo por ojo, diente por diente", aunque ésta no sea una verdadera reparación del daño.

a) Daños patrimoniales

Es también muy antigua la idea de que si alguien se apodera ilegítimamente de la cosa de otro, deberá "restituírse-la", solución que subsiste en las legislaciones modernas, pero que no puede ser considerada como un sinónimo de "reparación". Pues aunque el dueño recupere la cosa, esto no alcanza enjugar

¹. D. 1.10.1

los perjuicios que le ocasionó el hecho de haber estado durante un tiempo privado de ella, por lo que debe acudir a un complemento, que satisfaga ese rubro de daños, como puede ser el pago de los frutos que la cosa pudo producir, por ejemplo.

Además, la cosa puede haberse destruido o deteriorado, y en tales hipótesis se plantea el interrogante de si será posible reparar el daño entregando en sustitución una cosa semejante, o arreglando los deterioros.

La evolución de las relaciones económicas nos muestra como el hombre se esfuerza por crear un instrumento que le sirva para medir los "valores", el dinero. Se facilita, entonces, la labor de la justicia, que procurará calcular el valor de los perjuicios, medidos en dinero, y reparará los daños ordenando entregar la suma correspondiente.

Se plantean entonces al legislador, tratándose de daños patrimoniales, dos caminos: la reparación en especie, y la por equivalente, o en dinero. La primera parece satisfacer mejor uno de los postulados doctrinarios de la reparación: "colocar al patrimonio de la víctima en igual situación a la que se encontraba antes del hecho daños, pero no siempre es posible, sea porque la cosa destruida era una cosa cierta, y no hay otra igual (por ejemplo un cuadro de Goya), sea porque se han afectado órganos o facultades de un ser humano, que son irrecuperables (quebrantos de salud, pérdida de un órgano, etc.). La reparación por equivalente, en cambio, es más dúctil, y aunque no resulta ideal, permite colocar al patrimonio de la víctima en una situación "similar o aproximada" a la que tenía antes.

b) Daños extrapatrimoniales

Aquí el problema es más difícil, y la disputa doctrinaria no se ha de agotar jamás; los atentados al honor, la reputación, y la pena o el dolor moral que nos causan ciertos hechos, no tienen equivalente económico, ni pueden ser medidos en dinero.

A veces una publicidad adecuada de la sentencia podrá

lograr que la víctima recupere el respeto y consideración que merecía antes, pero no se borrarán los padecimientos sufridos.

Existe coincidencia general sobre la imposibilidad de "justipreciar" estos daños, traduciéndolos en valores económicos cuya naturaleza es tan distinta -y a veces contrapuesta- a los valores morales lesionados; sin embargo, entre la alternativa de dejar el daño sin ninguna reparación, o recurrir al dinero -como un medio imperfecto, pero el único con que se cuenta-, la casi totalidad de la doctrina ⁽²⁾ se inclina por esta última solución que, a nuestro entender, más que una "reparación" es una "compensación" del daño⁽³⁾.

c) Conclusiones

En resumen, lo ideal sería lograr que desaparezcan totalmente los efectos del hecho dañoso, pero no siempre es posible y resulta menester recurrir a soluciones que reparen ese daño otorgando a la víctima un equivalente patrimonial, o una "compensación" económica en casos de daño moral, que la satisfaga de alguna manera por el perjuicio sufrido.

El legislador tiene para ello varios caminos, en los que combina las medidas conducentes a suprimir el hecho ilícito dañoso -entre las cuales puede incluirse la restitución de la cosa a la persona que fue ilegítimamente desposeída, la retractación de las calumnias, y la cesación de las inmisiones en las relaciones de vecindad- con medidas de reparación en especie y con las indemnizaciones dinerarias.

Procuraremos reseñar brevemente cuáles han sido estas soluciones en el derecho comparado.

². Ver Roberto H. BREBBIA, "El daño moral", 2ª ed., Orbir, Rosario, 1967, en especial Cap. XI y N° 115, p. 227 y ss.

³. Ver Alfredo ORGAZ, "El daño resarcible". 3ª ed. Actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1967, en especial N° 56, p. 185 y ss., autor que habla de "satisfacción a los intereses morales afectados" (p. 190).

III.- Sistemas que nada dicen sobre la forma de reparación

Tenemos cabal conciencia de las dificultades que entrañan los estudios de derecho comparado, ya que es menester no limitarse a las normas consagradas en la ley, e indagar su funcionamiento práctico a través de la interpretación de la jurisprudencia y la doctrina, sin desdeñar el aporte de las costumbres, fuentes que muchas veces no están al alcance del investigador.

Además, en el tema que hoy nos ocupa, la separación de los distintos sistemas jurídicos en grupos homogéneos resulta particularmente difícil, pues casi todas las soluciones adoptadas -como ya lo hemos dicho- combinan en distintos grados la "reparación en especie", con la "reparación en dinero", dando cierto predominio a una u otra forma, pero sin que pueda decirse, por lo general, que una es la regla y otra la excepción.

A veces, con criterio simplista, se han formado dos grupos, distinguiendo los sistemas "romanistas" y los "germánicos", sosteniendo que la reparación en dinero es propia del primer grupo, y la reparación en natura tiene su origen en el derecho germánico. Esta afirmación quizás pueda ser parcialmente cierta si reducimos el problema de la reparación al campo de los daños de origen extracontractual, pues cuando se estudian las obligaciones nacidas de los contratos se ve que en la época actual casi todos los países -cualquiera sea el grupo en que los hayamos "clasificado"- admiten la posibilidad de que el deudor obtenga el cumplimiento indirecto de la prestación, por medio de un tercero "a costa del deudor"⁽⁴⁾, lo que en el fondo entraña un "cumplimiento en natura", en lugar de la indemnización dineraria.

Finalmente, y aun limitándonos al terreno extracontractual, cuando hablamos -como en este capítulo- de países cuyas leyes "nada dicen" sobre la forma de reparación, quizás hubiese

⁴. Basta recordar el inciso 3º del artículo 505 de nuestro código civil.

sido más exacto expresar que "no sientan una regla general", puesto que en sus leyes suelen encontrarse dispositivos que, en casos particulares, hacen referencia a los "daños y perjuicios" como sinónimo de indemnización pecuniaria, o a la "reparación en especie", como lo veremos oportunamente.

a) España

Ni al tratar de las obligaciones en general, ni al ocuparse de los actos ilícitos, incluye el código español ningún dispositivo que indique la forma en que ha de repararse el daño.

Doctrina y jurisprudencia han seguido tradicionalmente el principio de la indemnización en dinero, o reparación por equivalente, como el camino indicado para resarcir a la víctima. Vemos así que el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, aplicando el artículo 1902 del código civil español, entiende que las exigencias de la reparación se ven satisfechas con la entrega de la suma de dinero suficiente para que el perjudicado pueda reparar la cosa dañada, pero que si no desea hacerlo puede quedarse con ese dinero, o darle el destino que desee, pues basta con que se haya reemplazado en el patrimonio de la víctima el "valor" del daño que sufrió⁽⁵⁾.

SANTOS BRIZ es quizás uno de los autores españoles que ha tratado con más detenimiento el problema, advirtiendo que la solución ideal es "restablecer la situación en que se hallaba el perjudicado"⁽⁶⁾ y que sólo en los casos en que esto no fuera posible debe recurrirse a la indemnización en dinero, pero destacando a continuación que la "reparación natural" es insuficiente en muchos casos, como ser en la hipótesis en que la cosa destruida era una cosa determinada, o cuando era una cosa usada y sólo se la podría reponer con una nueva, lo que importaría un enriqueci-

⁵. Cfr. Antonio BORRELL MACIÁ, "Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil", 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1958, p. 246.

⁶. Ver Jaime SANTOS BRIZ, "Derecho de daños", Rev. Der. Privado, Madrid, 1963, p. 253.

miento injusto para la víctima o una onerosidad excesiva para el responsable⁽⁷⁾, por lo que concluye inclinándose por la indemnización en dinero sin dejar de advertir que esta forma de reparación "también presenta dificultades en su determinación"⁽⁸⁾.

Posteriormente, en una nueva obra⁽⁹⁾, señala como casos en los que únicamente se puede recurrir a la indemnización en dinero a las "lesiones corporales que dejen secuelas, sufrimientos morales, ganancias frustradas, causas hipotéticas del daño, etcétera"⁽¹⁰⁾.

Al tratar de los daños que suelen ocasionar los accidentes de automotores en los propios vehículos siniestrados, opina que "la reparación del vehículo accidentado implica... una restitución *in natura*"⁽¹¹⁾, aunque en la práctica se haga mediante el "dinero equivalente a los gastos que se vio obligado a hacer (el propietario) a consecuencia de los daños que sufrió el vehículo"⁽¹²⁾. No compartimos totalmente esa idea de SANTOS BRIZ; habrá reparación *en natura*, si el responsable efectúa las reparaciones él mismo, o si se hacen por un tercero "a su costa"; pero si se limita a entregar una suma equivalente a los daños, que la víctima puede disponer a su antojo, hay "reparación en dinero".

Por lo expuesto creemos interesante destacar que cuando se trata de incumplimiento de obligaciones contractuales, se puede mandar a ejecutar la prestación a costa del obligado (art. 1098 del código civil español), lo que se aproxima mucho a la reparación en especie.

Además, como norma especial que consagra la "indemniza-

7. Obra citada en nota anterior, p. 254.

8. Obra y lugar citados en nota anterior.

9. Ver Jaime SANTOS BRIZ, "La responsabilidad civil", Montecorvo, Madrid, 1970.

10. Obra citada en nota anterior, p. 244.

11. Obra citada, p. 282.

12. Obra citada, p. 276.

ción en especie" encontramos el artículo 452, que se refiere a los poseedores de buena fe condenados a restituir una cosa en la que se encuentran pendientes frutos, y han hecho gastos para producirlos. Se establece que tienen derecho a que se le indemnicen esos gastos, pero en el último párrafo expresa:

" ... El propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; el poseedor de buena fe que por cualquier motivo no quiera aceptar esta concesión, perderá el derecho a ser indemnizado de otro modo".

Hay, en cambio, numerosas normas que al referirse a la indemnización aluden al pago de los gastos hechos, o al valor de las pérdidas, lo que es generalmente interpretado como una reparación en dinero, o por equivalente.

Por último deseamos recordar que el Código civil de Puerto Rico prácticamente reproduce al español, por lo que en gran medida le es aplicable lo que hemos expuesto en este apartado ⁽¹³⁾.

b) Francia

El Código civil francés no establece la forma en que debe hacerse la reparación de los perjuicios ocasionados por un acto ilícito. Frente a este silencio, doctrina y jurisprudencia coinciden en que el juez puede decidir libremente sobre las modalidades de la reparación⁽¹⁴⁾, pudiendo optar por la reparación en *natura*. O por el pago de una suma de dinero, según las circuns-

¹³. El párrafo del artículo 452 del Código civil español que hemos transcripto está reproducido textualmente en la última parte del artículo 381 del Código civil de Puerto Rico.

¹⁴. Cfr. René SAVATIER, "Traité de la responsabilité civile", 2^a ed., L.G.D.J., París, 1951, v. 2, N° 597, p. 171. Ver los fallos citados o reproducidos por René RODIÉRE, "La responsabilité delictuelle dans la jurisprudence", Librairies techniques, París, 1978, N° 105, po. 311.

tancias del caso, e incluso establecer que el pago se efectúe en forma de renta⁽¹⁵⁾.

Sobre este punto a doctrina francesa ha destacado con acierto que no debe confundirse la indemnización *en natura* con la supresión del actuar ilícito; así, por ejemplo, cuando en las relaciones de vecindad se ordena el cese de las inmisiones (humos, olores o ruidos molestos), o cuando se ordena al Estado que reincorpore a un funcionario incorrectamente despedido, no hay "reparación", sino simplemente supresión de la actividad ilícita que ocasionaba daño⁽¹⁶⁾.

Hay verdadera reparación *en natura* cuando se repara una cosa deteriorada, se subsanan los defectos de una construcción, o se reemplaza el objeto destruido por otro de condiciones similares que pueda sustituirlo adecuadamente⁽¹⁷⁾.

En cambio, la entrega de una suma de dinero, que represente el valor de los deterioros sufridos por la cosa, no es realmente indemnización *en natura*, sino por equivalente, aunque la víctima haya efectuado desembolsos con anterioridad para realizar esos arreglos o reemplazar la cosa.

Tratándose de una indemnización por equivalente, es menester destacar que la víctima tiene plena libertad para disponer del dinero que recibe como mejor le plazca, adquiriendo o no un bien que sea similar al destruido, o dándole cualquier otro destino⁽¹⁸⁾.

En resumen, el derecho francés frente a una ausencia de normas semejante a la que señalábamos en el derecho español,

¹⁵. René SAVATIER, obra citada en nota anterior, N° 616, p. 101; RODIÉRE, obra citada, N° 107, p. 314.

¹⁶. Ver Philippe LE TOURNEAU, "La responsabilité civile", 2ª ed., Dalloz, París, 1976, N° 881 y 882, p. 308.

¹⁷. SAVATIER habla en este caso de *condena a restituir objetos equivalentes a los destruidos* (N° 595 bis, p. 170). Por nuestra parte entendemos que se trata de una verdadera reparación *en natura*, posible cuando las cosas son "fungibles".

¹⁸. Ver Philippe LE TOURNEAU, obra citada, N° 900, p. 314, y jurisprudencia que allí cita.

ha aceptado con más amplitud la indemnización *en natura*, reconociendo facultades a los jueces para optar por ella cuando lo consideren conveniente.

c) Provincia de Quebec (Canadá)

Canadá, organizado como estado federal, presenta la curiosidad de que en algunas provincias, de ascendencia inglesa, se aplica el "*common law*", y en otras, de estirpe francesa, rige un código civil, a la manera del derecho continental.

El Código de Quebec, por ejemplo, no incluye normas generales sobre la forma de reparar los perjuicios ⁽¹⁹⁾, y la jurisprudencia -de acuerdo a lo que nos enseñan los autores que hemos consultado- se inclina en la mayor parte de los casos por la reparación pecuniaria ⁽²⁰⁾, admitiéndose excepcionalmente la reparación *en natura*, cuando las circunstancias así lo aconsejen, y también la adopción de actos especiales de reparación, como "la publicación de una retractación en caso de difamación" ⁽²¹⁾, o la adopción de medidas de constreñimiento para lograr que cese la conducta dañosa, especialmente en hipótesis de abusos en las molestias que se causan en las relaciones de vecindad. El profesor BAUDOIN agrega otro ejemplo interesante de reparación *en natura*, el de una persona que es excluida ilegítimamente de una organización, y la decisión judicial ordena que se lo "reincorpore" o readmita como miembro ⁽²²⁾, lográndose de esta forma que la víctima sea colocada en una situación igual a la que se encontra-

¹⁹. El artículo 1053 del Código civil de Quebec se limita a expresar que la persona capaz de discernir es responsable del daño causado por su culpa.

²⁰. Cfr. André NADEAU y Richard NADEAU, "Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle", Wilson y Lafleur, Montreal, 1971, N° 585, p. 546.

²¹. Obra citada en nota anterior, p. 547.

²². Jean Louis BAUDOIN, "La responsabilité civile délictuelle", Presses de l'Université, Montreal, 1973, N° 98, pp. 79-80.

ba antes del acto dañoso, aunque quizás aquí se trate solamente de la supresión del actuar ilícito.

Si la víctima sufre una incapacidad permanente la indemnización se efectúa en dinero, pero puede optarse entre el pago de un capital global, o de una renta o pensión, solución que ha prevalecido en los casos de accidentes ⁽²³⁾ y en la ley especial sobre seguro obligatorio de automotores ⁽²⁴⁾.

IV.- Códigos que establecen como "regla" la reparación en dinero

En estos casos el legislador se ha inclinado por mencionar en primer lugar la reparación "en dinero", y eso es lo que nos decide a agruparlos, considerando que la regla general es el pago de una suma equivalente a la del perjuicio sufrido. Sin embargo, todos ellos prevén como alternativa en casos especiales la posibilidad de apartes de esa regla y efectuar una reparación *en natura*.

Hemos incluido en este grupo los Códigos de Etiopía ⁽²⁵⁾, Egipto ⁽²⁶⁾ y Grecia ⁽²⁷⁾; veamos, pues, que es lo que disponen

²³. Ley del "régimen de ventas de Quebec", del año 1965, citada por BAUDOIN en el libro mencionado, N° 120, p. 92.

²⁴. Ver Jean Louis BAUDOIN, "La nouvelle législation québécoise sur les accidents de la circulation", Rev. Internationale de Droit Comparé, París, año XXXI, N° 2, abril-junio 1979, p. 381 y ss.

²⁵. El Código etíope, promulgado el 5 de mayo de 1960, entró en vigor el 11 de septiembre del mismo año. Es obra del destacado comparatista francés René David. Posteriormente el Emperador Haile Selassie ha sido derrocado, pero tenemos entendido que hasta el momento el Código civil continúa vigente. Hemos trabajado con la versión en francés, editada por la Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1962, que lleva una nota de introducción de su autor, René David.

²⁶. El Código civil de Egipto fue sancionado en 1948, en épocas del Rey Farouk. Por las últimas noticias que poseemos continúa en vigencia, con algunas modificaciones; hemos trabajado sobre la versión francesa, efectuada por el Ministerio de Justicia egipcio, y publicada por la Imprenta Nacional, El Cairo, 1952.

²⁷. El Código civil griego debió entrar en vigencia el 1° de julio de 1941; la ocupación alemana, durante la segunda guerra mundial, hizo que recién comenzara a aplicarse a partir del 23 de febrero de 1946. Hemos

sobre el particular.

a) Etiopía

No ocuparemos en primer lugar del Código etíope, por ser quizás el que contiene mayores detalles. El principio rector en cuanto a la forma de reparación se establece en el artículo 2090, que establece:

1) *El perjuicio se repara, en principio, por equivalencia, pagando a la víctima los daños y perjuicios.*

2) *Los jueces pueden, respetando la libertad de las personas y los derechos de terceros, prescribir -en lugar o además de los daños y perjuicios- todas las medidas apropiadas para reparar o limitar el daño",*

El inciso primero sienta la regla general; el segundo faculta a los jueces para adoptar otras medidas pero, con el fin de evitar arbitrariedad, establece márgenes que, unidos a otras normas que encontramos en el mismo código, van a fijar con bastante exactitud los casos en los cuales el magistrado podrá ordenar una reparación *en natura*.

Aclara acertadamente el artículo 2090 que cuando el juez se inclina a elegir otros medios puede hacerlo no solamente como sustitutivos de la reparación en dinero, sino de manera simultánea; en efecto, supongamos que el acto ilícito haya consistido en la destrucción de una cosa de propiedad de la víctima, la reparación

en natura consistirá en entregarle otra cosa similar, pero sería una medida insuficiente, pues no se la resarciría del daño que sufrió durante el tiempo que estuvo privado del objeto, por el hecho mismo de la privación de su uso; puede entonces el juez ordenar, además de la reparación *en natura*, el pago de una suma de dinero para compensar el otro rubro de daño que ha sufrido la

trabajado con la traducción al francés efectuada por Pierre Mamopoulos, y publicada en Atenas, 1956.

víctima.

Después de ocuparse detenidamente de la reparación por equivalente, el código etíope se ocupa de los "otros modos de reparación" en los artículos 2118 y siguientes.

La primera de esas normas trata de la "restitución" de las cosas que le fueron quitadas indebidamente al sujeto, caso en el cual si nos ajustamos al rigor técnico de los vocablos, no hay "reparación", propiamente dicha, pues sólo se trata de entregar al dueño lo que es suyo. Agréguese a ello que el mencionado artículo, para los casos de destrucción del objeto, no prevé la reparación en natura, sino que reproduce la regla general de la reparación por equivalente, en el inciso segundo. Dice textualmente el artículo 2118:

"Restitución. 1) *Los jueces ordenarán la restitución al actor de las cosas que le fueron quitadas indebidamente y de los frutos producidos por esa cosas, desde la fecha del despojo.*

2) *Si las cosas han perecido, el demandado debe restituir su valor, aunque la cosa se hubiera perdido por causa de fuerza mayor.*

3) *Si el demandado ha hecho gastos sobre las cosas que debe restituir, se aplicarán las disposiciones relativas al enriquecimiento sin causa (artículos 2168-3178)."*

En cambio el artículo 2119 trata ya concretamente de casos en que puede ordenarse una reparación en natura.

"Reparación en especie. 1) *Los jueces pueden ordenar, si la solución les parece apropiada, que el objeto destruido o dañado sea reemplazado o reparado a costa del responsable de la destrucción o deterioro.*

2) *En este caso fijarán las modalidades del reemplazo o reparación.*

3) *Este modo de reparación, sin embargo, no puede establecerse cuando la obligación de reparar incumbe al Estado".*

Vemos así que la reparación *en natura*, en este ordenamiento jurídico, es una medida excepcional, que no puede hacerse valer contra el Estado, solución que no justificamos.

Se legisla también sobre las facultades que tiene el juez para adoptar medidas de constreñimiento ("injunciones"), para hacer cesar el hecho dañoso o impedir que recomience (art. 2121); o poner fin a las maniobras de competencia desleal (art. 2122); como así también disponer que se publiquen retractaciones o declaraciones que neutralicen el menoscabo que la víctima puede haber sufrido en su honor o reputación (art. 2120). Estas medidas, como podemos apreciar, comprenden verdaderas "reparaciones", junto con dispositivos que tienden a "suprimir" el hecho ilícito dañoso.

b) Egipto

El artículo 171, en su inciso 2, establece como regla que "la reparación consistirá en una suma de dinero", pero luego prevé que el juez tiene facultades para adoptar medidas tendientes a restablecer el estado en que las cosas se encontraban con anterioridad al acto ilícito, lo que entraña una reparación *en natura*. Pero, para que el juez se aparte de la regla, que es la reparación en dinero, será menester que la víctima se lo pida, lo que le da la posibilidad de optar entre que se restablezca el estado de cosas anterior, o se le entregue la cantidad de dinero equivalente al perjuicio sufrido, para que ella le dé el destino que considere más conveniente ⁽²⁸⁾.

Se ha partido de la base de que el juez tiene amplias facultades para determinar el modo de la reparación, como sucede en el sistema francés, pero que no debe obrar arbitrariamente, sino atendiendo lo peticionado por las partes.

²⁸. "Art. 171 (Código civil de Egipto).- ... 2) La reparación consistirá en una suma de dinero. Sin embargo, a pedido de la víctima el juez podrá, según las circunstancias, ordenar la reparación del daño por la vuelta de las cosas a su estado anterior, o por la realización de ciertas prestaciones que tengan relación con el acto ilícito".

Esa amplitud de facultades se extiende a la posibilidad de que el pago de la reparación en dinero pueda hacerse en forma global, o estableciendo una renta:

"Art. 171.- 1) El juez determina el modo de reparación de acuerdo a las circunstancias. La reparación puede ser fraccionada en varios pagos o ser pagada en forma de renta; en estos dos casos el deudor puede ser obligado a ofrecer garantías. ..."

Prevalece pues, en el derecho egipcio, la reparación por equivalente, mediante la entrega de una cantidad de dinero que enjague los daños sufridos por la víctima.

c) Grecia

El primer párrafo del artículo 297 establece como regla general que la indemnización debe hacerse en dinero, para contemplar luego la posibilidad de una indemnización en natura:

"Daños y perjuicios.- *La persona obligada a indemnizar debe hacerlo en dinero. El Tribunal apreciando las circunstancias particulares, puede ordenar, en lugar de la indemnización en dinero, el restablecimiento al estado anterior, si esta manera de indemnizar no choca con los intereses del acreedor".*

La última parte de este artículo pone de manifiesto que siempre será el acreedor quien deba optar entre una u otra forma de reparación, y que los jueces sólo ordenarán que se haga en natura cuando el interesado haya manifestado su voluntad en tal sentido.

V.- Códigos que establecen como "regla" la opción de la víctima

El legislador, en lugar de sentar un principio general que se incline por una u otra forma de reparación, ha considerado que la "regla" es atender a los intereses de la víctima y por eso

colocan en primer lugar el derecho a elegir la vía que considere más conveniente⁽²⁹⁾.

a) Méjico

La República de Méjico ha adoptado el régimen federal de gobierno, y cada uno de los estados que la componen tiene facultades para dictar sus propias leyes civiles. Como resulta casi imposible disponer de todo ese material nuestras referencias se harán al código civil para el Distrito Federal, que tiene el carácter de ley supletoria cuando lo estados no han legislado especialmente algún punto.

El mencionado cuerpo legal establece en el primer párrafo del artículo 1915:

"La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios..." ⁽³⁰⁾.

La frase aclaratoria -"cuando ello sea posible"- no es superflua, sino que tiende a evitar controversias en aquellos casos en los cuales, ante la imposibilidad de la reparación en natura, no cabe elección, y sólo queda el camino del pago de una suma de dinero.

Conviene destacar que el texto originario del Código⁽³¹⁾ establecía como regla la reparación en natura, expresando:

"La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él y cuando ello sea

²⁹. Más adelante veremos que aun los sistemas que establecen como regla la reparación en natura, dejan en libertad a la víctima para apartarse de la solución legal y elegir una indemnización pecuniaria.

³⁰. Este texto ha sido tomado de la edición del Código del año 1977, Porrúa, México.

³¹. El Código del Distrito Federal fue publicado en el Diario Oficial en marzo de 1928 y entró en vigencia el 1º de octubre de 1932.

imposible, en el pago de daños y perjuicios" (32).

Lamentablemente no hemos encontrado bibliografía que explique las razones de esta modificación, pero se advierte que se ha dejado de lado la "regla" de la reparación *en natura*, aunque se la mantiene como una facultad opcional de la víctima, opción que ahora es la "regla" en el sistema mejicano.

Es de presumir que una modificación de este tipo encuentre su justificativo en problemas prácticos que haya debido resolver la jurisprudencia de los tribunales mejicanos, aunque las dificultades no deben haber sido muy graves, ya que se sigue admitiendo la posibilidad de la reparación *en natura*, si la víctima considera conveniente elegir esa vía.

b) Polonia

El otro país cuyo código consagra como regla la facultad de la víctima de optar entre la reparación *en natura* o la indemnización por equivalente, es Polonia, cuyo régimen jurídico pertenece a la "familia socialista". Se ocupa de este punto el artículo 363, que nos dice:

"1º.- El daño debe ser reparado, a elección de quien ha sufrido el daño, sea por la restitución del estado anterior, sea por el pago de una suma adecuada de dinero. Sin embargo, si la restitución al estado anterior fuese imposible o si ella acarrease dificultades o gastos excesivo a la parte obligada, la pretensión del que ha sufrido el daño quedará limitada al cobro de una prestación en dinero..."
(33).

Aquí, como en el Código de Méjico, se toma en cuenta el caso en que hay imposibilidad de volver al estado anterior,

³². Hemos tomado el texto de este artículo de la obra de Rafael ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil mexicano, Tomo Quinto, Obligaciones, v. II, N° 17, p. 395, 2ª ed., México, 1960.

³³. El código civil polaco fue sancionado por ley de abril de 1964, y comenzó a aplicarse el 1º de enero de 1965.

pero además se contempla otra alternativa: "las dificultades o gastos excesivos", que puede provocar la reparación *en natura*, y en tal caso se considera injusto someterlo a esta forma de reparación y se permite su liberación mediante el pago de una suma de dinero.

Más adelante volveremos sobre este problema del "costo excesivo" de la reparación *en natura*, como razón que justifica sustituirla por la indemnización pecuniaria.

Nos parece interesante reproducir el inciso segundo del mismo artículo 363, por el que se establece que cuando la reparación del daño se hace en dinero, la obligación debe traducirse a valores reales:

" ... 2º.- Si la reparación del daño debe hacerse en dinero, el monto de la reparación se fijarán según los precios en vigor a la fecha de fijación de esta reparación, salvo que circunstancias particulares exijan tomar como base los precios en vigor en otra fecha".

VI. Códigos que establecen como "regla" la reparación en natura

En todos estos cuerpos legales la regla de la reparación *en natura* va a encontrar como principal limitación los casos de "imposibilidad", a los que suele agregarse la "excesiva onerosidad" para el deudor, sin descuidar el hecho de que el acreedor puede preferir una indemnización pecuniaria.

Suele decirse que este sistema es de inspiración "germánica", por oposición al de indemnización en dinero o "romanista". Entendemos que esta afirmación tiene cierta validez con relación a la reparación de daños provenientes de hechos ilícitos: vemos así que la consagración expresa de normas que prevén la reparación *en natura* aparece en los códigos de Austria y Alemania, y en el curso del siglo XX se extiende a muchos otros.

a) Austria

El artículo 1323 de su código civil dispone que:

"Para indemnizar los daños causados ha de restablecerse la situación anterior a su causación o, si esto no es posible, indemnizar el valor en que se aprecien aquellos.

Si la indemnización se refiere solamente a los daños sufridos ha de obtenerse con ella una reparación completa de aquéllos, incluso las ganancias frustradas y una reparación de las ofensas sufridas, hasta su completa satisfacción" ⁽³⁴⁾.

Predomina en este sistema la idea de desbaratar el acto ilícito borrando sus efectos y restableciendo el estado de cosas anterior al hecho, lo que exige la aplicación de la reparación *en natura*, con la ya mencionada salvedad de que tal solución se aplica "si es posible"; caso contrario se recurrirá a la indemnización en dinero.

Digamos de paso que el código de Austria de 1811, poco conocido en nuestro medio, es considerado en Europa -junto al Código francés- uno de los monumentos legislativos del siglo XIX.

b) Alemania

Nuestra literatura jurídica, al referirse a la reparación *en natura* suele dejar de lado el antecedente austríaco, para referirse con mucha más frecuencia a las normas contenidas en el B.G.B., por lo que nos limitaremos a analizarlas de manera muy escueta.

Encontramos, en primer lugar, lo dispuesto en el artículo 249 del Código civil alemán, que prescribe:

"El obligado a indemnizar daños ha de restablecer la situación que existiría si el hecho que origina la indemnización no hubiera ocurrido.

Si los daños y perjuicios se deben por lesión causada

³⁴. Hemos tomado el texto de esta norma en su versión castellana de la obra de SANTOS BRIZ, Derecho de daños, p. 261.

a una persona o por deterioro de una cosa, podrá el acreedor exigir en lugar de la reparación la suma de dinero necesaria para procurársela".

Advertimos que la regla de "reparación" *en natura* encuentra una primera e importante excepción en la voluntad de la víctima, que puede preferir una indemnización pecuniaria. Algunos autores, realizando un análisis literal del texto, piensan que esa facultad de opción está limitada a las hipótesis de daños corporales, o deterioros en las cosas ⁽³⁵⁾, pero, como muy bien señala SANTOS BRIZ, "la limitación es inoperante ya que prácticamente sólo quedan fuera los daños inmateriales"⁽³⁶⁾, a punto tal que autores alemanes ponen de relieve que en la práctica, tratándose de "daños patrimoniales", la mayor parte de los casos se resuelven en una indemnización en dinero ⁽³⁷⁾.

Otras excepciones importantes a la reparación en natura surgen del artículo 251, y se refieren: 1) a la imposibilidad o insuficiencia de esa forma de reparación, y 2) a la excesiva onerosidad para el deudor.

Lo curioso es que en Alemania, país que muchos legisladores modernos suelen tomar como modelo para propiciar la implantación como "regla" de la reparación *en natura*, la doctrina ha señalado la existencia de numerosos inconvenientes prácticos, entre los cuales sobresale el que se presenta cuando la cosa destruida era vieja, y se la tiene que reemplazar por una nueva, lo que en definitiva provocaría un "enriquecimiento" de la víctima del acto ilícito, lo que ha impulsado a muy caracterizados juristas a solicitar que se modifiquen las normas vigentes, esta-

³⁵. Por ejemplo en nuestro país LLAMBÍAS, comentando ese dispositivo del código civil alemán, expresa que "por excepción, se admite la sustitución de ese proceder (la reparación en natura) por una suma de dinero equivalente al costo de la reposición, cuando se trate de daño en la persona o en las cosas". Ver Estudio de la Reforma del Código Civil, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1969, N° 274, p. 242.

³⁶. SANTOS BRIZ, Derecho de daños (citado en nota 6), p. 2257.

³⁷. J.W. HEDEMANN, Derecho de obligaciones, traducción al castellano de Jaime Santos Briz, Rev. de Der. Priv., Madrid, 1958, p. 119.

bleciendo como regla la indemnización pecuniaria y reservando la reparación en natura para situaciones de excepción, como una facultad a favor del perjudicado, y siempre que con ella no se lesionen principios de equidad ⁽³⁸⁾.

c) Italia

El código de 1941 establece como regla la reparación en natura, en su artículo 2058:

"Resarcimiento en forma específica. *El perjudicado puede pedir la reintegración en forma específica cuando sea posible en todo o en parte.*

Sin embargo, el juez puede disponer que el resarcimiento tenga lugar sólo por equivalente, si la reintegración en forma específica resulta excesivamente onerosa para el deudor".

La víctima atiene, pues, el derecho de reclamar la reparación en natura con el consabido límite de la "posibilidad". Lo interesante de la norma italiana es que pone de relieve que esa facultad puede ejercerse "en parte", lo que significa admitir que se recurra simultáneamente a las dos formas de reparación, para que en su conjunto indemnicen integralmente a la víctima.

Pese a que el interesado haya optado por la reparación en natura, será facultad del magistrado determinar si accede a la petición, o la sustituye por la reparación pecuniaria, en los casos de "excesiva onerosidad" para el deudor.

d) Bolivia

El nuevo código boliviano fue sancionado en 1975, y entró en vigencia el 2 de abril de 1976, reemplazando al antiguo cuerpo legal que era prácticamente una traducción del Código

³⁸. Ver SANTOS BRIZ, Derecho de Daños, p. 58 y notas 12 y 13.

civil francés ⁽³⁹⁾; ha modernizado notablemente las leyes del país del altiplano. Con relación al problema que estudiamos su artículo 994 dispone:

"Resarcimiento. I. El perjudicado puede pedir, cuando sea posible, el resarcimiento del daño en especie. En caso diverso el resarcimiento debe valorarse apreciando tanto la pérdida sufrida por la víctima como la falta de ganancia en cuanto sean consecuencia directa del hecho dañoso".

Quizás pueda reprocharse al legislador boliviano el no haber contemplado, además de la imposibilidad, la excepción en los casos de "excesiva onerosidad", problema que sólo puede ser solucionado parcialmente mediante la aplicación del párrafo II del mismo artículo 994, que concede al juez la facultad de "disminuir equitativamente la cuantía del resarcimiento", tomando en cuenta "la situación patrimonial del responsable", pero este dispositivo sólo es aplicable cuando no ha mediado dolo.

e) Hungría

El Código civil húngaro fue sancionado por ley del año 1959, y entró en vigencia el 1º de mayo de 1960 ⁽⁴⁰⁾.

El artículo 356 establece como regla la reparación en natura, disponiendo que:

"La persona responsable del perjuicio debe restablecer la situación anterior y cuando esto fuese imposible o la víctima, por un motivo justificado no lo deseara, debe reparar el perjuicio".

Aquí la regla pareciera tener mayor fuerza que en otras normas legales, pues la opción que se concede a la víctima para

³⁹. Ver lo que sobre el punto decimos en "Derecho civil español y americano. Sus influencias recíprocas", Boletín Fac. de Der. y C. Sociales, Córdoba, año XXXVII, 1973, pp. 67 y ss. (En especial nº 5, pp. 69-70.

⁴⁰. Hemos trabajado con la traducción al francés efectuada por Pául Sebestyén, y editada por la Imprenta Universitaria, Corviña, Budapest, 1960.

elegir la indemnización en dinero, no es totalmente libre, sino que debe fundarse en "un motivo justificado". Esta limitación a la libertad del damnificado para elegir la reparación que considere más conveniente es propia de las ideas políticas que inspiran a este cuerpo legal, perteneciente a la familia de derechos socialistas.

Para comprender el sistema en su totalidad es conveniente leer lo que dispone el artículo 357:

"1. La indemnización debe pagarse en dinero, salvo si la reparación en especie correspondiera por las circunstancias del caso. La reparación en natura puede estar particularmente indicada cuando el objeto de la reparación es una cosa que el autor del daño produce, o cuando el objeto está a su disposición por otras razones.

2. La indemnización puede fijarse también en forma de renta. Especialmente deben fijarse rentas cuando la indemnización está destinada a suministrar o completar los alimentos debidos a la víctima o a uno de sus prójimos (proches) a quien debía alimentos".

La primera parte del primer inciso de esta norma refuerza la impresión de que la regla es la reparación en especie, y sólo se recurre a la indemnización pecuniaria cuando no es posible hacerlo *en natura*.

En la segunda parte de ese inciso encontramos ejemplos de aquellas hipótesis en las que puede prevalecer la "conveniencia social", sobre la voluntad del damnificado, aconsejando la reparación *en natura* pese a que éste pueda preferir la reparación en dinero; se toma muy en cuenta la posibilidad que tiene el deudor de atender a la sustitución del objeto dañado, ya sea porque es él mismo quien fabrica ese tipo de objetos, o porque los tiene a su disposición por cualquier otra causa.

Hemos reproducido también el inciso 2 del artículo 357, por el hecho de que estipula la conveniencia de adoptar como forma indemnizatoria el pago de una "renta" en los casos en que

el daño que debe repararse sea el de la privación de ingresos alimentarios.

f) Portugal

La redacción utilizada por el artículo 566 del Código civil de Portugal de 1967 nos provocó graves dudas respecto a la ubicación que debíamos dar a este cuerpo legal.

La leyenda que el legislador ha colocado en este artículo (**Indemnización en dinero**), y la frase inicial de la norma, pueden hacer pensar que se consagra como "regla" la reparación pecuniaria, pero el propio artículo continúa con un "siempre que", que invierte las cosas, y coloca en primer lugar a la "reparación en natura". Veamos, pues, lo que dice el artículo 566:

"1. La indemnización es fijada en dinero, siempre que la reconstitución natural no sea posible, no repare íntegramente los daños o sea excesivamente onerosa para el deudor...".

Derechamente leído este precepto, está afirmando como principio la reparación en natura, y como excepción -cuando ella no sea posible, o no repara íntegramente los perjuicios, o sea excesivamente onerosa- se recurrirá a la reparación en dinero.

Esta impresión queda corroborada si leemos el artículo 562, que dice:

"Principio general. *Quien estuviese obligado a reparar un daño debe reconstituir la situación que existiría si no se hubiese verificado el evento que obliga a la reparación"*.

Por eso hemos incluido al Código portugués en este capítulo, junto a otras legislaciones que establecen como regla

la "reparación en natura" ⁽⁴¹⁾.

Los autores portugueses, al comentar este artículo, dan como ejemplos de reparación en natura, el arreglo de un automóvil dañado, la reconstrucción de un muro destruido o "la entrega en género del objeto sustraído, cuando se tratase de cosa fungible" ⁽⁴²⁾.

Se advertirá que el artículo 566, junto a las clásicas excepciones derivadas de la imposibilidad de reparar en natura, y de la excesiva onerosidad para el deudor, contempla también el caso en que esa forma de reparación no satisfaga "integralmente los daños".

Los primeros comentaristas del nuevo Código han caracterizado bien los ejemplos de "insuficiencia", mencionando -entre otros- el caso de daños en un vehículo, cuya reparación no alcanza a compensar al dueño por la privación del uso durante el período de arreglos ⁽⁴³⁾, sosteniendo que en tales casos corresponde la indemnización en dinero. Creemos que la solución es correcta, pero sólo para la parte de años no satisfecha por la reparación en natura, o sea que pueden conjugarse las dos formas de reparación, efectuándose las reparaciones (en natura), y pagando los perjuicios que ocasionó la privación del uso (en dinero); o dicho en otros términos, en casos de "insuficiencia" de la reparación en natura, no será menester sustituirla íntegramente por una indemnización en dinero, sino cubrir con el dinero sólo la parte en que la reparación en natura es "insuficiente".

Antes de concluir con el análisis del derecho portugués deseamos señalar que el artículo 567 prevé la posibilidad de que la indemnización se abone en forma de renta, cuando los daños

⁴¹. Cfr. Fernando PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Lisboa, 1968, N° 132, p. 420; y Joao de Matos ANTUNES VARELA, Das obrigações em geral, Liv. Almedina, Coimbra, 1970. N° 223, p. 660, quien afirma que el inciso 1° del artículo 566 manda "en principio, reparar el daño mediante la reconstitución natural".

⁴². Fernando Andrade PIRES LIMA, y Joao de Matos ANTUNES VARELA, Código civil anotado, v. I, Coimbra, 1967, art. 562, p. 398, N° 2.

⁴³. Ver ANTUNES VARELA, obra citada en nota 41, p. 661.

fueren de naturaleza continuada, y la víctima lo solicitase. En tal caso el responsable deberá dar garantías del pago de la renta.

VII. La forma de reparación y el criterio judicial

a) Suiza

Los autores suelen mencionar al sistema suizo como ejemplo en el cual la forma de reparación depende totalmente del criterio judicial ⁽⁴⁴⁾, en virtud de lo dispuesto por el artículo 43 del Código de las obligaciones, que dice:

"Fijación de la indemnización. 1) *El juez determina el modo, así como la extensión de la reparación, según las circunstancias y la gravedad de la culpa.*

2) *Los daños y perjuicios no pueden ser fijados en forma de renta más que si exige al mismo tiempo que el deudor suministre garantías".*

Se entiende, pues, que el prudente arbitrio judicial puede prevalecer sobre la voluntad del propio damnificado, fijando la forma de reparación de manera distinta a lo que ése haya solicitado.

Entendemos que el otorgamiento de facultades tan amplias al juez, quizás funcione adecuadamente en Suiza, pero no se compagina con las costumbres ni con la tradición jurídica de nuestros pueblos, donde podría resultar fuente de arbitrariedades o, por lo menos, crearía una grave inseguridad jurídica, lo que se transforma, en definitiva, en un atentado a la justicia.

VIII. El derecho argentino. Evolución

a) La solución del Código

El texto originario del artículo 1083 consagraba como única forma de reparación la indemnización pecuniaria, pues la

⁴⁴. Ver SANTOS BRIZ, Derecho de daños, p. 261 y ss.

excepción relativa a la "restitución del objeto", como lo hemos expresado reiteradamente, trata más bien de la supresión de la ilicitud del acto. Decía la mencionada norma:

"Toda reparación del daño, sea material o moral, causado por un delito, debe resolverse en una indemnización pecuniaria que fijará el juez, salvo el caso en que hubiere lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito".

SOLER, en su polémica con ORGAZ, ha sostenido que el codificador, en el último párrafo del viejo artículo 1083, tradujo defectuosamente un texto de AUBRY y RAU, empleando el adverbio "salvo", para la expresión francesa en *oultre* ⁽⁴⁵⁾, cuyo significado es "además", afirmación de la que se ha hecho eco algún otro autor ⁽⁴⁶⁾.

Es cierto que esa norma, como lo señaló oportunamente SEGOVIA ⁽⁴⁷⁾, se inspira en un párrafo del libro de AUBRY y RAU, que expresa textualmente:

*"La réparation du dommage, soit matériel, soit moral, causé par un délit, se résout en un indemnité pécuniaire, **sauf, en outre**, s'il y a lieu, la restitution de l'objet qui a fait la matière du delit"* ⁽⁴⁸⁾.

La atenta lectura del texto nos permite concluir que VÉLEZ tradujo correctamente *sauf*, por su equivalente en castellano, "salvo", y suprimió la expresión "además", hecho que en la aplicación práctica de la norma no tuvo mayor proyección.

En efecto, la norma rechaza la reparación en natura y

⁴⁵. Sebastián SOLER, "La reparación de perjuicios en el proyecto de Código penal", Jurisprudencia Argentina, 1961-II-32 y ss. (En especial p. 33)

⁴⁶. Atilio A. ALTERINI, "Responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, nota 289 in fine, p. 185.

⁴⁷. Lisandro SEGOVIA, "El código civil. Su explicación y crítica bajo la forma de notas", nueva edición, La Facultad, Buenos Aires, 1933, art. 1084, V. I, p. 309.

⁴⁸. C. AUBRY y C. RAU, "Cours de droit civil français", 4ª ed. París, 1871, V. 4, N° 445, p. 749.

dispone de manera terminante -con mucha mayor fuerza que en cualquiera de los códigos vigentes que hemos podido consultar- que se efectúe siempre en dinero, "salvo" que corresponda devolver la cosa, como se prevé en el artículo 1091 para el delito de hurto. En hipótesis como ésta no tendrá que pagarse indemnización por el valor de la cosa, que se restituye, pero sí por los otros perjuicios que haya sufrido el propietario, como ser el lucro cesante derivado del no uso de la cosa durante el tiempo en que estuvo privado de ella.

Adviértase que el poseedor de mala fe de una cosa ajena, además de restituirla, debe abonar al propietario hasta "los frutos civiles que habría podido producir una cosa no fructífera, si el propietario hubiese podido sacar un beneficio de ella" (art. 2439), lo que pone claramente de relieve que la supresión del vocablo "además" en el artículo 1083 no ocasionaba ningún inconveniente para que en el caso de devolución de la cosa se indemnizasen otros daños.

Vemos, pues, que el codificador -tratándose de hechos ilícitos- se muestra decidido partidario de la reparación en dinero, rechaza que se haga *en natura*, y sólo admite la supresión de efectos del acto ilícito por vía de la restitución de la cosa, lo que no impide indemnizar otros daños. Sin embargo, es conveniente recordar una vez más que en el ámbito contractual el artículo 505 en su inciso segundo, consagra sin vacilaciones la posibilidad de lograr el cumplimiento por un tercero a costa del deudor.

Además es menester recordar que el sistema funcionó durante un siglo sin ocasionar inconvenientes ⁽⁴⁹⁾.

⁴⁹. Alfredo ORGAZ, "Las cuestiones civiles en la reforma penal", Jurisprudencia Argentina, 1960-IV-68 y ss., quien nos dice: "En los 90 años que lleva de vigencia el código civil entre nosotros, nunca ha sido señalado este sistema como inconveniente; él reúne, al contrario, un pacífico y general consenso de los tribunales y de los escritores. Esta larga vigencia ha permitido la formación de un rico caudal de Jurisprudencia y doctrina, que, desde luego, no puede ser abandonado para satisfacer puras preferencias teóricas (p. 69).

b) Anteproyecto de Bibiloni

En una época en que estaba de moda criticar la obra de VÉLEZ SÁRSFIELD, a punto tal que COLMO llegó a decir que algunos habían "llegado a labrarse una reputación de civilistas sólo por razón de sus críticas sistemáticas"⁽⁵⁰⁾, Juan Antonio BIBILONI se contó entre esos críticos, aunque en él esta actitud -como lo reconoce el propio CHANETON⁽⁵¹⁾- "importaba una saludable reacción contra la docilidad mental que reinaba en las capillas universitarias, fomentando la pereza de los estudiantes".

Por eso, con auténtica hombría de bien, cuando la comisión designada por el Presidente Alvear le encomienda la tarea de redactar un anteproyecto de reformas al Código civil, reconoce la conveniencia de mantener las líneas maestras del Código en lo relativo a la distribución de materias, y también las soluciones consagradas por VÉLEZ, en cuanto su aplicación no hubiese generado inconvenientes.

En la materia que nos ocupa decide no innovar, manteniendo el principio de la reparación en dinero, y así vemos que el artículo 1390 de su Anteproyecto expresa:

"La indemnización del daño en los actos ilícitos consistirá siempre en una suma de dinero, sin perjuicio de la restitución de los objetos de que fue privado el damnificado".

Se limita, pues, a retocar la redacción de la norma, pero mantiene incólume el rechazo de la reparación *en natura*⁽⁵²⁾.

e) Proyecto de 1936

⁵⁰. Ver Alfredo COLMO, "Técnica Legislativa", 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 350.

⁵¹. Abel CHANETON, "Historia de Vélez Sársfield" (reimpresión), Eudeba, Buenos Aires, p. 489.

⁵². En la larga nota que incluye para los artículos 1390 y 1391 sólo se ocupa del daño moral. Ver Anteproyecto, V. II, Kraft, Buenos Aires, 1939, pp. 240-242.

La comisión reformadora dejó de lado totalmente el Anteproyecto de BIBILONI y confeccionó un proyecto de marcada inspiración germánica, tanto en los aspectos metodológicos, como en su contenido, lo que repercutió también en lo relativo a la forma de reparar los perjuicios, y así vemos que el artículo 870 acoge el resarcimiento *en natura*, expresando:

"La reparación se cumplirá por los medios adecuados al resarcimiento concedido, y en subsidio por el pago de una suma de dinero".

El texto es algo ambiguo, lo que ha permitido a ORGAZ⁽⁵³⁾ -basándose en que el informe de la comisión habla de que el resarcimiento debe consistir en una suma de dinero⁽⁵⁴⁾-, sostener que se mantenía como "regla" el resarcimiento pecuniario. Sin embargo, pensamos que la recta lectura del artículo, que habla del pago en dinero como una forma "subsidiaria" del resarcimiento, permite comprender que se ha dado preferencia al resarcimiento *en natura*.

d) Anteproyecto de 1954

El Proyecto de 1936 durmió en las carpetas del Congreso de la Nación y recién dos décadas después, cuando el Ministerio de Justicia de la Nación encarga a una comisión, presidida por el destacado jurista Dn. Jorge Joaquín LLAMBÍAS la confección de un nuevo anteproyecto, vemos que se insiste en la reparación *en natura*, tomando como antecedente -sin dar mayores explicaciones en la respectiva nota- las normas del Código civil italiano de

⁵³. Alfredo ORGAZ, trabajo citado, en nota 49, p. 70.

⁵⁴. El informe de la Comisión dice textualmente: "Si bien como regla general deberá consistir en una suma de dinero, se reserva especialmente la hipótesis en que la ley dispusiera de otra manera. Es cabalmente lo que ocurre en la situación que analizamos, cuando decide que se se indemnizará por los medios adecuados a la naturaleza del caso, y en subsidio, con un pago en efectivo", Reforma del Código civil, Proyecto de 1936, Kraft, Buenos Aires, 1936, p. 106.

1942. Al respecto prevé el artículo 1077 del Anteproyecto de 1954:

"Resarcimiento específico. *El damnificado podrá exigir el reintegro específico del menoscabo sufrido, si fuere total o parcialmente posible; pero el juez podrá determinar otra forma adecuada de resarcimiento si aquella resultare excesivamente onerosa para el responsable...*"

Nos limitaremos a señalar que la norma es más clara que la del Proyecto de 1936 y, además, consagra las excepciones ya clásicas en los sistemas que adopta la reparación *en natura*: a) imposibilidad: b) excesiva onerosidad. Se advierte también que, a igual que en el modelo italiano, la reparación *en natura* puede ser total, o sólo parcial, lo que da lugar a que concurra simultáneamente con la reparación en dinero, para lograr la entera satisfacción del perjudicado.

e) Anteproyecto de Código penal de Sebastián Soler

Algún tiempo después, en 1960, el eminente penalista argentino⁽⁵⁵⁾ elaboró un proyecto de código penal cuyas normas, siguiendo, siguiendo el camino marcado por los artículos 19 y 20 del Código penal vigente, incursionaban en terreno propio del derecho civil, llegando el artículo 68 del anteproyecto a propiciar la adopción del sistema de reparación *en natura*, en los siguientes términos:

"La sentencia condenatoria podrá ordenar:

1º) La reposición al estado anterior, en la medida de lo posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.

2º) Cuando la reposición no fuese posible, la repara-

⁵⁵. Todos lloramos la reciente desaparición de un hombre que luchó siempre por la justicia y por la grandeza cívica de la República, y decimos "argentino" pese a que había nacido en Cataluña, porque SOLER se había criado y educado en Argentina; se había ciudadanizado y había participado activamente en las luchas cívicas y políticas de nuestro país.

ción de daño en dinero, incluido el valor de estimación si lo hubiere.

3°) *La indemnización del perjuicio material y del agravio moral causados a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.*

4°) *El pago de las costas".*

Un eximio civilista cordobés, Alfredo ORGAZ, creyó necesario dirigirse a la Comisión de legislación de la Cámara de Diputados de la Nación, formulando una serie de observaciones al anteproyecto, y su trabajo -en el que enjuicia severamente el régimen de reparación de daños en natura- fue publicado en *Jurisprudencia Argentina*⁽⁵⁶⁾, lo que provocó la réplica de SOLER⁽⁵⁷⁾ y desató una dura polémica⁽⁵⁸⁾, siempre a través de las páginas de la mencionada revista jurídica, que posteriormente fue reunida en un libro⁽⁵⁹⁾.

Las dotes naturales de ambos juristas, acicateadas por el ardor de la polémica, hacen que agoten los argumentos en procura de destacar las ventajas e inconvenientes de las respectivas soluciones, y brinden un riquísimo aporte para el análisis desapasionado del problema. Terció, además, DASSEN⁽⁶⁰⁾, en favor de la reparación en natura, y así -aunque el proyecto no fue aprobado- pudo advertirse que la opinión jurídica del país comenzaba a inclinarse por esa solución.

⁵⁶. Ver ORGAZ, trabajo citado en nota 49.

⁵⁷. Sebastián SOLER, "Algunas cuestiones civiles en el proyecto de Código Penal", *Jurisprudencia Argentina*, 1960-VI-112 y ss.: "La reparación de perjuicios en el proyecto de Código penal", *J.A.*, 1961-II-32 y ss.

⁵⁸. Alfredo ORGAZ, "De nuevo sobre las cuestiones civiles en la reforma penal (Respuesta a una respuesta)", *Jurisprudencia Argentina*, 1961-II-76; y "De nuevo sobre las cuestiones civiles en la reforma penal. La reparación de perjuicios", *J.A.*, 1962-III-70.

⁵⁹. Alfredo ORGAZ y Sebastián SOLER, "Aspectos civiles de la reforma penal", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

⁶⁰. Julio DASSEN, "El art. 68 del anteproyecto de Código penal de Sebastián Soler", *Jurisprudencia Argentina*, 1960-VI, sec. Doct., p. 109 y ss.

f) Tercer Congreso Nacional de Derecho civil

En octubre de 1961 se reúne en Córdoba el Tercer Congreso nacional de derecho civil, convocado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, con la expresa finalidad de "elaborar las bases doctrinarias que signifiquen un aporte de los juristas del país a los diversos problemas que plantea el progreso de nuestras instituciones civiles"⁽⁶¹⁾, y en su temario se incluyó como punto N° 7, la "unificación del resarcimiento en materia de responsabilidad contractual y extracontractual".

El tema, sumamente amplio, dio lugar a que en algunos dictámenes preliminares, como el de Roberto H. BREBBIA⁽⁶²⁾, y el suscripto por Edgar A. FERREYRA, MORONI PETIT y BANCHIO⁽⁶³⁾, se incluyesen expresiones que propiciaban la reparación *en natura*, y luego en las "observaciones" a esos dictámenes, el profesor Acdeel SALAS insiste en que "no existe ninguna razón para distinguir el régimen del resarcimiento de los daños causados por un hecho ilícito de los que derivan del incumplimiento de un contrato"⁽⁶⁴⁾, considerando inconveniente el artículo 68 del anteproyecto SOLER -pese a que entiende que los dispositivos del Código civil sobre la materia deben ser modificados-, porque no debe haber dos regímenes de responsabilidad en distintos cuerpos legales⁽⁶⁵⁾, código civil y código penal.

Estas ideas, sin duda, fueron debatidas por la comisión definitiva, que al formular despacho expresa en el punto 2:

⁶¹. "Actas del Tercer Congreso ..., T. I, p. 7, art. 1° de la Ordenanza de convocatoria, Univ. Nac., Córdoba, 1962.

⁶². Actas del Tercer Congreso..., T. II, p. 621: "... la norma civil debe tender siempre a restaurar en la medida de lo posible la esfera jurídica del damnificado al estado anterior al perjuicio sufrido".

⁶³. Actas del Tercer Congreso..., T. II, p. 621: "I. Es de la esencia de toda reparación civil el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, en la medida que fuese posible".

⁶⁴. Actas del Tercer Congreso..., T. II, p. 621.

⁶⁵. Actas del Tercer Congreso..., T. II, p. 622, punto 3.

"La reparación consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, salvo cuando ella fuese imposible, cuando el damnificado optase por ella, o cuando por las circunstancias del caso el juez considerase que se agrava innecesariamente la situación del deudor"⁽⁶⁶⁾.

El debate sobre el tema fue limitado, por la escasez de tiempo, y casi ninguno de los oradores hizo referencia a la "forma de reparación"⁽⁶⁷⁾, salvo el miembro informante, profesor SALAS, en una planilla escrita que se le permitió agregar sin que fuese leída en el plenario, teniendo en cuenta que se había reducido el tiempo que el reglamento le acordaba para su exposición.

En ese informe SALAS recuerda que el Código había establecido como principio la "indemnización en dinero", pero que nuestro sistema jurídico admitía en algunos casos la reparación *en natura*, citando como ejemplo los artículos 2500 (obra nueva) y 2596 (adjunción) del Código civil y el artículo 114 (delitos cometidos por la prensa), del Código penal.

Explicaba luego que la comisión se había inclinado por la reparación *en natura*, siguiendo el artículo 68 del proyecto SOLER, pero dándole más flexibilidad, ya que se otorgaba "al damnificado la facultad de optar por la indemnización en dinero"⁽⁶⁸⁾, cuando lo consideraba conveniente. Concluía insistiendo en su opinión de que no era adecuado tratar estos problemas en el Código penal, ya que lo relativo a la responsabilidad civil tiene su sede natural en el Código civil⁽⁶⁹⁾.

Es menester destacar que la solución propuesta recoge

⁶⁶. Actas del Tercer Congreso..., T. II, p. 624.

⁶⁷. Edgar FERREYRA recordó que en el dictamen preliminar se había referido a la reparación *en natura*, pero agregaba "como esta reparación es casi siempre imposible, miramos también hacia la reparación en dinero, según fórmula integral y unificada, para que se aplique a la responsabilidad contractual, como a la extracontractual" Actas del Tercer Congreso..., T. II, p. 639.

⁶⁸. Actas del Tercer Congreso..., T. II, p. 629

⁶⁹. Actas del Tercer Congreso..., lugar citado en nota anterior.

las ya clásicas excepciones de "imposibilidad" de reparar en natura, y de "excesiva onerosidad" para el deudor, casos en que debe acudirse a la indemnización pecuniaria.

La Recomendación N° 16 presenta algunas diferencias de redacción respecto al despacho que hemos reproducido más arriba, ya que en lugar de decir "cuando el damnificado optase por ella", expresa "o cuando el damnificado optase por la indemnización en dinero"⁽⁷⁰⁾, lo que se debe a una autorización que el Congreso, a iniciativa de MAY ZUBIRÍA, otorgó a la comisión organizadora para armonizar en cuanto a su forma los despachos de comisión⁽⁷¹⁾, para "evitar que figuren algunas expresiones indebidas" y "lograr un castellano más puro y elegante"⁽⁷²⁾. En definitiva el punto 2 de la Recomendación N° 16 expresa:

"La reparación consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, salvo cuando ella fuese imposible, o cuando el damnificado optase por la indemnización en dinero, o cuando por las circunstancias del caso el juez considerase que se agrava innecesariamente la situación del deudor".

IX. El derecho argentino. La ley 17.711 y el nuevo artículo 1083

En 1968, entre las numerosas reformas que la ley 17.711 introdujo al Código civil, se sustituyó el artículo 1083 por un nuevo texto que da primacía a la indemnización en natura, siguiendo parcialmente la recomendación del Tercer Congreso nacional de derecho civil, ya que no se incluye entre las excepciones la relativa a la excesiva onerosidad.

Uno de los primeros en señalar este hecho fue RAMELLA,

⁷⁰. Actas del Tercer Congreso..., T. II, p. 630.

⁷¹. Actas del Tercer Congreso..., T. II, p. 770.

⁷². Actas del Tercer Congreso..., T. II, p. 713.

en un curso efectuado en Rosario en 1968 ⁽⁷³⁾. Sosteniendo que - pese al silencio de la norma- quizás podría llegarse a la misma solución por aplicación del nuevo artículo 1071, porque si el damnificado insiste en optar por la reparación en *natura* cuando "resulta excesivamente onerosa para el obligado a resarcir, importa un abuso del derecho de opción", opinión que fue compartida por MOSSET ITURRASPE en el debate que siguió a la exposición ⁽⁷⁴⁾.

Por su parte GARRIDO y ANDORNO han opinado que esa diferencia "resulta más aparente que real, por cuanto el artículo 1069 faculta... a los jueces para considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo"⁽⁷⁵⁾, por lo que el juez podrá establecer el pago de una suma de dinero "cuando la reparación en *natura* produzca una situación tal que determine una carga intolerable para el deudor y no determine una ventaja patrimonial insustituible para el acreedor"⁽⁷⁶⁾.

Veamos, pues, lo que dispone el nuevo texto del artículo 1083:

"El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero".

a) Cuarto Congreso nacional de derecho civil

La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba decidió conmemorar el centenario de la sanción del Código civil mediante la celebración de un nuevo Congreso Nacional de

⁷³. Ver "Reformas al Código civil", Orbir, Rosario, 1968, p. 113.

⁷⁴. Obra y lugar citados en nota anterior.

⁷⁵. Roque GARRIDO y Luis ANDORNO, "Reformas al Código civil", Zavalía, Buenos Aires, 1968, T. I, p. 137.

⁷⁶. Obra citada en nota anterior, p. 138

Derecho civil, que sería el Cuarto ⁽⁷⁷⁾; el temario se confeccionó tomando en cuenta las principales reformas introducidas por la ley 17.711, y así el punto 13 fue dedicado a "la reparación de los daños y perjuicios en la Reforma".

Se presentaron cinco ponencias, en tres de las cuales encontramos referencias al artículo 1083: a) Roque F. GARRIDO remite a los comentarios que sobre esa norma efectúa en la obra escrita conjuntamente con ANDORNO ⁽⁷⁸⁾: Jorge Joaquín LLAMBÍAS, que recomienda la sustitución del artículo 1083 por un nuevo texto, pero manteniendo la preferencia por la reparación *en natura* consagrada por la Reforma ⁽⁷⁹⁾; y c) Jorge MOSSET ITURRASPE, aconsejando mantener el criterio adoptado por la reforma que da preferencia a la reparación *en natura* ⁽⁸⁰⁾.

Posteriormente, en los dictámenes preliminares, María Antonia LEONFANTI -siempre presente en nuestro recuerdo, por su sencillez de trato, profundidad de pensamiento y preocupación por las cambiantes realidades del mundo jurídico- expresó su conformidad con la reparación *en natura* establecida por la reforma, destacando que el nuevo artículo 1083 debe correlacionarse con lo dispuesto sobre abuso del derecho ⁽⁸¹⁾.

La comisión definitiva encargada de estudiar el tema N° 13 -reparación de los daños y perjuicios en la reforma- concedió gran importancia al problema de la forma de resarcimiento,

⁷⁷. Ver Actas del Cuarto Congreso..., Imp. Universidad Nacional, Córdoba, 1971, T. I, p. 7.

⁷⁸. Ver Actas del Cuarto Congreso..., p. 361.

⁷⁹. Recomienda el siguiente texto, en sustitución del artículo 1083: "El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, o ello insumiera un gasto fuera de toda proporción con el efectivo quebranto padecido por el damnificado. En tales casos, como también si lo prefiriere este último, la indemnización se fijará en dinero, valuándose el daño a la fecha de la sentencia" (Ver Actas del Cuarto Congreso..., p. 361).

⁸⁰. "De lege lata: I. Debe mantenerse el criterio sentado en el artículo 1083 del Código civil, que sustituye la reparación pecuniaria por la reparación *en especie*" (Ver Actas del Cuarto Congreso..., p. 361).

⁸¹. Ver Actas del Cuarto Congreso..., p. 365, puntos b y c del dictamen de la Dra. Leonfanti, y también ap. 2°.

único aspecto que consideró. Las opiniones se dividieron, formulándose dos despachos; la mayoría proponía el mantenimiento de la reparación *en natura*, pero señalaba la conveniencia de introducir algunas correcciones al nuevo artículo 1083, para que se contemplase en él

de manera expresa, como excepción a la reparación en especie la hipótesis de excesiva onerosidad ⁽⁸²⁾, mientras la minoría ⁽⁸³⁾ postulaba el retorno al régimen originario del Código civil, es decir a la reparación pecuniaria⁽⁸⁴⁾.

El debate fue extenso y fructífero ⁽⁸⁵⁾; el miembro informante de la mayoría, Jorge Joaquín LLAMBÍAS, señaló una de las características de la solución adoptada por la Reforma, que se aconsejaba mantener, la posibilidad de que el damnificado elija la solución que para él sea más adecuada: reparación *en natura* o reparación en dinero ⁽⁸⁶⁾, sosteniendo que el momento oportuno para ejercitar la opción es el de la interposición de la demanda ⁽⁸⁷⁾.

No nos extenderemos sobre las discusiones que se produjeron en el plenario, limitándonos a recordar que María Antonia

⁸². El texto del despacho mayoritario, que luego fue aprobado como Recomendación N° 7, proponía dar al artículo 1083 la siguiente redacción:
"El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior cuando ello fuere total o parcialmente posible y no insumiere un gasto que excediere toda proporción respecto del efectivo quebranto padecido por el damnificado. En los demás casos, como también si lo prefiriese este último, la indemnización se fijará en dinero". (Ver Actas del Cuarto Congreso..., T. I, p.381 y T. II, p. 833).

⁸³. El despacho de minoría aparece firmado solamente por Rinessi (p. 381), pero en el curso del debate se manifestó que contaba con el apoyo de otros juristas (ver p. 380), entre los que se encontraba Guaglianone (ver informe de Rinessi, p. 384).

⁸⁴. La minoría recomendaba: "Mantener el criterio del Código civil en cuanto al art. 1083 derogado, con la siguiente modificación: Toda reparación del daño, sea material o moral, debe resolverse en una indemnización pecuniaria que fijará el juez, sin perjuicio de la restitución del objeto cuando correspondiere".

⁸⁵. Ver Actas del Cuarto Congreso..., p. 381 a 401.

⁸⁶. Ver Actas del Cuarto Congreso..., p. 382.

⁸⁷. Ver Actas del Cuarto Congreso..., p. 399.

LEONFANTI, en una intervención brevísima, expresó que "en este delicado ejercicio de la opción", debía tenerse "especialmente en cuenta el abuso del derecho"⁽⁸⁸⁾.

b) Nuestra opinión

Todo observador científico -como muy bien lo señala TOYNBEE⁽⁸⁹⁾- ocupa una posición en el tiempo y en el espacio, que limita su campo de visión, y parcializa su enfoque del objeto de conocimiento. Resulta menester entonces que realice un doble esfuerzo, primero tratar de colocarse mentalmente en otros puntos de observación⁽⁹⁰⁾, para obtener un panorama total del objeto y desentrañar de esa forma la "verdad" que -en el caso de las ciencias jurídicas- servirá para conducir a la "solución justa". En este terreno el dato histórico y los conocimientos del derecho comparado resultan indispensables, y brindan al investigador los "fragmentos de verdad", que le permitirán obtener una "reconstrucción" de su objeto de estudio.

Sin embargo no se agota allí la tarea del jurista, sino que debe retornar al "aquí y ahora", correspondientes a la realidad actual que le toca vivir, para coordinar la "verdad total"⁽⁹¹⁾ que ha llegado a conocer, con las necesidades prácticas de este momento y lugar, y obtener así leyes adecuadas para hacer efectiva la "justicia concreta".

En esta tarea inacabable de búsqueda, avanzamos por tanteos aproximativos y las conclusiones que obtenemos son provi-

⁸⁸. Ver Actas del Cuarto Congreso..., p. 397.

⁸⁹. Arnold J. TOYNBEE, "El historiador y la religión" (traducción al castellano de Alberto Luis Bixio), Emecé, Buenos Aires, 1958, p. 13: "El observador humano tiene que verlo todo desde el punto en el espacio y el momento en el tiempo en que él se halla..."

⁹⁰. Refiriéndose al historiador, nos dice TOYNBEE que debe procurar "concienzuda y deliberadamente... desplazar su ángulo de visión apartándolo del punto de vista inicial egocéntrico, que le es natural por ser él una criatura viva" (obra citada en nota anterior, p. 14).

⁹¹. Quizás sería más correcto decir la "porción de verdad".

sionales, por lo que debemos mantener el espíritu alerta para rectificarlas, si advertimos que los datos que habíamos utilizado eran erróneos o insuficientes, o que se ha producido un cambio en la realidad social.

Nos hemos detenido brevemente a formular estas reflexiones porque precisamente con relación a las formas de resarcimiento hemos experimentado en carne propia, con el correr del tiempo y la contemplación de distintas facetas del problema, un cambio notorio en nuestra forma de pensar.

Hace un par de décadas, cuando ORGAZ y SOLER polemizaron ardorosamente sobre el problema, pensábamos que éste último inspirado en las más modernas corrientes legislativas, tenía toda la razón y que la reposición de las cosas al estado anterior era la única solución adecuada; pareciera que los imperativos de la justicia se satisfacían mejor mediante el desmantelamiento del obrar ilícito, borrando sus efectos. Imponer, como único camino, la indemnización pecuniaria, podía resultar insatisfactorio para la víctima y menoscabar sus legítimos intereses, especialmente en aquellas hipótesis en que los jueces se ceñían al rigor del nominalismo y traducían el daño en una suma de dinero que a partir de ese instante permanecería inalterable, aunque no se pagase de inmediato, y sufriese una considerable pérdida de valor por efectos de la inflación ⁽⁹²⁾.

Sin embargo, si se analiza a fondo la cuestión resulta forzoso admitir que la reparación *en natura* presenta también inconvenientes y es una forma poco evolucionada -casi diríamos primitiva- de satisfacer los perjuicios, propia de aquellos sistemas en que el hombre no ha desarrollado todavía un instrumento técnico apto para medir los valores patrimoniales. Lamentablemente en muchos casos no pueden borrarse los efectos del hecho dañoso; la cosa o el bien destruidos no pueden sustituirse o repa-

⁹². Como ejemplo puede recordarse que nuestros tribunales, hasta hace poco tiempo, negaban la actualización de las sumas desembolsadas por las compañías aseguradoras para reparar los daños sufridos por la víctima, cuando la empresa de seguros, subrogándose en el lugar del acreedor, dirigía su acción contra el autor del hecho dañoso.

rarse. La implantación de una prótesis, por ejemplo, sólo mitiga el daño, pero no reemplaza el órgano perdido, en el caso de lesiones corporales, y la pérdida de una vida -o de la obra de un artista famoso- no admiten reparación *en natura*.

Este sistema, pues, sólo puede funcionar adecuadamente cuando los bienes dañados son "fungibles", o pueden ser reparados. Pero siempre queda una amplia gama de perjuicios en los cuales, frente a la imposibilidad de la reparación *en natura* resulta ineludible buscar otros medios para brindar a la víctima alguna reparación. Cuando esos medios no existían se buscaba satisfacción en la venganza; al evolucionar la humanidad, se superó esa etapa y se pasó primero por la "composición privada", hasta llegar a la indemnización pecuniaria, utilizando el dinero como medida común de los valores económicos.

Además, aunque la reparación *en natura* resulte posible, imponer a la víctima que algún tiempo después de destruidos sus bienes se le entreguen cosas idénticas, puede resultar inconveniente e injusto. El patrimonio de un sujeto es esencialmente dinámico y su integración cambia constantemente; cuando la persona pierde interés en ciertas cosas, las enajena y adquiere otras que le son más necesarias, más útiles o más agradables. El objeto destruido hace tres o cuatro años puede no interesarle más a la víctima, y si se la obligase a recibir hoy uno idéntico no hay auténtica reparación del daño que se le causó, pues su verdadero interés era disponer del valor de esa cosa para adquirir otros bienes.

Opción de la víctima

Se advierte, pues, que una y otra posición extrema presentan serios inconvenientes. Lo más adecuado, entonces, es que la propia víctima -tomando en cuenta esa evolución que puede haberse operado en sus intereses- sea quien opte por la vía de reparación que considere más adecuada, tal como lo establecen los Códigos de México y Polonia ⁽⁹³⁾.

⁹³. Ver Capítulo V de este trabajo.

En realidad nuestros juristas, a partir del Tercer Congreso nacional de Derecho civil, advirtieron que ése era el camino correcto ⁽⁹⁴⁾, y creemos que fue un acierto de la ley 17.711 consagrar ese derecho de opción en el último párrafo del nuevo artículo 1083.

Claro está que -como insistía María Antonia LEONFANTI- esa opción no debe ser abusiva ⁽⁹⁵⁾, ni imponer una carga excesivamente onerosa al deudor. En ese punto hay un lamentable vacío en el nuevo artículo 1083, pero la doctrina nacional coincide en que puede salvarse por aplicación del nuevo artículo 1071 que reprime el ejercicio abusivo de un derecho ⁽⁹⁶⁾, o por la vía del agregado al artículo 1069 que confiere a los jueces facultades para atenuar la responsabilidad del deudor, si lo consideran equitativo, en el caso de hechos ilícitos culposos ⁽⁹⁷⁾. Por nuestra parte opinamos, frente al silencio del artículo 1083, que la pretensión de obtener una reparación *en natura* excesivamente onerosa, sería abusiva, debiendo aplicarse -en consecuencia- el artículo 1071.

La facultad de opción por una u otra forma de reparación debe ejercitarse al entablar la demanda, pero las alternativas pueden cambiar. En efecto, si la víctima prefirió la reparación en dinero, ya no podrá alterar su acción, volviendo atrás y pretendiendo una reparación *en natura*; en cambio si eligió el camino de la reparación *en natura* puede suceder que ella se torne posteriormente de cumplimiento imposible, caso en el cual la reparación, en definitiva, se efectuará en dinero.

Unificación del régimen de reparación contractual y extra-

⁹⁴. Ver Capítulo VIII, apartado f, de este trabajo, y recomendación N° 16 del Tercer Congreso Nacional de Derecho civil.

⁹⁵. Ver nota 81.

⁹⁶. Además de María Antonia LEONFANTI, han opinado en el mismo sentido MOSSET ITURRASPE y RAMELLA (ver notas 73 y 74), LLAMBÍAS, "Estudios de la reforma...", pp. 248 y 249, y BORDA, E.D. 30-817, en especial N° 4.

⁹⁷. Solución propiciada por GARRIDO y ANDORNO, obra y lugar citados en nota 75, y por TRIGO REPRESAS, "Examen y crítica de la reforma", Editora Platense, La Plata, 1971, V. II, Obligaciones, p. 180.

contractual

Pensamos que el nuevo texto del artículo 1083 tiende a lograr esa finalidad; ya hemos señalado que en materia de obligaciones surgidas de los contratos el inciso 2° del artículo 505 prevé que si el deudor incumpliere, el acreedor puede ser satisfecho mediante la ejecución de la prestación por un tercero, a costa del deudor.

La lectura de ese texto, y una adecuada correlación con el nuevo artículo 1083, nos permite comprender que una de las críticas más graves que se le dirige a la reparación *en natura*, carece de fundamento. Suele afirmarse que resultaría inconveniente para la víctima del daño que fuese el responsable el encargado de efectuar las reparaciones, porque podría carecer de habilidad o conocimientos necesarios para hacerlo ⁽⁹⁸⁾.

Entendemos que el principio de la "reparación *en natura*", consagrado por el artículo 1083, no exige que sea el responsable "personalmente" quien efectúe la reparación de los daños, sino que ello se logrará por terceros "a su costa", de manera similar a lo que preceptúa el ya mencionado inciso 2° del artículo 505, con lo que se unifican los regímenes contractual y extracontractual, y se elimina el pretendido inconveniente.

En esta elección del tercero encargado de ejecutar la prestación deberán respetarse los intereses de la víctima, para que la prestación le resulte satisfactoria; por otra parte, no debe olvidarse que si se le acuerda la facultad de optar siempre tiene abierto el camino para obtener una suma que represente el valor de los perjuicios sufridos, y encargar la reparación a quien desee.

⁹⁸. Así BUSTAMANTE ALSINA nos dice: "Por ejemplo, en el caso de daños ocasionados a un automóvil, el autor debería tomar a su cargo el trabajo de reparar y reacondicionar el motor, arreglar la carrocería, etc., trabajos éstos que deben ser aceptados por el damnificado, pues, en caso contrario, se reabre una nueva discusión sobre el exacto cumplimiento de aquella obligación", "Teoría general de la responsabilidad civil", 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, N° 130, p. 65.

X. Conclusiones

Los ideales de justicia hacen deseable que la reparación borre todos los efectos daños, logrando que el patrimonio de la víctima se coloque en situación "similar" a la que tendría de no haber mediado el perjuicio. Para obtener este resultado la reparación *en natura* puede, en algunos casos, ser el remedio más apto pero la atenta observación de la realidad demuestra que no siempre ello sucede, sea porque la reparación *en natura* es imposible, sea porque es insuficiente ya que deben tenerse en cuenta los años que provienen de la "privación de uso", sea porque ya no satisface los intereses del acreedor en razón de que el patrimonio es una realidad dinámica, en la que el bien destruido tenía como destino ser reemplazado por otros bienes distintos.

En el momento actual de evolución de la humanidad, el sistema de reparación de daños debe ser elástico y amplio, combinando la reparación *en natura* con la pecuniaria, y reconociendo que la víctima es quien está en mejores condiciones para determinar la manera de satisfacer sus intereses; y por ello debe concedérsele el derecho de optar entre la reparación *en natura* y la reparación pecuniaria, destacando, sin embargo, que su elección no debe ser abusiva.