

COLUMNA DE OPINIÓN

## La reforma judicial

Ricardo A. Guibourg

Ha trascendido en estos días que se está elaborando un plan gubernamental para reformar la justicia. La noticia, que en otros tiempos erizaba los pelos republicanos de los juristas, no deja de ser auspiciosa: de hecho, la administración judicial se debe serias reformas; y no desde ahora, ni desde la década pasada, sino desde hace varios siglos.

En efecto, todos saben que la justicia lenta no es justicia, pero las medidas para hacerla más rápida son ineficientes, o bien se proyectan a despecho de las garantías procesales. Todos saben que los jueces son la última esperanza de los ciudadanos en defensa de sus derechos, pero quienes más reclaman derechos ponen escaso énfasis en cuidar las condiciones personales y profesionales de quienes son elegidos para tan augusta tarea. Todos saben que un solo juez corrupto es un escándalo inaceptable para la sociedad, pero la opinión pública se ha habituado a admitir —con notable exageración— que la corrupción judicial es un valor entendido en nuestra sociedad.

Aquellas circunstancias, conocidas desde siempre, son tan obvias que no vale la pena analizarlas, sino tan sólo mencionárselas para que no se olviden. Pero hay también un par de temas, de orden técnico, que podrían tenerse en cuenta a la hora de proyectar una justicia más eficiente.

Ante todo, ha de notarse que, cuando el ciudadano medio oye “justicia”, entiende “justicia penal”. La rama que apresa o libera a las personas, que carga (injustificadamente) con la expectativa de proteger a los ciudadanos del delito, cuyas decisiones, no sólo de fondo sino también procesales, ocupan las páginas de los diarios y se comentan en la televisión, parece ser la principal y hasta el paradigma de lo que se entiende por administración judicial.

El grado de atención que se presta al fuero penal es enteramente justificado,

CONTINÚA EN PÁGINA 7

# La mora del deudor en el Código Civil y Comercial

Ramón D. Pizarro

SUMARIO: I. Caracterización de la mora del deudor. — II. La mora del deudor en el Código Civil y Comercial.

➔ Si la obligación es de exigibilidad inmediata y el deudor no cumple en ese mismo momento, cabe presumir, salvo prueba en contrario, que el acreedor no ha consentido esa situación. Lo contrario lleva a una solución doblemente injusta: por un lado, el acreedor debe soportar que el deudor no cumpla y, por otro, además, que se presuma que él ha otorgado un plazo tácito de cumplimiento. Lo dicho asume mayor relieve si se tiene en cuenta que, como corolario de ese equivocado razonamiento, se termina imponiendo al acreedor una nueva carga ulterior: interpelar al deudor para constituirlo en mora.

## I. Caracterización de la mora del deudor

### a) Concepto

Es el retraso imputable al deudor que no quita la posibilidad de cumplimiento tardío(1). Se trata de una situación eminentemente dinámica y transitoria, que habrá de concluir por cumplimiento tardío, por la realización de ofertas reales de cumplimiento, por renuncia del acreedor a los derechos que le confiere el estado de mora de su deudor, o incumplimiento absoluto (sobrevenido al estado de mora de la obligación). Pertenece, de tal modo, al género de los incumplimientos relativos.

A diferencia del incumplimiento absoluto (o definitivo), que tiene carácter irreversible (arts. 955, 956, 1084 a 1090, 1732 y concs., Cód. Civ. y Com.), la mora presupone una prestación exigible pero retardada en su ejecución temporal por causas imputables al deudor,

que todavía es posible y útil para satisfacer el interés del acreedor. De allí su inescindible asociación a la idea de cumplimiento tardío.

### b) Presupuestos

Para que se configure la mora, del deudor es menester la presencia de ciertos presupuestos, “que deben necesariamente existir con anterioridad a esta anormal situación y que condicionan su propia configuración” (2).

Ellos son:

- 1) La existencia de un deber jurídico específico, derivado de una obligación en sentido estricto (art. 724, Cód. Civ. y Com.).
- 2) La exigibilidad de la prestación debida.
- 3) Cooperación del acreedor.

En numerosas obligaciones pesan sobre el acreedor distintos deberes especiales de cooperación, también llamados *cargas*, con sustento en el principio de la buena fe (art. 9, Cód. Civ. y Com.) y en el ejercicio regular de los derechos (art. 10, Cód. Civ. y Com.), que tienen por objeto posibilitar que el deudor pueda cumplir conforme a los términos de la relación existente.

A veces, la propia liberación del deudor depende del cumplimiento de esos deberes (así, por ejemplo, cuando el acreedor debe suministrar los materiales para que el deudor realice una obra, o hacerse presente en un lugar determinado a recibir la cosa). En tales supuestos, la falta de cooperación del acreedor puede obstar a la configuración de la situación jurídica de mora. Para que el retraso pueda ser imputable (subjetiva u objetivamente) al deudor, es presupuesto indispensable que el acreedor realice los actos de cooperación necesarios para que aquél pueda cumplir. La falta de cooperación impide que pueda hablarse de mora, por falta, precisamente, de uno de sus presupuestos, sin perjuicio de que, además, bajo ciertas condiciones, pueda ser apta para provocar la mora del acreedor.

- 4) Posibilidad y utilidad del cumplimiento tardío.

Conforme lo señalado precedentemente, la mora presupone que la prestación debida sea susceptible de ser cumplida retardadamente de manera específica, en razón de resultar posible y útil para el acreedor. En caso contrario no cabe hablar de mora, sino de incumplimiento absoluto.

### c) Requisitos de la situación de mora

Para que se produzca la mora del deudor es menester la presencia de tres requisitos predicables para todo tipo de obligación:

#### 1) El retardo

Este componente ha sido denominado, con tanta frecuencia como impropiedad, elemento material de la mora, particularmente por autores subjetivistas que sólo admiten a la culpa (entendida en sentido amplio) como idónea para tornarlo relevante jurídicamente. Este último elemento es denominado por ellos subjetivo, y contrapuesto con el retardo.

La terminología no es feliz, pues, veremos luego, también el factor de imputación puede ser objetivo (más aún, de ordinario lo es), con lo que poco se obtiene denominando al retraso o retardo elemento material u objetivo de la mora.

La noción de retardo está ligada, indisolublemente, a la de *demora*. Supone, conforme lo señalado anteriormente, una situación de deuda exigible, que debía ser cumplida en un determinado tiempo, sin que se haya verificado el cumplimiento puntual en el momento fijado para ello. Allí se plasma la dilación temporal que constituye objetivamente una conducta antijurídica, conforme lo señalado en parágrafos anteriores.

El retraso que caracteriza a nuestra figura supone su transitoriedad, o sea que la

CONTINÚA EN PÁGINA 2

## COLUMNA DE OPINIÓN. La reforma judicial

Ricardo A. Guibourg..... 1

## DOCTRINA. La mora del deudor en el Código Civil y Comercial

Ramón D. Pizarro..... 1

## NOTA A FALLO. El derecho al olvido en materia penal. Visión de la Corte Suprema chilena

Marcela I. Basterra..... 8

## JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET. Supresión de la información relativa a la posible comisión de delitos penales contenida en registros informáticos con una antigüedad de diez años. Protección del honor, la dignidad y la vida privada de las personas. Libertad de expresión. Disidencia. Abuso sexual contra menores. Interés público e interés histórico (CS Tercera Sala, Santiago de Chile) ..... 8

# La mora del deudor en el Código Civil y Comercial

VIENE DE TAPA

obligación todavía pueda ser cumplida específicamente por el deudor y, en tales circunstancias, resulte apta para satisfacer el interés del acreedor. Si la prestación no es susceptible de ser cumplida específicamente después de operada la demora, tardíamente, porque se ha hecho imposible o porque, aun siendo susceptible de tal cumplimiento, ya no es apta para satisfacer el interés del acreedor, no hay técnicamente mora, sino incumplimiento definitivo.

## 2) El factor de atribución

La mora requiere, necesariamente, de la presencia de un factor de atribución que califique el retardo material como moratorio y que permita atribuir axiológicamente las consecuencias que genera a una persona determinada. El retardo en el cumplimiento obligacional, en principio, hace presumir la imputabilidad, hasta que se alegue y pruebe lo contrario (3).

¿Cuál es el factor de atribución que debe estar presente para que se configure la mora del deudor?

En el régimen anterior (art. 509, Cód. Civil derogado, t.o., ley 17.711), las opiniones estaban divididas. Seguramente se mantendrá ese panorama a la luz del texto del art. 888 del nuevo Código que analizaremos más adelante.

Conforme a una posición clásica, hoy superada, el factor de atribución aplicable es subjetivo, basado en la culpa (4). El retraso debe, necesariamente, ser imputable subjetivamente al deudor, a título de dolo o culpa. El retraso no culpable no es mora.

Quienes adhieren a estas ideas advierten que si bien en el artículo 509 del Código Civil anterior, al igual que los artículos 886 a 888 del nuevo Código, no se hace una expresa referencia a la culpabilidad, la misma puede ser inferida como requisito de la mora, porque uno y otro régimen normativo permite al deudor liberarse de las consecuencias de la mora probando que no le es imputable, expresión a la que asignan sentido equivalente a falta de imputabilidad subjetiva.

De acuerdo con otra opinión, que prevalecía en el régimen anterior y que seguramente habrá de consolidarse en el nuevo Código, basta con la presencia de un factor de atribución subjetivo (mora subjetiva) u objetivo (mora objetiva) para que se configure la situación jurídica de mora.

Dentro de esta corriente, empero, se advierten diferencias sensibles.

Para algunos el principio general estaría dado por la culpa, por lo que los casos de mora objetiva, si bien existen, son excepcionales, limitados a aquellos supuestos en los que han sido expresamente consagrados por razones de política legislativa. Se trata de una posición subjetivista, con concesiones objetivistas (5).

Según otros, en posición que compartimos, los supuestos más importantes y frecuentes se caracterizan por la presencia de un factor objetivo de atribución y son, consecuentemente, hipótesis de mora objetiva (6). La culpa juega un rol de menor importancia en esta materia, circunscripta, en nuestra opinión, a las obligaciones de medios.

Dentro de esta corriente, empero, se advierten algunos matices de importancia, a la hora de encuadrar el ámbito de la mora objetiva. Algunos, como Mosset Iturraspe, identifican mora automática con mora objetiva y mora con interpelación con mora subjetiva (7). En el primer supuesto, el factor de atribución sería el riesgo creado (no basta, pues, el mero retardo); en tanto que en el segundo caso la imputación jurídica se efectuaría a título de culpa. Nosotros compartimos la idea de que la mora puede ser objetiva (en la mayor parte de los supuestos) o subjetiva. Sin embargo, no creemos que el encuadramiento en una u otra hipótesis dependa de la forma de constitución en mora (automática o por interpelación). El deber de entregar la cosa en un contrato de compraventa, no cambia por el hecho de estar sujeto a un plazo determinado cierto o incierto (mora automática) o tácito (mora por interpelación).

El factor de atribución aplicable en la mora o el incumplimiento de una obligación de resultado, como la anteriormente tomada como ejemplo, no varía por el hecho de que la mora se produzca automáticamente o por interpelación. Como bien lo señala Bueres, “la mora no es subjetiva u objetiva por las contingentes características del plazo (incluso modificables por la voluntad de las partes puesto que el art. 509 contiene derecho supletorio), o por cuanto no exista plazo. La subjetividad u objetividad que califica jurídicamente el retraso dimana de la ley —o más ampliamente del ordenamiento— en cuanto allí se consi-

dera de unas maneras específicas la clase de deberes a cumplir en vista de exigencias de justicia y de la propia conformación estructural y funcional de tales deberes” (8). El razonamiento del eminente jurista capitalino es proyectable sin inconveniente alguno al nuevo régimen normativo en materia de mora del deudor.

Debe, pues, distinguirse según se trate de obligaciones de medios (o de diligencia) o de resultado (también llamadas de fines o de garantía).

En el primer supuesto, el factor de imputación es subjetivo y basado en la idea de culpa; en las obligaciones de resultado es objetivo, con sustento en la idea de deber calificado de garantía o en el riesgo creado, según los casos.

Este criterio, predicado en materia de mora, es extensible al incumplimiento absoluto y también a la responsabilidad civil que pueda derivar en uno y otro supuesto.

## 3) La constitución en mora del deudor

La configuración de la situación jurídica de mora requiere de algo más que un retraso imputable al deudor que no quite posibilidad de cumplimiento tardío. Es preciso, además, que el deudor quede *constituido en mora*.

Dicha constitución en mora puede operar de distinta manera: 1) por un acto del acreedor (interpelación); 2) o bien por el mero transcurso del tiempo. No hay otro sistema de constitución en mora.

Los diferentes modos de constitución en mora son relevantes para determinar los distintos sistemas que predominan en el derecho comparado.

Este requisito no ha sido siempre bien comprendido en su real dimensión. La mayor parte de los autores hacen referencia a él sólo cuando abordan una de las diferentes formas de constitución en mora —la interpelación—, que era el principio general en el Código de Vélez Sarsfield, antes de la reforma del año 1968 y que luego de la reforma introducida por la ley 17.711 mantuvo un valor residual y limitado. Este fenómeno, lo veremos luego, se ha potenciado en el Código Civil y Comercial.

Se asigna a la expresión interpelación un significado equivalente al de constitución en mora.

Sin embargo, ello no es así, pues la interpelación no es la única vía para constituir en mora al deudor ni, por cierto, la más impor-

tante. La mayoría de las veces la constitución en mora opera sin intervención alguna del acreedor, por el sólo transcurso del tiempo, automáticamente. Es el tiempo quien interpela en lugar del hombre. De allí la locución romana *dies interpellat pro homine*.

Quede en claro, de tal modo, que “existe entre constitución en *mora e interpellación* una clara relación de género a especie; mientras con la primera se alude a las diferentes formas por las que el deudor puede estar incurso en mora, con la segunda se designa una de aquellas *formas* en particular: la que se concreta mediante la actuación del acreedor (*interpellatio*)” (9). Una de aquellas formas. No la única. Ni, menos aún, la más importante.

Como es sabido, el artículo 509 del Código de Vélez, siguiendo muy de cerca al Código de Francia, consagraba categóricamente el principio de la mora *ex persona*, exigiendo la interpelación inclusive en las obligaciones a plazo determinado cierto. Como regla no había mora sin interpelación. La norma contemplaba dos excepciones a dicho principio: Cuando se hubiera estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo produciría la mora y cuando “de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación fue un motivo determinante por parte del acreedor” (mora *ex re*). El supuesto tenido en cuenta era el de obligaciones sujetas a plazo esencial, cuya no ejecución en tiempo propio provocaba, en verdad, no un supuesto de mora sino de incumplimiento definitivo. Así, por ejemplo, quien contrata un *remise* para que lo lleve en determinado día y hora al aeropuerto, a fin de tomar un avión a Europa: la falta de cumplimiento en tiempo propio importa frustración del interés del acreedor, sin necesidad de requerimiento alguno.

A las excepciones al principio de la interpelación contenidas en el viejo artículo 509, se sumaban otras, en donde doctrina y jurisprudencia, en forma más o menos pacífica, admitían que la mora operaba automáticamente, sin necesidad de requerimiento (mora legal, mora en la obligación de reparar daños causados por hechos ilícitos, confesión del estado de mora por el deudor, negativa anticipada al cumplimiento por parte de éste, etcétera).

La ley 17.711 introdujo una profunda modificación en el régimen de constitución en mora del deudor, incorporando como regla general el principio de la mora automática en las obligaciones a plazo determinado cierto e incierto (art. 509), con lo que relegó a la mora *ex persona* a una categoría puramente residual.

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) La bibliografía sobre el tema es inagotable. Puede consultarse con provecho: BORDA, Guillermo A., “La reforma de 1968 al Código Civil”, Perrot, Bs. As., 1971; CANO, José L., “La mora”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1978; BUERES, Alberto J., “El pacto comisorio y la mora del deudor”, LALEY, 1980-A, 843; “Responsabilidad contractual objetiva”, JA, 1989-II-964; BREBBIA, Roberto H., “La mora en la responsabilidad profesional”, en MORELLO (Dir.), *Las responsabilidades profesionales. Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, Platense, La Plata, 1992, p. 179; CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús, “El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones”, Montecorvo, Madrid, 1979; CAZEAUX, Pedro N., “La mora en el cumplimiento de las obligaciones”, Ed. Lex, La Plata, 1977; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, en BUERES (Director) - HIGHTON (Coordinadora), “Código y normas complementarias”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1998, art. 508, t. II-A, p. 104 y ss.; DIEZ - PICAZO GIMÉNEZ, Gema, “La mora y la responsabilidad contractual”, Civitas, Madrid, 1996; GAGLIARDO, Mariano, “La mora. Estructura y alcances”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2009, 2ª ed.; GARRIDO, Roque F., “La mora y la ley 17.711”, ED, 36-881, 36-886; GRAMUNT FOMBUENA, M. Dolores,

“La mora del deudor en el Código Civil”, Bosch, Barcelona, 1993; GRECO, Ernesto R., “La mora del deudor en la reforma de 1968”, *Revista del Notariado*, n. 716, Marzo-Abril, 1971; LÓPEZ CABANA, Roberto M., “La demora en el derecho privado”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989; LÓPEZ CABANA, Roberto M. - LLOVERAS, Néstor, “La mora y el pacto comisorio”, ED, 76-810; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Reflexiones sobre el tiempo en el derecho”, *Revista Jurídica de la Universidad Nacional de Tucumán*, n.25; LLAMBÍAS, Jorge J., “Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711”, JA, Buenos Aires, 1969; MERINO, Enrique - MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Reflexiones sobre la clasificación de los plazos. La mora y la obligación de inscribir una transferencia de automotores”, ED, 41-1003; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La mora y la reforma del artículo 509 del Código civil”, JA, Doctrina, 1968-V-794; MORELLO, Augusto M., “La mora”, *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, n.751, noviembre-diciembre, 1963; “Indemnización del daño contractual”, Ed. Platense, La Plata, 1974; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Imputabilidad de la mora. La mora en las obligaciones ‘cercabili’”, LALEY, 1982-A, 718; PADILLA, René, “La mora en las obligaciones”, Astrea, Bs. As., 1983; “Res-

ponsabilidad civil por mora”, Astrea, Bs. As., 1996; PANTALEÓN, Fernando, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, Octubre-Diciembre, Madrid, España, p.1719; PANTONI, Mario, “La mora del deudor”, Lerner, Córdoba, 1978; RACCIATTI, Hernán, “Algunas observaciones sobre la reforma del Código Civil en materia de mora”, JA, doctrina, 1969, p. 235; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Los requisitos de la mora del deudor en las II Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes”, LALEY, 1983-D, 1112; SALAS, Acdeel E., “Caso fortuito y ausencia de culpa”, *Juris*, 15-369; WAYAR, Ernesto C., “Tratado de la mora”, Abado, Bs. As., 1981.

(2) WAYAR, Ernesto C., “Tratado de la mora”, n. 49, p.307 y ss. Comp., GAGLIARDO, Mariano, “Tratado de obligaciones según el Código Civil y Comercial”, t. II, p.150, quien no formula la distinción entre presupuestos y elementos y engloba a ambos en la última categoría.

(3) LÓPEZ MESA, M., “Derecho de las obligaciones”, t. I, p.446.

(4) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Perrot, Bs. As., 1973, 2ª ed., t. I, n. 102, p.126 y ss.; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, en Bueres A. (Dir.) - HIGHTON, E. (Coord.), “Código Civil y

normas complementarias”, Hammurabi, Bs.As., 1998, t. 2A, p.105 y ss.

(5) WAYAR, Ernesto C., “Tratado de la mora”, n.54, p.338; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Curso de obligaciones”, Zavallia, Buenos Aires, 2004, t. 2, p.228 y ss. Comp: PADILLA, René, “Responsabilidad por mora”, Astrea, Bs. As., 1996, n. 55, p.138.

(6) BUERES, Alberto J., “El pacto comisorio y la mora del deudor”, LALEY, 1980-A, 843; “Responsabilidad contractual objetiva”, JA, 1989-II-964; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Imputabilidad de la mora. La mora en las obligaciones ‘cercabili’”, LALEY, 1982-A, 718; PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, t. 2, n. 499, p.512 y ss.

(7) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Imputabilidad de la mora. La mora en las obligaciones ‘cercabili’”, LALEY, 1982-A, 718.

(8) BUERES, Alberto J., “El pacto comisorio y la mora del deudor”, LALEY, 1980-A, 843; “Responsabilidad contractual objetiva”, JA, 1989-II, 964.

(9) WAYAR, Ernesto C., “Tratado de la mora”, n. 55, p.355 y ss.



Más allá de las imperfecciones técnicas que presentaba ese artículo, la reforma fue plausible y dio frutos positivos a lo largo de sus más de cuarenta y cuatro años de aplicación. El tiempo terminó dándole la razón a Borda, quien con su fino sentido jurídico y de la realidad, vislumbró el camino correcto. Esto explica que, en lo sustancial, el nuevo Código haya mantenido (y en buena medida mejorado) los grandes lineamientos introducidos por la ley 17.711.

## II. La mora del deudor en el Código Civil y Comercial

### A) Régimen de constitución en mora

#### a) Emplazamiento metodológico

La mora del deudor es regulada dentro de la materia obligacional y no como un elemento de la responsabilidad civil, como lo hiciera el Proyecto de 1998.

Aprobamos el criterio seguido, pues estamos ante una figura que es aplicable a un género amplio de situaciones jurídicas, que excede el campo de la responsabilidad. A partir de ella se desencadena una multiplicidad de posibles efectos en el plano obligacional y, en su ámbito, contractual, que torna aconsejable ubicarla a continuación del marco normativo que regula el cumplimiento.

#### b) Definitiva consolidación del principio general de la mora automática

El nuevo Código, con excelente criterio, resuelve de manera definitiva esta controversia en su artículo 886, al establecer una regla general que no deja lugar alguno para la duda: *“Mora del deudor. Principio. Mora automática. La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento”* (10).

En el artículo siguiente se señalan las dos excepciones al principio rector de la mora automática previstas en el articulado del nuevo Código: las obligaciones sujetas a plazo tácito y a plazo indeterminado propiamente dicho. A ellas cabe agregar una tercera excepción: cuando las partes, en ejercicio de la autonomía privada, pacten que la mora no operará automáticamente y prevean la necesidad de interpelación u otras modalidades a tal fin (11).

Hay, de tal modo, una regla cualitativamente formulada, clara, precisa, categórica —mora automática (art. 886)— y excepciones a la misma, dos previstas en el art. 887 y la restante emergente de los arts. 957 y 958 Cód.Civ.Com (autonomía privada) (12). En estas últimas no rige la regla de la mora automática; o sea que la mora del deudor no se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación.

Se consolida, de tal modo, la orientación iniciada por la ley 17.711; y se lo hace de manera sensata, realista, sin eufemismos y, lo que es igualmente importante, manteniendo mucho de lo bueno que tenía el art. 509 Cód. Civil anterior (t.o. ley 17.711). Esto permite proyectar al nuevo Código gran parte de la

doctrina y jurisprudencia forjada entre 1968 y 2015.

El nuevo Código mantiene la terminología que utilizaba esta norma, la mejora y depura conceptualmente, resolviendo de manera explícita algunas controversias.

¿Cómo y cuándo se produce la mora automática?

La ley es clara: Ella opera en todo supuesto obligacional que no esté encuadrado dentro de alguna de las excepciones antes indicadas.

Veamos cuáles son las principales aplicaciones del principio de la mora automática.

#### 1) Obligaciones de exigibilidad inmediata (mal llamadas puras y simples)

Son aquellas que deben ser cumplidas en el momento de su nacimiento.

El Código Civil y Comercial pone punto final a una añeja polémica gestada en derredor del texto del artículo 509 del Código anterior, reformado por la ley 17.711, en torno a la mora del deudor en las obligaciones de exigibilidad inmediata.

Vale recordar que la doctrina y jurisprudencia absolutamente mayoritarias entendían que en estas obligaciones el deudor no incurría en mora si no era interpelado por el acreedor (13). Quienes adherían a estas ideas descartaban terminantemente que pudiera aplicarse a ellas el régimen de mora automática y afirmaban que también era improcedente toda pretensión de fijación judicial de plazo (esto último es propio de una especie de obligación modal, la sujeta a plazo indeterminado propiamente dicho, y no de una obligación que se caracteriza, precisamente, por lo contrario: por no tener plazo). Los fundamentos eran variados y su consideración excede los límites de este trabajo. Baste ahora con señalar que para algunos, en las obligaciones de exigibilidad inmediata, el cumplimiento de la prestación estaba diferido a la potestad de una de las partes o de ambas. Quien tenía la potestad de exigir dicho cumplimiento debía manifestar a la otra su voluntad mediante un requerimiento previo a la ejecución de la obligación, pues la buena fe (art. 1198 Cód. Civil anterior) impondría ese temperamento (14). Para otros, las obligaciones de exigibilidad inmediata (puras y simples) debían ser tratadas como obligaciones sujetas a plazo tácito, quedando por ende alcanzadas por el requisito de la interpelación previsto para ellas (15). Quienes adherían a estas ideas señalaban que las obligaciones puras y simples eran exigibles desde su nacimiento; y si el deudor no las cumplía en ese instante, era porque el acreedor, tácitamente, le estaba otorgando un plazo. Debía, de tal modo, interpelarlo para constituirlo en mora (art. 509, 2º párrafo, Cód. Civil anterior, t.o. ley 17.711). Por nuestra parte, pensábamos que todas esas doctrinas estaban aferradas a ciertos preconceptos, muchos de los cuales no resistían un análisis profundo. El más grave de todos: *considerar que la mora automática era incompatible con las obligaciones de exigibilidad inmediata*. Sosteníamos que en el

régimen anterior también aquí regía el principio de la mora automática. Las razones que llevaban a su vigencia cuando la obligación era a plazo determinado cierto e incierto no diferían sustancialmente de las que podían justificar su aplicación, como regla, en las obligaciones puras y simples: la adecuada protección de los intereses del acreedor y, fundamentalmente, la conexión entre el retardo del deudor con el factor tiempo, sin necesidad de requerimiento alguno.

Dicha relación era predicable cuando había un plazo determinado fijado. No podía seguirse un criterio distinto en aquellas obligaciones que nacían, producían sus efectos y se extinguían sin intervalo de tiempo jurídicamente mensurable. No había razón que justificare, en principio, tratarlas de manera distinta (16).

Esta interpretación en modo alguna aparecía reñida con el principio de la buena fe, que impone al deudor que asume una obligación pura y simple de adoptar los recaudos que le permitan cumplir en ese momento, sin posibilidad de ampararse en una falta de requerimiento para evitar la configuración del estado de mora. La dinámica que caracteriza a la obligación en nuestro tiempo, el reparto de riesgos que debe presidir a estas obligaciones de exigibilidad inmediata, la moderna concepción del patrimonio y, frecuentemente, el principio de protección de la parte débil en la relación, justificaban este temperamento. Tal criterio, por lo demás, había sido siempre el que se aplicaba en materia de hechos ilícitos, en donde la mora en la obligación de resarcir (que es de exigibilidad inmediata) operaba automáticamente desde el mismo momento de producción del daño.

El nuevo Código consagra de manera expresa este criterio. La mora se produce automáticamente por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento. El tiempo de cumplimiento que la ley fija para las obligaciones de exigibilidad inmediata no es otro que *“el momento de su nacimiento”* (art. 871 inc. a). Va de suyo que si el deudor no cumple en ese momento queda *automáticamente* incurrido en mora.

Podría objetarse la solución legal sosteniendo que si el deudor no paga en esa oportunidad es porque el acreedor tolera esa situación y tácitamente le otorga un plazo, supuesto que nos colocaría en el terreno de las obligaciones a plazo tácito donde campea una de las excepciones al principio de la mora automática (art. 887, inc. a). Sin embargo, a poco que se profundice este razonamiento se podrá percibir su insuficiencia. Ocurre que, tratándose de una obligación de exigibilidad inmediata, una dilación en cumplir debe ser reputada, en principio, como una *infracción* deuditoria. En tal caso cabe presumir que el acreedor, lejos de tolerarla (y de otorgar un plazo tácito para que el deudor cumpla), en verdad *la sufre*. Por lo que el mentado otorgamiento del plazo tácito no tiene sustento lógico alguno.

Por tal motivo si la obligación es de exigibilidad inmediata y el deudor no cumple en ese mismo momento, cabe presumir, salvo

prueba en contrario, que el acreedor no ha consentido esa situación. Lo contrario lleva a una solución doblemente injusta: por un lado, el acreedor debe soportar que el deudor no cumpla y, por otro, además, que se presume que él ha otorgado un plazo tácito de cumplimiento. Lo dicho asume mayor relieve si se tiene en cuenta que, como corolario de ese equivocado razonamiento, se termina imponiendo al acreedor una nueva carga ulterior: interpelar al deudor para constituirlo en mora.

El Código Civil y Comercial concluye con la controversia. La solución es plausible y coherente con el sistema de la mora automática que consagra a rajatablas.

Como lógica consecuencia del mismo, la obligación de resarcir el daño injustamente causado por un *hecho ilícito* —que nace en el mismo momento en que se produce el daño— está alcanzada por el principio de la mora automática (17).

#### 2) Obligaciones sujetas a plazo determinado cierto o incierto

Conforme lo dispone el art. 871 inc. b), Cód. Civ. y Com., si hay un plazo determinado “cierto o incierto” el pago debe hacerse “el día de su vencimiento”.

En ambos supuestos, entonces, la mora opera automáticamente “por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento”. Fijado por las partes, por la ley o por el juez.

El nuevo Código cierra definitivamente alguna polémica interpretativa generada en torno al alcance del primer párrafo del artículo 509 reformado por la ley 17.711 del Código anterior en cuanto disponía que “en las obligaciones a plazo la mora se produce por su solo vencimiento”.

Esta locución —obligaciones a plazo— fue interpretada de manera disímil por la doctrina, pues en tanto la mayoría, con buen criterio, entiende que se refiere a plazo determinado cierto e incierto, otros excluían esta última tipología.

El nuevo Código concluye con esta controversia y lo hace con excelente criterio: tratándose de obligaciones *“a plazo determinado, cierto o incierto”*, el pago debe hacerse *“el día de su vencimiento”* (art. 871), por lo que la mora se produce automáticamente.

Dentro del régimen anterior, Alterini, Ameal y López Cabana, con el fino sentido jurídico que lo siempre los caracterizó, propusieron mitigar el rigor de la interpretación que proclamaba la mora automática en las obligaciones a plazo determinado incierto, señalando que en tales supuestos, cuando la realización del hecho configurante del término pudiera ser ignorada por el deudor, la buena fe impondría al acreedor comunicarle tal circunstancia a fin de que cumpla, de conformidad con el principio de la buena fe (18). Se

CONTINÚA EN PÁGINA 4

## { NOTAS }

(10) Observa COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén (en ALTERINI, J.H. (Dir.) - ALTERINI I. (Coord.), “Código civil y comercial comentado”, Ed. LaLey, Bs. As., 2015, t. IV, p. 434, que la utilización del vocablo “transcurrir” es inadecuada y que la norma debería haber dicho “al vencimiento del plazo fijado para el su cumplimiento”.

(11) GAGLIARDO, “Tratado de las obligaciones según el Código Civil y Comercial”, t. 2, p. 170.

(12) Conf. NEGRI Nicolás Jorge, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (Dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Ed. LaLey, Bs. As., 2015, t. III, art. 886, n.I.I, p. 297 y ss.

(13) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, en BUE-

RES-HIGHTON, cit., t. 2 A, p. 117, b).

(14) BORDA, Guillermo A., “Obligaciones”, t. I, n. 54 bis, p. 68; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1973, n. 119/120, ps. 94/95.

(15) MERINO, Enrique - MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La mora en las obligaciones puras y simples”, LALEY, 1976-A, 408; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La mora en las obligaciones puras y simples”, LALEY, 1976-A, 408.

(16) En este sentido, PADILLA, René, “Responsabilidad civil por mora”, n. 127, b), ps. 328/329; GHERSI, Carlos, “El estado de mora en las obligaciones puras y

simples”, LALEY, del 28/12/93; CASIELLO, Juan José, “Responsabilidad por mora en las obligaciones puras y simples”, en AMEAL, Oscar (Dir.) - TANZI, Silvia (Coord.), *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Roberto M. López Cabana*, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2001, n. III, p. 92/93; PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, t. 2, n. 508, p. 540 y ss.

(17) La mora en las obligaciones derivadas de hechos ilícitos se produce automáticamente en todos los casos, desde el momento de producción del daño. En esta materia está en juego el principio de la reparación plena o integral del daño injustamente causado, que es uno de

los pilares básicos sobre los que se sustenta el régimen de responsabilidad civil. Dicho principio requiere que los intereses se computen desde la fecha en que el perjuicio proveniente del ilícito ha sido causado. Es a partir de la producción del daño cuando se genera la obligación de repararlo jurídicamente, lo cual lleva a computar los intereses desde esa fecha, sin necesidad de requerimiento o interpelación alguna.

(18) ALTERINI, A. - AMEAL, O. - LÓPEZ CABANA, R.M., “Derecho de obligaciones civiles y comerciales”, n. 401, p. 171 y ss.

## ● VIENE DE PÁGINA 3

trataría de una simple comunicación y no de una interpelación en sentido estricto, por lo que no estaría sujeta a ninguna de las formalidades anteriormente estudiadas. Esa construcción fue aceptada por algunos proyectos de reforma al derecho privado argentino (así, por ejemplo, Proyecto de 1983, art. 509).

La idea es interesante y puede resultar valiosa en el campo de aquellas obligaciones en donde la mora es subjetiva; o sea, basada en la culpa del deudor. Dentro de ese contexto, la construcción resulta útil y puede permitir a este último probar que el retraso no le es imputable por ausencia de culpabilidad. No creemos, en cambio, que el mismo criterio sea sustentable de manera generalizada en materia de obligaciones de resultado, donde el factor de atribución es objetivo [arts. 774 inc. b) y c) y 1723 Cód. Civ. y Com.]: la imputación allí se realiza con total abstracción de la idea de culpabilidad; y solamente puede ser desvirtuada demostrando la presencia de una causa ajena. La ausencia de conocimiento por parte del deudor de que el hecho se ha cumplido o la falta de notificación por parte del acreedor de tal circunstancia no alcanzan dicha categoría ni tienen idoneidad alguna para impedir los efectos de la mora, salvo cuando por su relevancia, en función de las circunstancias del caso, pueda ser dicha comunicación emplazada como un deber de cooperación, con base en el principio de la buena fe, y como consecuencia de ello proyectar incidencia causal. En tal caso, el deudor podría demostrar que la mora no le es imputable, pero no porque no haya habido culpa de su parte (la ausencia de culpa es intrascendente), sino porque el incumplimiento encontraría su causa en la propia conducta del damnificado (acreedor).

Quien se somete a una deuda a plazo determinado incierto debe tomar las previsiones y, en su caso, asumir los riesgos, para conocer en forma oportuna la verificación del hecho incierto.

Por tal motivo, no creemos que pueda predicarse de manera *generalizada* una carga en tal sentido sobre el acreedor, ni siquiera tratándose de supuestos en los que el deudor pudo haber ignorado el momento del vencimiento del plazo. Es una cuestión que deberá ser apreciada caso por caso, conforme a las pautas antes indicadas.

Esta solución no varía, antes bien, se torna mucho más rígida en el nuevo Código. Por lo demás la comunicación que se propicia para que opere la mora del deudor en estas obligaciones genera algunas dudas, máxime teniendo en cuenta que no se trata de una interpelación en sentido estricto: ¿Desde cuándo se considerará que el deudor está en mora? Caben tres posibles respuestas: 1) Estará en mora desde el momento mismo del vencimiento del plazo, en cuyo caso la comunicación es superflua. Con o sin ella, el efecto sería siempre el mismo. 2) Estará en mora a partir del momento mismo en que la comunicación llegue al domicilio del deudor, con independencia de que éste tome efectivo conocimiento de la misma. En tal caso, no se debería otorgar plazo alguno para que el deudor cumpla, operando la mora desde entonces. 3) La tercera posibilidad es considerar que en esa notificación el acreedor deba

comunicarle el hecho y otorgarle un plazo razonable para que el deudor pueda cumplir. Esto último parece fuera del texto de la ley y puede conducir a situaciones anómalas, que se susciten en esa *zona de nadie*, que se abre entre el vencimiento del plazo incierto y el vencimiento del término para cumplir, que se otorga en la notificación que el acreedor efectúa al deudor respecto del cumplimiento de aquél.

Creemos que en los casos en los que se acepte la procedencia de esta notificación, la solución indicada en el punto 2) es la única que podría ser compatible con la letra de los artículos 871 inc. b) y 886 del nuevo Código, en consonancia con lo dispuesto por los arts. 9, 10 y 729.

*c) Las excepciones al principio de la mora automática*

El Código Civil y Comercial solamente reconoce dos excepciones al principio de la mora automática que se prevén en el art. 887 (19):

*“Excepciones al principio de la mora automática. La regla de la mora automática no rige respecto de las obligaciones:*

*a) sujetas a plazo tácito; si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que conforme a los usos y la buena fe debe cumplirse;*

*b) sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho; si no hay plazo, el juez, a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.*

*En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito.”*

A riesgo de ser reiterativos, debemos remarcar lo siguiente: la excepción anida en el hecho de que la mora del deudor *no se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación*. Es dable, entonces, suponer, que para que ella opere es menester *algo más* que el mero vencimiento del plazo.

Analicemos las dos excepciones expresamente previstas por el legislador al principio de la mora automática.

*1) Obligaciones a plazo indeterminado tácito. Un enigma*

El plazo tácito es una especie dentro del género más amplio del plazo indeterminado.

Plazo tácito es aquel que no está expresamente fijado (20), pero cuya existencia y entidad es posible inferir de la naturaleza y circunstancias de la obligación. Es esto último lo que permite determinar, tácitamente, el momento a partir del cual el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación. Los usos y costumbres, ponderados a la luz del principio de la buena fe, pueden resultar relevantes para precisar el momento de su cumplimiento.

¿Cómo se produce la mora en estas obligaciones?

En el régimen anterior las obligaciones cuyo plazo no estaba expresamente determinado, pero resultaba tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, requerían de interpelación del deudor al acreedor para que operara la mora de este último (art. 509, segundo párrafo Cód. Civil derogado, t.o. ley 17.711). En otras palabras, estaban fuera del principio de la mora automática y constituían un ámbito residual de la mora por interpelación. La doctrina era unánime.

El nuevo Código, en cambio, *no dice cómo se produce la mora en esas obligaciones*. O, peor aún, lo que dice al respecto resulta absolutamente insuficiente, a la luz del esquema elaborado de principio general (art. 886) y excepciones al mismo (art. 887), para determinar cuál es el régimen de constitución en mora del deudor en el supuesto que nos ocupa.

En efecto, luego de consagrar el principio de la mora automática en el art. 886, en donde ella se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación, trata sus dos excepciones, en el art. 887. Una de estas excepciones está dada por las obligaciones a plazo tácito.

En el inc. a), donde la regla, únicamente indica: “obligaciones a plazo tácito; si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que conforme a los usos y la buena fe debe cumplirse”.

El texto guarda armonía y reproduce en lo sustancial lo dispuesto en el art. 871 inc. c). Ambas normas se limitan a determinar el momento en que debe cumplirse la obligación a plazo tácito. El problema es que el art. 887 inc. a) debía decir, además, la forma y modo en que opera la mora del deudor en tal caso. Mora que no puede operar por el solo vencimiento del plazo tácito, o sea, “en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe debe cumplirse”, porque de ser así, habría mora automática. Y el legislador ha sido muy claro en el texto al señalar que dicha mora automática no rige en las obligaciones a plazo tácito. Por lo tanto, hace falta *algo más* que el mero vencimiento del plazo tácito para constituir en mora al deudor. Lo grave es que la ley no lo dice.

Supongamos que la obligación no se cumple en la fecha en que conforme a la naturaleza y circunstancias de la obligación (art. 871 inc. c), o que los usos y la buena fe (art. 887 inc. a) determinarían para su cumplimiento.

¿Cómo opera la mora?

He aquí un verdadero *enigma*, potenciado por la incomprensible redacción del inc. a) del art. 887.

Cabrían dos posibles interpretaciones.

(i) La primera, sostener que la mora opera automáticamente, por el solo vencimiento del plazo tácito, o sea, a partir de la fecha que conforme a los usos y a la buena fe debe cumplirse.

Es posible que esa haya sido la intención del legislador. Decimos esto, porque en los Fundamentos del Anteproyecto se lee que a diferencia de lo que sucede en las obligaciones a plazo indeterminado propiamente dicho, donde el juez debe fijar plazo para el cumplimiento, en las obligaciones a plazo indeterminado tácito, “lo único que corresponde al juez es verificar si, teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias de la obligación, ha transcurrido o no dicho plazo al tiempo de promover la demanda”. De ser ello así, la mora se produciría automáticamente, por el solo vencimiento del plazo, en este caso tácito, que emana de la naturaleza y circunstancias de la obligación, sin necesidad de ningún otro requisito. Lo único que el juez debería ponderar es si ese plazo está vencido o no al momento de articularse la demanda. O, lo que es igual, si el deudor está o no en mora al momento de promoverse la acción judicial. No haría falta, de tal modo, interpelación alguna al deudor para constituirlo en mora, con lo cual estaríamos ante un drástico cambio del sistema de la mora del deudor en las obligaciones a plazo.

Si esto fuese así y la norma fuese leída en consonancia con lo que se señala en los Fundamentos del Anteproyecto, el inc. a) del art. 887 no importaría una excepción al principio general de la mora automática consagrado en el art. 886, *sino su aplicación específica*, que no dejaría de ser tal por el hecho de estar mal ubicada (21). Habría una aplicación del principio inserta en el ámbito de las excepciones.

Esa interpretación tropieza, sin embargo, con una objeción importante, que surge del propio régimen normativo y de las propias palabras de la ley, que se independizan de lo que pudo haber sido la voluntad del legislador: el supuesto previsto en el art. 887 inc. a) constituye una de las dos *excepciones* al principio de la mora automática, por lo que no es posible aplicar este sistema de constitución en mora allí donde la propia ley nos dice: “la regla de la mora automática no rige respecto” de las obligaciones a plazo tácito. Por lo que el sistema de constitución en mora *debe ser otro*. Y dado el silencio del legislador en este punto, se abre un enigma.

De seguirse este criterio, el nuevo régimen normativo generará grave inseguridad para las partes, ante la dificultad que muchas veces encierra la determinación del referido vencimiento del plazo tácito. Por ello, nos sigue pareciendo largamente conveniente el criterio que adoptaba el anterior art. 509 Cód. Civil (t.o. ley 17.711), que para tal supuesto exigía la interpelación del deudor para constituirlo en mora (22). Era, por lo demás, un régimen que había funcionado muy bien hasta el presente y con relación al cual no se advertía necesidad alguna de cambio.

(ii) La segunda interpretación posible, que nosotros propiciamos, debe partir de la base de que la mora automática no rige en las obligaciones a plazo tácito, porque así lo ha determinado el legislador. Ello significa que en los supuestos previstos por la ley como excepciones al principio de la mora automática la mora del deudor *no se produce* por el solo transcurso del tiempo establecido (en este caso, tácita-

{ NOTAS }

(19) Vale insistir en que pueden existir supuestos de excepción en los cuales, pese a haber obligación a plazo determinado, la mora no opera automáticamente y requiere de previa interpelación. Tal lo que sucede cuando las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, han acordado la necesidad de interpelar previamente al deudor para constituirlo en mora o en aquellos casos en los cuales la ley pueda disponer lo contrario para su-

puestos especiales.

(20) Por las partes, por la ley o por el juez; por eso es indeterminado.

(21) En mi opinión, el error tiene su fuente en una reproducción mal emplazada de la solución que proponía el Proyecto de 1998, que en su art. 1593, también establecía el principio de la mora automática (de modo similar al nuevo Código), pero con una importante diferen-

cia: aplicaba el mismo a las obligaciones a plazo tácito [argum. arts. 825 inc. c) y 1593 inc. a)]. Con ello excluía, lógicamente, del ámbito de la interpelación a estas obligaciones (art. 1595). Esto es algo muy distinto a lo que establece el nuevo Código, que consagra el principio de la mora automática, pero emplaza a la mora en las obligaciones a plazo tácito dentro del ámbito de las excepciones al mismo.

(22) Como bien señala López Mesa, “el plazo tácito carece de precisión en cuanto al momento en que debe pagarse la prestación y no es posible, por tanto, establecer en estas obligaciones la mora automática, pues podría implicar sorprender al deudor o dar margen para picardías o maledicencias” (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Derecho de obligaciones”, t. I, p. 466). De allí la conveniencia y la razonabilidad de la exigencia de interpelación.



mente) para el cumplimiento de la obligación (23).

La pauta normativa, contenida en los artículos 871 inc. c) y 887 inc. a), a lo sumo sirve para determinar si está vencido el plazo tácito. Pero no para producir la mora del deudor, pues ésta no opera automáticamente por el solo transcurso de aquel tiempo, toda vez que así lo ha dispuesto el legislador al reglarla como supuesto de excepción a la regla del art. 886.

El legislador, entonces, ha guardado silencio respecto de la forma y modo en que se produce la mora.

Frente a ese panorama, en nuestra opinión, no cabe otra solución que proclamar que en las obligaciones a plazo tácito la mora se produce por interpelación del acreedor al deudor, una vez vencido el momento de cumplimiento previsto en el art. 887 inc. a) (24).

Es la interpretación que propiciamos de *lege lata*, con este basamento:

(i) Descartada la mora automática (porque así lo ha dispuesto el legislador al emplazar el supuesto que nos ocupa dentro de las excepciones al mismo), la constitución en mora del deudor en la obligación a plazo tácito sólo podría operar por interpelación o por vía de fijación judicial del plazo (supuesto distinto, previsto en el inc. b) del art. 887. No hay otra alternativa.

(ii) Es obvio que en el caso que nos ocupa no procede la fijación judicial de plazo por el juez, no sólo porque ésta ha sido prevista para una tipología diferente (obligación a plazo indeterminado propiamente dicho), sino también porque de lo contrario uno y otro supuestos (arts. 887 inc. a y b) estarían alcanzados por idéntico régimen (fijación de plazo judicial), lo cual dejaría sin sentido al último párrafo del art. 887. Esta norma establece que, ante la duda de si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito, lo cual lleva ínsito el presupuesto de que una y otra tipología son distintas y tienen diferente régimen de constitución en mora.

(iii) De tal modo, descartada la mora automática (argum. art. 887 *in fine*) y que pueda aplicarse en el supuesto previsto por el inc. a) del art. 887 el régimen estatuido en el inc. b) de esa misma norma, no queda otro criterio que el de la interpelación, que era, por lo demás, el que regía en el art. 509 del Código anterior.

(iv) Precisamente, con relación a esto último, la interpretación que propiciamos tiene apoyo en el art. 1º del Código Civil y comercial, que asigna a los usos, prácticas y costumbres efecto vinculante cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos, o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. Frente a una situación de constitución en mora (no automática), no reglada legalmente, la invocación de los usos y costumbres para fundamentar el criterio propiciado luce razonablemente sensata.

Pensamos que ha sido poco conveniente introducir una modificación de esta índole y que debería haberse mantenido la solución normativa expresa que contenía en este punto el art. 509 del Código anterior (t.o. ley 17.711), que había funcionado muy bien y generado pocos problemas.

(v) Al requerir la interpelación no estamos haciendo decir a la ley algo distinto a lo que dice, ni introduciendo un requisito que esté en pugna con ella. Se trata de algo bien diferente: de interpretarla de un modo racional y respetuoso no sólo de las palabras de la ley, sino de todo el esquema normativo de los arts. 886 a 888 (basado en principio y excepciones). Con lo cual, lo que se termina haciendo es interpretar la ley para suplir un grave silencio, para que diga lo que no dice y debió decir. La exigencia de interpelación deviene, de tal modo, coherente con el régimen de excepción a la mora automática previsto para las obligaciones a plazo tácito y sobreviene por descarte. Si la mora no puede ser automática (por expresa prohibición legal) ni procede la fijación judicial de plazo, sólo queda la interpelación como vía residual para que opere la constitución en mora del deudor en las obligaciones a plazo tácito.

#### 2) Obligaciones a plazo indeterminado propiamente dicho

Dispone el art. 887 del nuevo Código que la regla de la mora automática tampoco rige respecto de las obligaciones sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho. Si no hay plazo, el juez, “a pedido de parte, lo debe fijar en un procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación”.

La norma se refiere a los supuestos de obligaciones a plazo indeterminado propiamente dicho, cuyo momento de cumplimiento es aquel que fije el juez a solicitud de partes [art. 871 inc. d)].

En el plazo indeterminado propiamente dicho el plazo tampoco está determinado pero, a diferencia del supuesto de plazo indeterminado tácito, no se advierten elementos que permitan inferirlo de la naturaleza y circunstancias de la obligación. La indeterminación es absoluta, por lo que corresponde su fijación judicial.

Se mantiene, de tal modo, la solución que actualmente consagraba el artículo 509 del Código Civil, t.o. ley 17.711.

Quedan comprendidos dentro de este supuesto aquellos casos en donde se ha tomado en cuenta un acontecimiento no forzoso, con la finalidad de diferir los efectos del acto (y no de condicionarlos), tal lo que sucede, por ejemplo, con la obligación de pagar cuando mejore de fortuna.

#### 3) Diferencia entre obligaciones a plazo indeterminado tácito e indeterminado propiamente dicho. Supuesto de duda. El nuevo Código resuelve una situación conflictiva

tinto al que nos ocupa en materia de *mora debitoris*, que constituye un incumplimiento relativo y que presupone una prestación que, aunque temporalmente incumplida, resulta todavía material y jurídicamente posible de ejecución y útil para el acreedor. (Comp LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Derecho de obligaciones”, t. I, p. 466).

(24) Conforme, aunque sin indicar las razones por las cuales se requiere la interpelación para la constitución en mora del deudor en las obligaciones a plazo tácito, COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, en ALTERINI, J.H. (Dir.) - ALTERINI I. (Coord.), “Código Civil y Comercial comentado”, t. IV, p. 444, n.4; NEGRI Nicolás Jorge, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (Dirs.), “Có-

Las diferencias entre plazo tácito y plazo indeterminado, claras en teoría, frecuentemente se desdibujan y vuelven sutiles en la práctica, a punto que en numerosos supuestos es realmente difícil determinar si la situación encuadra en uno u otro supuesto.

Los riesgos para quien litiga son evidentes, pues un eventual error en la valoración puede derivar en una inadecuada constitución en mora, con secuelas lamentables para la suerte del pleito. Repárese en que si la cuestión es emplazada bajo el molde de la obligación a plazo tácito, se debe interpelar al deudor para constituirlo en mora, por lo que un pedido de fijación judicial de plazo está destinado a fracasar. Inversamente, tratándose de una obligación a plazo indeterminado propiamente dicho, una interpelación es inidónea para provocar la mora del deudor, ya que corresponde solicitar la pertinente fijación de plazo en sede judicial.

Conscientes de que se trata de una cuestión de hecho y no de derecho, doctrina y jurisprudencia procuraron trazar directivas básicas, que sirvan de guía tanto al juez como al abogado a la hora de efectuar la delicada tarea de diagnóstico jurídico.

Dentro de ese orden de ideas, es siempre tenido en cuenta un memorable voto del Dr. De Abelleyra, integrando la Sala A de la Cámara Nacional en el Civil junto a otros dos eminentes juristas: Jorge J. Llambías y Guillermo A. Borda (25). Allí se sostuvo que para diferenciar un supuesto del otro, debe indagarse la voluntad de las partes, plasmada en las cláusulas contractuales pertinentes, y determinar si lo que efectivamente ellas han querido es integrar el convenio con una decisión judicial relativa al momento preciso en que la obligación debe cumplirse (plazo indeterminado propiamente dicho) o, simplemente, diferir los efectos hacia el futuro, sin tener en cuenta intervención judicial alguna (plazo indeterminado tácito). En este último supuesto lo único que corresponde al juez es verificar si teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias de la obligación, ha transcurrido dicho plazo al tiempo de promoverse la demanda. En cambio, en ese supuesto, debe intervenir para fijar el plazo e integrar de tal modo el contrato.

Por esta vía se ha declarado que es plazo tácito y no indeterminado el previsto en una cláusula conforme a la cual se pactó que la escritura debía ser otorgada “una vez concluidos con los trámites en la Dirección General Impositiva” o “tan pronto estén emitidos los informes del Registro de la Propiedad”.

¿Qué criterio se debe seguir en caso de duda?

Nosotros hemos sostenido desde hace años que ante la duda se debe considerar al plazo como indeterminado tácito y no como indeterminado propiamente dicho. Dicha conclusión es la que mejor responde a la dinámica comercial moderna (y, por lo general, también a la voluntad de las partes), pues es un hecho evidente que los contratantes sólo en raras ocasiones procuran integrar un contrato con una actividad judicial futura.

El Código Civil y Comercial sigue esa solución, en la última parte del art. 887: “En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito”.

Aplaudimos el criterio adoptado, que será de enorme utilidad para abogados y jueces.

#### 4) El procedimiento previsto para la fijación de plazo

El nuevo Código, siguiendo el criterio actualmente vigente, otorga dos vías para obtener la determinación del plazo:

a) La primera es reconocida a ambas partes, quienes pueden indistintamente solicitar al juez que fije plazo para el cumplimiento de la obligación, en procedimiento sumario (art. 871 inc. d).

Una vez fijado, estaremos frente a un supuesto de plazo determinado cierto; por lo que la mora se producirá automáticamente, a su vencimiento.

Se trata de una sentencia meramente declarativa, por lo que en caso de mora el acreedor tendrá que promover otra acción judicial para a satisfacer su interés.

b) La segunda es otorgada exclusivamente al acreedor, quien puede acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, con lo cual se evita la promoción de dos juicios orientados a una misma finalidad. Es un procedimiento aconsejable, que favorece la dinámica de la obligación y, fundamentalmente, permite un ahorro de energías en el plano de la administración de justicia (art. 887 inc. b)

El acreedor puede, en consecuencia, junto a la fijación judicial del plazo, reclamar el cumplimiento de la prestación adeudada, lo cual requerirá de un trámite procesal acorde a la entidad del reclamo. Pesa en cabeza del acreedor la prueba de la existencia y entidad de su crédito y sobre el deudor las eximentes que eventualmente pueda invocar. El juez, en la sentencia, fija plazo para el cumplimiento y, al mismo tiempo, condena al deudor a cumplir en dicha fecha. Por lo tanto, si vencido el plazo fijado por el Tribunal en la sentencia el deudor no cumpliera, incurrirá automáticamente en mora y, además, soportará la ejecución de la sentencia de condena. Con ello se evita la promoción de un nuevo juicio para obtener el cumplimiento compulsivo de la prestación. Estamos aquí frente a una sentencia que es, al mismo tiempo, declarativa (en cuanto fija el plazo) y de condena.

#### d) La mora del deudor y el lugar de cumplimiento de las obligaciones. Punto final para un debate doctrinario (26)

Una de las cuestiones más delicadas (y controvertidas) que suscitó el tema que analizamos luego de la reforma de 1968 al Código Civil anterior era la relativa al régimen de constitución en mora de la obligación cuan-

CONTINÚA EN PÁGINA 6

#### { NOTAS }

(23) López Mesa, quien considera que “no todas las obligaciones de plazo tácito requieren de interpelación para constituir en mora”. El prestigioso jurista pone como ejemplos supuestos de obligaciones a plazo esencial, ámbito en los que considera absolutamente innecesaria la interpelación, por haber perdido interés el acreedor en el cumplimiento prestacional. Nosotros creemos que en los ejemplos que propone hay incumplimiento absoluto y no mora del deudor. Esa es la razón por la cual, vencido el plazo expreso o tácito fijado para el cumplimiento, opera lisa y llanamente el incumplimiento absoluto de la prestación por frustración irreversible del interés del acreedor. Es un supuesto esencialmente dis-

digo Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, t. III, art. 887, p. 30; CALVO COSTA, Carlos, en ídem (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, Bs.As., 2015, t. I, p. 792/793.

(25) CNCiv, sala A, 28/2/63, ED,5-754. Los doctores Borda y Llambías adhirieron al voto del Dr. De Abelleyra.

(26) BORDA, Guillermo, “Un peligroso precedente”, LALEY, 1975-A, 518; “Una saludable reacción”, ED, 79-263; “Hacia un plenario en materia de mora”, LALEY, 1978-D, 311; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio”, LALEY, 1977-D, 841; “Los jueces y las leyes injustas (a propósito de la *mora ex re*)”, LALEY, 1978-C, 238; CO-

LOMBRES GARMENDIA, Ignacio, “Algo más sobre la mora automática”, LALEY, 152-491; Fernando J. López de Zavalía, su voto como miembro de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán *in re* “Christiani de Zelarrayán, Olga c. Ocaranza, María S. y otro”, LALEY, 152-491; PADILLA, René, “Responsabilidad civil por mora”, n.106, p. 276; RACCIATTI, Hernán, “Mora y las obligaciones a plazo que deben cumplirse en el domicilio del deudor”, JA, 1978-IV-635; RAMELLA, Anteo, “La mora: doctrina en torno al nuevo art. 509 del Código Civil”, JA, 1970-764; WAYAR, Ernesto C., “La mora del deudor cuando su domicilio es el lugar de pago”, LALEY, 1980-C, 1129; PIZARRO, Ramón Daniel - MOISSET DE ESPANÉS,

## VIENE DE PÁGINA 5

do ésta debía ser cumplida en el domicilio del deudor (art. 747, Cód. Civil derogado).

Se discutía si, en tal supuesto, para que la mora se produjere automáticamente por el solo vencimiento del plazo, debía el acreedor probar que se hizo presente en el lugar de pago, prestando de tal modo el acto de cooperación necesario para que el deudor pueda cumplir; o si, por el contrario, la carga probatoria de la su ausencia pesaba sobre el deudor.

El tema presenta enorme importancia práctica, que se potencia dado el carácter residual que tenía el domicilio del deudor como lugar de cumplimiento de las obligaciones (art. 747, Cód. Civil anterior), criterio que se mantiene a rajatabla en el art. 874 del nuevo Código.

Las opiniones se encontraban divididas y dieron lugar a un debate doctrinario, que hoy sólo conserva valor histórico y no podemos abordar con profundidad por razones de límite.

Conforme cierto criterio, para que la mora se produjera automáticamente, correspondía al acreedor demostrar que se hizo presente en el domicilio del deudor el día de vencimiento de la obligación a prestar su deber de cooperación (27).

Quienes adherían a estas ideas advertían que cuando el lugar de pago es el domicilio del deudor, el acreedor debía prestar su cooperación para que éste pudiera cumplir, haciéndose presente en el lugar de pago el día de vencimiento. De otro modo, ¿cómo y a quién el deudor habría de pagar?

La carga de la prueba de dicho extremo pesaría sobre el acreedor, por tratarse de un hecho positivo. Una solución contraria impondría poner en cabeza del deudor la prueba de la no presencia del acreedor, esto es, de un hecho negativo. Dicha actividad probatoria sería verdaderamente difícil, diabólica, por las dificultades que supone acreditar que el deudor no se presentó en el lugar entre las cero y las veinticuatro horas del día de vencimiento.

De acuerdo con otra posición, que nosotros compartimos, era el deudor quien debía acreditar la no presencia del acreedor en el lugar de pago el día de vencimiento de la obligación, para probar que la mora no le resultaba imputable (28). Tal criterio prevaleció en un importante fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil (29).

Esta es la interpretación que mejor se ajustaba a la normativa entonces vigente y la que de manera más adecuada armonizaba con la concepción dinámica del patrimonio y de la propia obligación. El art. 509 Cód. Civil derogado (t.o. ley 17.711) determinaba que en las obligaciones a plazo, la mora se producía por “su *solo* vencimiento”. Sin ningún otro requisito. De otra manera, se preguntaba Borda (30), ¿qué sentido tendría la palabra *solo*?

Dicho principio rector funciona, cualquiera sea el lugar de cumplimiento de la obligación. Poco importa, frente a la ley, que

la deuda deba ser cumplida en el domicilio del acreedor (*dettes portables*, para los franceses, o *portabili*, para los italianos) o en el del acreedor (*dettes querables* o *cercabili*). En ambos casos la mora se produce por su solo vencimiento.

El Código Civil y Comercial, con muy buen criterio, cierra definitivamente el debate, al disponer en su artículo 888: “*Eximición. Para eximirse de las consecuencias derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación*”.

Aprobamos el criterio sustentado que reduce el margen de litigiosidad, desalienta las dilaciones procesales y, además, evita el aumento de excepciones admisibles en juicios ejecutivos, ya que a las expresamente previstas por el ordenamiento jurídico (art. 544, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación) habría que adicionarles la falta de prueba por parte del acreedor de haber concurrido al domicilio del deudor a recibir el pago.

## B) Efectos de la mora del deudor

## a) Método seguido por el legislador

Los efectos de la mora del deudor no son reglados de manera orgánica, sino a través de un plexo normativo disperso en distintas partes del Código Civil y Comercial. Se sigue, de tal modo, una metodología similar al régimen anterior, que nos parece plausible, dada la amplia gama y heterogeneidad que tienen dichos efectos.

No se advierten, en el plano de los efectos de la mora, modificaciones de relevancia.

La mora del deudor, de tal modo, produce, entre otros, estos efectos:

## b) Responsabilidad del deudor moroso

Abre las vías de la responsabilidad del deudor, expresión que debe ser entendida con sentido amplio (31).

Ante la mora del deudor el acreedor puede:

1. Pretender la ejecución forzada en forma específica de la prestación (art. 730 inc. a).
2. Hacer ejecutar la ejecución por otro a costa del deudor (art. 730 inc. b).
3. Obtener la satisfacción de su interés por equivalente pecuniario (*id quod interest*, art. 730 inc. c).
4. Demandar la indemnización del daño moratorio (arts. 768, 1716, 1727, 1728, 1738, 1739, 1740, 1741 y concs.). En las obligaciones de dar dinero, a partir de la mora el deudor debe los intereses correspondientes (art. 768).

El resarcimiento del daño moratorio “es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva” (art. 1747).

Lo expresado anteriormente es también aplicable a otras formas de transgresión del derecho de crédito, que reconocen remedios

comunes. Tal lo que sucede con el incumplimiento parcial o defectuoso.

c) Responsabilidad del deudor moroso por la imposibilidad fortuita de la prestación. La traslación de riesgos o *perpetuatio obligationis* (32)

La mora provoca que se trasladen los riesgos fortuitos que puedan afectar a la prestación adeudada, con evidente agravamiento de la situación de quien se encuentra en dicho estado. Es la solución que expresamente consagra el art. 1733, Cód. Civ. y Com., en armonía con lo que disponía el art. 889 del Cód. Civil derogado.

Este efecto fue denominado en el derecho romano, *perpetuatio obligationis* y significa que el *casus* pierde eficacia liberatoria y los riesgos, que antes eran soportados por el acreedor, pesan ahora sobre el deudor, como consecuencia del estado de mora.

El sistema admite una excepción: el deudor puede liberarse si alega y demuestra que la cosa hubiera perecido aun siendo entregada puntualmente. Así lo disponía expresamente el art. 892, Cód. Civil anterior, y lo hace ahora el art. 1733 inc. c), Cód. Civ. y Com. Esta norma exime de responsabilidad al deudor moroso por caso fortuito si la mora “es indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento”. Es una solución lógica, dada la falta de relación causal entre la mora y el caso fortuito.

El criterio se reitera en el art. 1936, al reglar-se la responsabilidad por destrucción del poseedor de mala fe. Este está obligado a resarcir los daños provenientes de la destrucción total o parcial de la cosa, “excepto que se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución”. Cuando la posesión es viciosa, el poseedor responde por dichos daños, “aunque se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución”. Se mantiene de tal modo la solución normativa que contenía el art. 2436 del Código anterior, como sanción justa a su grave conducta.

## d) Resolución contractual

La mora del deudor en numerosos supuestos abre la vía de la resolución contractual por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas (arts. 1086 a 1088 y concs., Cód. Civ. y Com.)

e) Inhabilidad para constituir en mora a la otra parte

En las obligaciones recíprocas, sinalagmáticas o correlativas, quien se encuentra en mora no puede constituir en dicho estado a la otra parte del contrato (argum. arts 966, 1031 y concs., Cód. Civ. y Com.).

Por razones obvias, tampoco está habilitado a resolver el contrato por incumplimiento. Es menester para ello que, previamente, purgue su mora.

## f) Pérdida de la facultad de arrepentirse

La mora, en consecuencia, actúa como un factor que provoca la pérdida de la facultad de arrepentirse en caso de entrega de señal o arras. El deudor moroso es un incumplidor,

por lo que ya no puede revertir esa situación para arrepentirse.

La facultad de arrepentimiento (art. 1059, Cód. Civ. y Com.) puede ser ejercitada hasta que el contrato tenga principio de ejecución o bien hasta que haya constitución en mora. No será posible ejecutar la prerrogativa que otorga la señal con posterioridad a ello (33).

## g) Cláusula penal

La mora constituye un presupuesto indispensable para que proceda la cláusula penal moratoria. Es lógica aplicación de los principios generales y de lo prescripto por los arts. 792 y 793, Cód. Civ. y Com. (34).

## h) La mora y la teoría de la imprevisión

En el régimen anterior se establecía expresamente que no procedía la resolución del contrato por imprevisión, si el perjudicado estuviese en mora (art. 1198, último párrafo, Cód. Civil derogado). La mora anterior a la producción del hecho imprevisible y extraordinario que degradaba el equilibrio contractual obstaba, pues, a la facultad de invocar la excesiva onerosidad sobreviniente.

El nuevo Código, en su artículo 1091, no contiene una regulación similar y guarda silencio, al respecto.

Nosotros creemos que estamos ante una situación parecida a la que hemos señalado respecto de la mora y el caso fortuito.

Si hay mora causalmente relevante de uno de los contratantes, *previa* al hecho imprevisible y extraordinario que da lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, no procede la resolución total o parcial o la adecuación del contrato (argum. art. 1733 inc. c) y concs.). Es una consecuencia lógica, además, de la exigencia normativa de que la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de celebración del contrato sobrevenga “por causas ajenas a las partes”. Es obvio que la referida alteración no resultará ajena a la parte si obra con culpa o ha incurrido en mora causalmente relevante (35).

## i) La mora y la cesación de pagos

La mora constituye un hecho revelador de la cesación de pagos del deudor (art. 79, ley 24.522), que pueden dar sustento a un proceso de ejecución colectiva (quiebra o concurso preventivo).

## j) La mora y la imposición de costas

Como regla, la mora determina la imposición de costas en los procesos judiciales.

Rige en esta materia el principio conforme al cual las costas deben ser soportadas por la parte vencida en juicio (art. 70 inc. I, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación). Dicha regla cede cuando medie allanamiento del demandado, salvo que éste hubiese incurrido en mora o fuese la reclamación judicial atribuida a su culpa.

## C) Cesación de la mora del deudor

La situación jurídica de mora concluye por pago (art. 865), por pago por consignación ju-

## NOTAS

Luis, Reflexiones en torno a la mora del deudor y el lugar de cumplimiento de las obligaciones, ED, 72-794; ZAVALLA de GONZÁLEZ, Matilde, “Doctrina judicial. Solución de casos”, Alveroni, 2ª ed., Córdoba, 1998.

(27) RAMELLA, Anteo, “La mora. Doctrina en torno al nuevo art. 509 del Código Civil”, JA, 1970-764; CAZEAUX, Pedro N. en Cazeaux - Trigo Represas, “Derecho de las obligaciones”, t. I, n. 185, p. 232; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La mora en las obligaciones”, Zavalía, Buenos Aires, 2006, p. 257 y ss.

(28) BORDA, Guillermo A., “Un peligroso preceden-

te”, LA LEY, 1975-A, 518; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio”, LA LEY, 1977-D, 841; LÓPEZ DE ZAVALLA, Fernando J., su voto como miembro de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán *in re* “Christiani de Zellarayán, Olga c. Ocaranza, María y otro”, LALEY, 152-491; WAYAR, Ernesto, “La mora del deudor cuando su domicilio es el lugar de pago”, LALEY, 1980-C, 1129; PIZARRRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, t. II, n. 509, p. 550.

(29) CNCiv., *en pleno*, 21/3/80, ED, 87-268 y LALEY, 1980-B, 123.

(30) BORDA, Guillermo, “Un peligroso precedente”, LALEY, 1975-A, 518.

(31) Conf. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Derecho de las obligaciones”, t. I, p. 470 y ss.

(32) ALTERINI, Atilio A., “El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual”, en ALTERINI, A.A. - LÓPEZ CABANA, R.M., “Derecho de Daños”, ed. La Ley, Bs. As., 1992, p. 153; DIEZ - PICAZO GIMENEZ, Gema, “La mora y la responsabilidad contractual”,

Civitas, Madrid, 1996; SOTO NIETO, F., “El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación”, Ed. Nauta, Barcelona, 1965.

(33) CNCiv., *en pleno*, 21/12/51, LALEY, 65-719.

(34) LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Derecho de las obligaciones”, t. I, ps. 474/475.

(35) Conf.: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, comentario al art. 1091 en ALTERINI, J.H. (Dir.) - ALTERINI, I. (Coord.), “Código Civil y Comercial comentado”, ed. La Ley, Bs. As., 2015, t. V, n. 4, ps. 733/734.

(36) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Mora del acree-



dicial (arts. 904 y ss.) o extrajudicial (art. 910 y ss.), por su purga a través de la realización de ofertas reales de cumplimiento (art. 886, último párr.), por la renuncia del acreedor a los derechos que le otorga la *mora debitoris* (arts. 944 y ss.) y por imposibilidad de cumplimiento (art. 955).

a) Pago

Quien se encuentra en mora puede y debe pagar. El ordenamiento jurídico debe asegurarle las vías adecuadas para ello.

Obviamente quien paga estando en mora debe adecuar su conducta para que el pago sea íntegro. Por lo tanto, si se trata de una deuda dineraria, debe pagar el capital más los intereses moratorios, pudiendo el acreedor negarse a recibir un pago que no contemple estos últimos; no porque el acto solutorio sea extemporáneo, sino en razón de su falta de integridad cuantitativa.

El derecho del deudor moroso de pagar y liberarse no es absoluto y tiene límites de importancia, ya que no puede ejercerse en dos casos:

1) Cuando ya ha operado la resolución contractual, supuesto en el cual estamos ante un caso de incumplimiento y no de mora.

{ NOTAS }

dor y pago por consignación”, JA, 9777-II-707; “Reflexiones en torno a la mora automática, resolución por incumplimiento y purga de la mora”, ED, 86-502; ALFE-

2) Cuando se trata de obligaciones sujetas a plazo esencial, supuesto en el cual, conforme lo hemos visto, estamos ante un caso de incumplimiento definitivo por frustración irreversible del interés del acreedor y no de mora

b) Pago por consignación

Si el deudor moroso no puede realizar el pago en las condiciones anteriormente indicadas, debe reconocérsele el derecho de acudir a la vía del pago por consignación judicial o extrajudicial que prevé el Código Civil y Comercial.

Para que ésta proceda, debe ser íntegra; por lo que deberá comprender la prestación originaria y además los daños y perjuicios que derivan de la mora.

c) La purga de la mora a través de ofertas reales (36)

Si el deudor realiza una oferta real de pago, efectiva e íntegra, al acreedor, opera la purga de la *mora debitoris* y se produce la mora del acreedor, si éste se niega injustificadamente a recibirla (art. 886, último párr.).

Quien efectúa la oferta real purga su mora y puede constituir en mora al acree-

RILLO, Pascual, “La mora del acreedor y el curso de los intereses”, *Revista Notarial*, La Plata, n.830, p.157.

dor. Ese es el efecto que produce dicha oferta, el cual no debe ser confundido con el que produce el pago por consignación, que es distinto y no es otro que permitir la liberación del deudor.

Una cosa es liberarse de los efectos de la mora (y, más aún, constituir en mora al acreedor), con todo lo que ello significa, y otra, distinta, es liberarse de la obligación. Para esto último, el deudor deberá consignar, si así lo desea, ya que la consignación no constituye una vía compulsiva cuya omisión pueda generar al deudor, en este caso, otra consecuencia que no sea la perdurabilidad de la obligación.

d) Renuncia del acreedor

También cesan los efectos de la mora por renuncia del acreedor a hacer valer los derechos que aquel estado le confiere.

La renuncia puede ser expresa o tácita; y debe ser siempre inequívoca, ya que sus efectos no se presumen.

Hay renuncia tácita, por ejemplo, cuando el acreedor otorga al deudor moroso un nuevo plazo para cumplir y purgar su mora.

En caso de duda acerca de si una determinada manifestación de voluntad del acreedor importa o no renuncia, habrá que estar por la negativa.

Creemos que, como regla, no es posible inferir que las tratativas posteriores a la constitución en mora puedan ser tomadas como una renuncia a los efectos de la mora.

Existen supuestos en los que la propia ley prohíbe la renuncia extintiva de la mora. Tal lo que sucede en materia de seguros (art. 50, ley 17.418), en donde se determina que “el asegurado no puede renunciar a los beneficios adquiridos por la mora de su asegurador”.

e) Imposibilidad de cumplimiento

La mora del deudor se transforma en incumplimiento definitivo, cuando la prestación deviene imposible con posterioridad a la constitución en aquél estado. Ello significa que la obligación primitiva modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados (art. 955). No estamos frente a una nueva obligación, sino ante la misma prestación incumplida que ha modificado su objeto.

Con ese sentido debe entenderse el paso del estado de mora al de incumplimiento. El deudor continúa obligado, pero la prestación tiene ahora un objeto distinto y sigue debiendo el *daño moratorio* hasta el momento en que se extinga la obligación, por alguno de los modos previstos en el ordenamiento jurídico. ●

Cita on line: AR/DOC/532/2016

! MÁS INFORMACIÓN

Martini, Luciano José, “¿Un retorno a la regla de la mora subjetiva?”, RCyS 2013-XII, 32; DJ 05/02/2014, 1.

Pizarro, Ramón D., “La mora del deudor en el Proyecto de Código”, LALEY, 2012-E, 872.

\_COLUMNA DE OPINIÓN

La reforma judicial

● VIENE DE TAPA

pero también frustrante. Sucede que los delitos son tantos que no llegan a ser tratados con alguna eficacia por el sistema penal. Sucede que las garantías penales —irrenunciables en un estado de derecho— aparecen enfrentadas a la investigación de las causas más graves y determinan a menudo la prescripción de los delitos o la caducidad de los procesos. Sucede que las cárceles, temibles instrumentos disuasorios, están lejos de los parámetros constitucionales, se hallan superpobladas, albergan sistemas corruptos de convivencia entre los internos y, a menudo, de complicidad con miembros del servicio penitenciario y, de todos modos, se constituyen muchas veces en un sistema oficial de tortura sin necesidad de picanas ni submarinos, sino apenas mediante la humillación de los seres humanos. Sucede, mientras tanto, que la opinión pública, aterrada por el delito, pide más cárcel, por más tiempo y con mayor rigor, mientras los especialistas, en sus manifestaciones más conspicuas, aconsejan menos cárcel, condenas más cortas o acaso alternativas, beneficios de libertad condicional o de salidas transitorias y, en términos doctrinarios, la reducción del sistema penal al tratamiento de los crímenes más graves, derivando los demás a técnicas propias del derecho civil. Por otra parte, muchos culpan a los jueces por conceder garantías y beneficios previstos en la ley, o quieren linchar al magistrado cuando el procesado, en libertad, comete un nuevo delito.

El derecho penal no es mi especialidad, por lo que no me atrevo a proponer soluciones técnicas específicas; pero parece claro que sus problemas no se resuelven creando tribunales, ni modificando procedimientos, ni establecien-

do juicios por jurados, ni contraponiendo el proceso inquisitivo al acusatorio, cualesquiera sean las virtudes de estos cursos de acción. Hace falta una policía más eficiente, la eliminación de todo un sistema de connivencias entre instituciones, mafias, narcotráfico y fanatismo futbolístico y, en el ámbito estrictamente jurídico, un acuerdo razonable entre la criminología, las escalas penales, las expectativas ciudadanas y la práctica de los tribunales.

El segundo tema es más amplio: tanto, que también abarca al sistema penal con todas sus características específicas. Puede apreciarse en una visión sistémica, en la que funcionan conceptos como los de retroacción, equilibrio dinámico, estructura y función.

La administración de justicia es una función dentro del estado, así como el Estado es una función dentro del sistema social. El subsistema estatal sirve para mantener a la sociedad en equilibrio dinámico, cambiando lo que haya que cambiar frente a cada modificación de las circunstancias internas o externas. Dentro de él, el aparato judicial funciona como un servicio, que se pone en marcha cada vez que hace falta; y para eso está dotado de una estructura destinada a facilitar su función. Pero, como las estructuras son siempre más rígidas que los cambios de circunstancias, ocurre a menudo que quedan obsoletas y requieren actualizaciones a menudo costosas.

La función judicial fue creada hace milenios, para sociedades aristocráticas que requerían poco de sus servicios, ya que eran pocos los que podían acceder a ellos. Se formó así como un cuerpo de sastres a medida, capaces de cortar y coser la solución adecuada a cada caso; y las reglas generales fueron apareciendo, a menudo, como extensiones de la jurisprudencia o de la costumbre. En los últimos siglos, al democratizarse el acceso a la justicia, aquellas viejas estructuras han acabado por estallar en un nivel inaceptable de ineficiencia: un economista diría que la demanda de este servicio se ha vuelto tan elástica que cualquier incremento

razonable de la oferta queda rápidamente resultado bajo una montaña de procesos. Mientras tanto, el modelo artesanal, que en los dos últimos siglos fue abandonado a favor del industrial para la mayoría de los bienes y servicios producidos, sigue siendo hoy el ideal de la decisión judicial: se pide al juez que estudie el caso, analice todas sus circunstancias que le parezcan relevantes y encuentre una solución justa, tarea para la cual la ley se presenta como una orientación genérica y subordinada a los principios (es decir, al modo como el magistrado elija interpretar y comparar —ponderar— ciertas apertencias muy generales a la luz del caso particular).

El resultado es el que vemos: como nadie está totalmente seguro de la norma que se aplicará a su caso, ni de la relevancia que se atribuirá a las condiciones de hecho a probar; la confianza de las personas en las normas generales disminuye y cada individuo en conflicto se ve alentado a litigar, con la esperanza, a mantener durante el largo tiempo del proceso, de que una argumentación hábil incline la balanza a su favor. Los contratantes no se ven urgidos para cumplir sus compromisos ni los deudores a pagar sus deudas, ya que todo es negociable: no por culpa de la corrupción (que, claro, también existe a veces) sino por la relativa indeterminación de las obligaciones y las responsabilidades; indeterminación que, si siempre existió como un defecto acaso inevitable del sistema jurídico, en nuestros días se ve multiplicada entre los elogios de sus admiradores. Admiradores que, desde luego, no vacilan en volverse contra los jueces cuando las decisiones no coinciden con su propio sentido de justicia (significativamente coincidente con sus intereses individuales o de grupo).

Estas reflexiones parecen oscilar entre la teoría del derecho y la política, pero propongo examinarlas desde un punto de vista epistemológico. El mundo entero del conocimiento humano se ha beneficiado con la revolución copernicana, que en el último medio siglo presidió el campo de la ciencia y produjo maravillas

tecnológicas. Sería sencillo producir una revolución semejante en el campo del derecho, con el simple medio de abandonar algunos preconceptos más duraderos que demostrables: que los valores son entes objetivos asequibles a la razón, que dos, tres o muchos buenos jueces, si lo son, necesariamente llegarán a conclusiones idénticas en casos semejantes; que en realidad no hay dos casos semejantes porque sus circunstancias son siempre parcialmente diversas; que el derecho es algo demasiado serio para confiárselo a los legisladores; que, por lo tanto, el verdadero derecho, más allá de la ley, puede conocerse mediante una misteriosa función de la conciencia. Y que, desde luego, la conciencia no es simplemente el resultado de las enseñanzas recibidas de la sociedad y de las reacciones frente a experiencias personales, sino, por sobre todo, un instrumento infalible para penetrar los arcanos de una realidad trascendente. Pero cuya infalibilidad sólo funciona en la mente de las personas buenas y justas, que lo son precisamente porque su conciencia opera en la forma correcta, lo que nos devuelve al punto de partida.

Si todo esto parece demasiado filosófico, bajemos a la tierra y veamos qué tenemos. Tenemos legisladores y funcionarios encargados de hacer las normas, cuyos productos son más débiles que antes. Tenemos jueces a quienes encargamos explícitamente resolver las controversias, mientras, mediante ciertas fórmulas retóricas, les encargamos también supervisar las leyes en nombre de principios más altos. Pero los jueces son muchos y sus conciencias independientes, valor este último que deseamos mantener. Si miramos el problema con cierta perspectiva desideologizada, veremos que todo este lío no importa tanto: el derecho consiste en un sistema de criterios para la solución de conflictos, y nuestro problema técnico (con independencia del político) no reside tanto en quién los fija sino en cuáles son y cómo encajan unos en otros.

## VIENE DE PÁGINA 7

En la época de la codificación se confiaba en que el sabio legislador fijaría y haría encajar los criterios racionalmente. En nuestros días, hasta los códigos se hacen para ser interpretados: es decir adaptados y modificados por cada juez en cada caso. Todo esto puede aclararse conversando: así como las leyes se negocian y se justifican en el parlamento, los criterios de hoy requieren conversaciones informales entre los jueces, y acaso entre ellos y los legisladores, con el aporte de los abogados. Sin esperar el momento de aplicarlos

obligatoriamente para un caso determinado, muchos de los criterios en juego podrían elaborarse, clarificarse y perfeccionarse públicamente, sin necesidad de conferirles la condición de mandatos obligatorios, sino tan sólo la de coincidencias judiciales razonables y acaso transitorias, pero transparentes. Esta idea requiere abandonar otro adagio tradicional: el de que los jueces sólo hablan por sus sentencias, como si el magistrado no pudiera pedir un bife de chorizo en el restaurante sin firmar un papel membretado. Pero, sobre todo, requiere una disposición al análisis y al diálogo que la tradición judicial hasta ahora viene anatematizando.

La revolución copernicana no fue fácil: unos cuantos sabios murieron por ella. La revolución industrial trajo consigo desgracias tremendas en lo social y en lo político. Pero nadie propone seriamente volver atrás y desaprovechar sus ventajas. Si, a la hora de reformar la justicia, se tienen en mira las reflexiones precedentes, es probable que el sistema judicial se vuelva más eficaz, insuma menos recursos materiales, alcance indirectamente a más personas en menos tiempo y, en definitiva, satisfaga mucho más las expectativas de los ciudadanos que requieran su servicio, así como las de aquellos que ya no necesitarán requerirlo, porque dispondrán

de una solución certera anterior a su conflicto. Y todo esto es posible sin vulnerar la independencia de los jueces, ni las garantías procesales, ni el acceso a la justicia de quien desee recurrir a ella, ni la flexibilidad del derecho para adaptarse a nuevas condiciones. Convendría agregar: sin gastar un solo peso ni esperar una década para sentir sus beneficios. Todo es cuestión de sentarse a pensar y a debatir con claridad, virtudes que ya es hora de ejercitar. ●

Cita on line: AR/DOC/676/2016

## JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

### Derecho al olvido en Internet

**Supresión de la información relativa a la posible comisión de delitos penales contenida en registros informáticos con una antigüedad de diez años. Protección del honor, la dignidad y la vida privada de las personas. Libertad de expresión. Disidencia. Abuso sexual contra menores. Interés público e interés histórico.**

Véase en esta página, Nota a Fallo

**Hechos:** *Quien fue señalado en una publicación periodística en Internet como presunto autor del delito de abusos sexuales contra menores promovió acción contra el director*

*del medio a fin de exigir la eliminación de esos registros de los motores de búsqueda, sosteniendo que ello vulneraba sus garantías constitucionales. Llegado el caso a la Corte Suprema de Justicia de Chile, se resolvió por mayoría condenar a la demandada a eliminar el registro informático en cuestión.*

- 1.- Dado que transcurrieron más de diez años desde que se publicó en Internet una noticia sobre la participación del accionante en un delito de particular relevancia social —abusos sexuales contra menores—, corresponde ordenar a la recurrida eliminar ese registro informático, pues mantener vigente la noticia después de ese tiempo es ajeno a la finalidad de informar a la ciudadanía de los hechos ocurridos en un momento determinado, que es en el que presenta mayor interés

y utilidad, y es la solución acorde al derecho a la reinserción social del que ha delinquirido y a mantener una vida privada que la posibilite, como asimismo al derecho a la honra y privacidad de su familia. [1]

- 2.- La demandada debe ser condenada a eliminar el registro informático de la noticia relativa a la presunta comisión de un delito penal por parte del accionante si transcurrieron más de diez años desde la publicación, pues si la ley penal, que es la más gravosa desde el punto de vista de la afectación de los derechos individuales, es la que señala un tiempo específico de duración de la pena y permite, además, eliminarla de todos los registros públicos una vez cumplida, con mayor razón los medios de comunicación social deben

actuar en coherencia con la intención de proporcionar al penado la posibilidad de desarrollar una vida acorde con el respeto a sus garantías constitucionales una vez transcurrido el tiempo de condena, lo que necesariamente se debe extender a su núcleo familiar el que, por lo demás, no tiene responsabilidad alguna en los hechos condenados. [2]

- 3.- En cautela de las garantías constitucionales del accionante, corresponde ordenar a la demandada la eliminación del registro informático de una noticia con una antigüedad de más de diez años relacionada con la comisión de un delito penal, pues no se divisa el beneficio actual para la libertad de expresión de mantener un registro detectable por cualquier motor de búsqueda informático de una noticia

## NOTA A FALLO

# El derecho al olvido en materia penal

## VISIÓN DE LA CORTE SUPREMA CHILENA

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. El fallo de la Corte Suprema chilena. — III. El derecho al olvido, a la autodeterminación informativa y a la libertad de expresión. — IV. El derecho al olvido en materia penal. — V. Conclusiones.

### Marcela I. Basterra

#### I. Introducción

Nos encontramos nuevamente frente a la discusión acerca de la colisión existente entre derechos fundamentales; en el caso, del derecho a la protección de la intimidad y a la autodeterminación informativa por un lado, y el derecho a la información y a la libertad de expresión, por el otro [1].

El fallo en análisis versa sobre el derecho al olvido y la posibilidad de solicitar la eliminación, por parte de quien se considera injuriado, de ciertos contenidos que se encuentran en Internet.

En tiempo reciente, se han dictado numerosas sentencias en nuestro país [2] sobre esta te-

mática, entre las cuales corresponde destacar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “B. R.” [3].

Con este precedente la Corte Suprema de Chile se suma por la vía pretoriana, a los países de Latinoamérica que reconocen y aplican el derecho al olvido, aunque el mismo no esté específicamente regulado en su ordenamiento jurídico positivo.

#### II. El fallo de la Corte Suprema chilena

*II.a. Breve reseña de los hechos y los argumentos de las partes.*

El actor solicita que se ordene al director de un medio de comunicación —El Mercurio—,

eliminar de los motores de búsqueda de internet una publicación efectuada a través de la versión digital de ese medio, en la que se informaba sobre su sometimiento a proceso por un delito contra la integridad sexual.

Al respecto, señaló que la publicación periodística que permanecía aun después de transcurridos diez años de producidos los hechos, implica una vulneración a sus garantías constitucionales; toda vez que no le ha permitido su reinserción en la vida social en paz, al resultar estigmatizado con la información, afectando con ello no sólo a su persona sino también a toda su familia.

Es importante destacar, que según surge del voto de la minoría, el actor fue condenado en el año 2011 por el delito que informaba la noticia que pretendía eliminar, terminando de cumplir su pena recién en el año 2013.

Por su parte, el demandado sostiene que el ejercicio de la libertad de expresión en forma legítima, mediante la publicación oportuna de hechos reales constituye un derecho amparado por la Constitución, por lo que en este caso no puede existir una afectación ilegal o arbitraria de los derechos del actor. Agrega que para la eliminación de una noticia se necesitan antecedentes que justifiquen la medida, como en este caso una certificación de absolución o sobreseimien-

to, o la modificación de antecedentes efectuada conforme a la ley.

#### II.b. La sentencia.

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile, en un fallo dividido, aplicó el derecho al olvido y en consecuencia hizo lugar a la petición del actor ordenando al demandado que elimine del registro informático la noticia que lo afectaba negativamente, dentro del plazo de tres días. En este sentido, la mayoría [4] sostuvo que el lapso de más de diez años transcurridos desde la fecha de la noticia resulta más que suficiente para resolver en cautela de las garantías constitucionales mencionadas de quien ha delinquirido, así como su derecho a mantener una vida privada; por lo que debe procurarse el “olvido” informático de los registros de aquella.

Señala que si bien en el ordenamiento jurídico chileno no existe actualmente una solución legislativa expresa sobre el tema, no cabe duda que éste protege el honor y la vida privada de las personas como tales, que sistemáticamente ha venido recogiendo la tendencia mundial de reconocer el derecho al olvido respecto de conductas reprochables de los individuos —sean éstas, penales, civiles o comerciales— después de un lapso, como una forma de reintegrarlos al quehacer social.

Siguiendo esta línea argumental, entiende que el contenido esencial de ese derecho no es otro que evitar la difusión de información personal pasada, que ha dejado de cumplir su fi-

#### { NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**

[1] Ver BASTERRA, Marcela I., “Derecho a la información vs. Derecho a la Intimidad”, Rubinzal Culzoni Editores, 2012, ps. 29-44.

[2] A título ejemplificativo pueden mencionarse las siguientes: CNFed. Civ. y Com., sala II, “F. W., C. G. y otro c. Google Argentina S.R.L s/ medidas cautelares”, del 17/12/2013; CNCiv, sala III, CNFed. Civ. y Com., sala I, “C., R. H. c. Google Inc. y otro s/ incidente de apelación

de medida cautelar”, del 18/03/2014; CNFed. Civ. y Com., Sala II, “L., N. L. y otro c. Google Argentina S.R.L s/ medidas cautelares”, del 31/03/2014; CNFed. Civ. y Com., sala III, “R., L. M. c. Google Inc. s/ medidas cautelares”, del 29/05/2014; CNFed. Civ. y Com., sala III, “C. E. A. c. Google Inc s/ hábeas data”, del 18/05/2015, entre muchas otras.

[3] CS, “R., M. B. c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, del 28/10/2014.



que puede ser consultada por métodos análogos mediante el ejercicio investigativo profesional de quien esté interesado en ello, máxime cuando de lo que se trata no es que la noticia deje de existir, sino de no brindar accesos automáticos y facilitadores que hagan más difícil o imposible la recuperación y reinserción social del individuo y de su familia, caso este último que no debería afectarse jamás. [3]

4.- El contenido esencial del derecho al olvido —en verdad, derecho a la cancelación, rectificación u oposición respecto de la utilización informática de un dato personal— es evitar la diseminación de información personal pasada que, habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un daño en la persona. [4]

5.- La pretensión de eliminar un registro informático que no alcanza a llegar a los cinco años relacionado con el sometimiento del accionante a un proceso donde se le imputa el delito de abusos sexuales contra menores, fundamentado en el derecho al olvido, debe rechazarse, pues, de considerarse este último precedente en esta clase de delitos, el tiempo transcurrido no justifica su aplicación (del voto en disidencia de la Dra. Sandoval).

6.- El derecho a la información anulará el derecho al olvido a pesar del tiempo transcurrido en dos situaciones, a saber, para los hechos relacionados con la historia o cuando se trate de un tema de interés histórico y para los hechos vinculados con el ejercicio de la actividad pública por parte de una figura pública (del voto en disidencia de la Dra. Sandoval).

7.- El derecho al olvido debe dar prioridad a las exigencias del derecho a la información cuando los hechos que se revelan presentan un interés específico para su divulgación, pero con el transcurso del tiempo, cuando ya no se trata de una cuestión de actualidad o noticiable y siempre y cuando ya no exista una razón que justifique una nueva divulgación de

la información como noticia el derecho al olvido anula el derecho a la información (del voto en disidencia de la Dra. Sandoval).

119.042 — CS Tercera Sala, Santiago de Chile, 21/01/2016. -G. L.-F., A. c. Empresa El Mercurio S.A.P.

Cita on line: CL/JUR/608/2016

#### CONTEXTOS DOCTRINARIOS DEL FALLO

[1-4] FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio, "Derecho al olvido en Internet", LA LEY 22/10/2015, 1, AR/DOC/3149/2015.

Santiago de Chile, enero 21 de 2016.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos sexto a noveno, que se eliminan.

Y se tiene además y en su lugar presente:

Primero: Que según se desprende de la lectura de la acción constitucional intentada en estos autos, la omisión por la cual se recurre está constituida por la falta de respuesta por parte del Director del "Diario el Mercurio", señor Agustín Edwards Eastman, a la solicitud de fecha 8 de septiembre de 2015 planteada por el recurrente, de eliminar de los motores de búsqueda de internet una publicación efectuada el día 14 de agosto de 2014, a través del medio de comunicación EMOL.COM, dependiente de "El Mercurio" en la cual se indica que "el Ministro en visita Sergio Muñoz, sometió a proceso al Mayor (I) de Carabineros A. G., como presunto autor del delito de abusos sexuales contra menores...G. se desempeñó como Jefe de Contabilidad del Hospital de Carabineros hasta el año 1999 y en la 34ava. Comisaría de Menores".

Dicha publicación periodística, sostiene el actor, implica una vulneración de sus garantías constitucionales, puesto que no le ha per-

mitido su reinserción en la vida social en paz, al resultar estigmatizado con la información, afectando con ello no sólo a su persona, sino que también a toda su familia.

En este contexto, señala como garantías infringidas las contenidas en la Constitución Política de la República, en particular la del N° 1 del artículo 19, por cuanto existiría a su juicio una afectación a su integridad física y síquica, ya que al mantenerse vigente la referida noticia generaría graves consecuencias psicológicas. Lo anterior agravado por el hecho de que su apellido (...) no es común, radicándose éste sólo en su familia, produciendo en ella sentimientos de inseguridad, frustración e impotencia que merman su integridad psíquica.

A su vez, señala como vulnerado el artículo 19 N° 4 del mismo texto constitucional, en lo que dice relación con la protección a la vida privada de él y su núcleo familiar, puesto que, por un lado, la fiscalía de "El Mercurio" pretende que el señor G. firme un finiquito mediante el cual renuncie a su derecho a ejercer acciones legales en contra de tal empresa a cambio de eliminar la noticia en comento, configurándose con ello -según estima- una figura de extorsión; dicha institución mantiene una publicación por más de diez años de ocurridos los hechos, y finalmente contiene una afirmación falsa, al sostener que mantenía contacto con menores de una Unidad de Carabineros, cuando prestaba servicios en un departamento distinto de dicha institución policial.

Para concluir, señala que la libertad de expresión está limitada por el abuso en que el emisor, sujeto que difunde hechos periodísticos, bajo su responsabilidad, criterio y ética profesional, pueda incurrir cuando la utiliza más allá de sus límites naturales, generando con ello atentados en contra de la honra y fama de muchas personas, bienes que son de más valía que el derecho a la libertad ya señalada.

Segundo: Que al informar la parte recurrida argumenta, en síntesis, que el recurso debe ser rechazado, ya que los medios de prensa escritos son utilizados por los portales de internet para informar a los respectivos buscadores de noti-

cias, por lo que no resulta posible eliminar esa información, ya que de hacerlo sin causa justificada, se estaría contrariando la libertad de información, base del ejercicio del periodismo.

En este sentido y de acuerdo con la opinión del recurrente, el ejercicio de la libertad de expresión en forma legítima mediante la publicación oportuna de hechos reales, constituye un derecho amparado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución, por lo que en este caso no puede existir una afectación ilegal o arbitraria de los derechos del recurrente.

Expone, además, que la Ley de Prensa contempla procedimientos especiales para conocer de los hechos denunciados, como lo son el de aclaración o rectificación, como asimismo se encuentra regulado el de eliminación de antecedentes penales del Registro Civil, por lo que la presente acción de protección sería impertinente.

Finalmente, expone que para la eliminación de una noticia se necesitan antecedentes que justifiquen dicha medida, como en este caso una certificación de absolución o sobreseimiento, o la modificación de antecedentes efectuada conforme a la ley.

Tercero: Que dado que el recurrente no impugna la veracidad de la noticia que apunta, el asunto radica esencialmente en determinar si tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico -y en este caso con afectación de una garantía constitucional- de lo que en doctrina se ha dado en llamar "el derecho al olvido" y que se refiere sustancialmente a que una persona pueda aspirar a la eliminación de una información desfavorable sobre sí misma que le provoque perjuicios actuales y que se contenga en los sistemas informáticos disponibles, y ello por una razón plausible. En este caso se invoca, como se advierte, la antigüedad de la noticia; y como perjuicio actual, el menoscabo sobre todo síquico y laboral, tanto para sí como para una familia única y de apellido estigmatizable.

CONTINÚA EN PÁGINA 10

nalidad tornándose capaz de producir un daño en la persona.

Agrega que el factor tiempo ha sido usado como un criterio decisivo en caso de conflicto entre el derecho al olvido del pasado judicial —a la supresión de la información sobre antecedentes penales y condenas pasadas—, y el derecho a la información.

Finalmente señala que: "todavía no se divisa el beneficio actual para la libertad de expresión de mantener un registro digital detectable por cualquier motor de búsqueda informático, de una noticia que de todos modos puede ser consultada por métodos análogos mediante el ejercicio investigativo profesional de quien esté interesado en ello". Concluyendo que "de lo que se trata no es que la noticia deje de existir, sino de no brindar accesos automáticos y facilitadores que hagan más difícil o imposible la recuperación y reinserción social del individuo y de su familia, caso este último que no debería afectarse jamás".

La Ministra Señora María Eugenia Sandoval G., en su voto en disidencia, rechazó la solicitud del actor por entender que el demandado no había incurrido en un acto ilegal o arbitrario que lesione sus derechos fundamentales.

Pone de manifiesto que, sopesando los derechos del actor con los de la libertad de información, no resulta procedente otorgar la cautela solicitada en orden a eliminar la noticia, a pesar de haber transcurrido más de diez años desde su publicación. En este sentido, destaca que el recurrente ha sido condenado en el año 2011, que terminó de cumplir su pena en el año 2013, que el delito por el que fue condenado es de alta connotación social y que la noticia publicada cuya eliminación se solicita da cuenta de un hecho que consta en un expediente que es público.

Señala que se debe considerar la aplicación de la doctrina del derecho al olvido con la información periodística de carácter judicial citando numerosa jurisprudencia extranjera. En este sentido destaca que la Corte Suprema de los Estados Unidos "ha sido especialmente cautelosa con respecto a la información de procesos judiciales, entendiéndose que de tal forma se genera un control social de la autoridad jurisdiccional".

Por último entiende que el interés histórico y el interés público también se deben tener en cuenta para resolver el conflicto entre el derecho al olvido y el derecho a la información. Al respecto concluye que existe un in-

terés público en relación con los delitos que atentan contra de la integridad sexual de las personas.

### III. El derecho al olvido, a la autodeterminación informativa y a la libertad de expresión

El "poder informático", consecuencia inevitable del avance permanente en materia informática y de telecomunicaciones, lleva a concluir que una de las disciplinas de mayor desarrollo en el ámbito de la tecnología aplicada a la sociedad es la protección de datos personales. Resulta innegable que estas nuevas técnicas generan efectos en nuestras vidas, situándonos ante un nuevo escenario jurídico en el que los remedios aún no son suficientes para hacer frente en forma contundente a este fenómeno.

Como señalamos previamente, los permanentes desafíos informáticos obligan a abandonar el concepto de intimidad como libertad negativa, exigiendo avanzar hacia una fase activa del proceso de circulación de la información personal, al brindar protagonismo al interesado, posibilitándole el ejercicio de un adecuado control para la preservación de su libertad informática, espectro en cuyo

interior subyace la nota de exigencia de veracidad y precisión de la información que le concierne (5).

En este sentido el derecho a la autodeterminación informativa consiste en la posibilidad que tiene el titular de un dato personal de controlar quiénes serán destinatarios de dicha información y qué uso se le dará. Se ejerce genéricamente a través de los derechos de acceso, rectificación y cancelación (6).

En este contexto, a partir del fallo "Costeja Gonzalez" del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha comenzado a desarrollarse tanto a nivel internacional como nacional, principalmente a través de la vía jurisprudencial, el derecho al olvido.

Esta prerrogativa ha sido conceptualizada como el principio a tenor del cual cierta información deben ser eliminada de los archivos, trascurrido un determinado espacio de tiempo, desde el momento en que acaeció el hecho al que se refieren, para evitar que el individuo quede "prisionero de su pasado" (7).

Ahora bien, el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa y el derecho al olvido no puede prescindir de la importancia del rol que cumple Internet en relación con la libertad de expresión (8).

En el marco de la ONU el 1º de junio de 2011, una Declaración Conjunta sobre Libertad

CONTINÚA EN PÁGINA 10

#### { NOTAS }

(4) Compuesta por los Ministros Sr. Patricio Valdés A., Sra. Rosa Egnem S., Sr. Carlos Aránguiz Z. y Sr. Manuel Valderrama R.

(5) BASTERRA, Marcela I., "La responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet en el centro del

debate jurídico", LA LEY, 2014-F, 145, cita online: AR/DOC/4087/2014.

(6) BASTERRA, Marcela I., "Derecho a la información vs. Derecho a la Intimidad", *op. cit.*, ps. 175-182.

(7) GOZAÍNI, Osvaldo A., "El derecho de amparo. Los

nuevos derechos y garantías del artículo 43 de la Constitución Nacional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

(8) BASTERRA, Marcela I., "La responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet en el centro del debate jurídico", *op. cit.*, p.145.

## VIENE DE PÁGINA 9

Cuarto: Que en nuestro ordenamiento jurídico nacional no existe, por ahora, una solución legislativa expresa sobre este tema, aunque no resulta difícil advertir en él su compromiso con la protección del honor, la dignidad y vida privada de las personas.

Desde luego el artículo 19 N°4 de la Constitución Política garantiza “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. Esos derechos no se suspenden ni siquiera en sede penal, como lo atestiguan los artículos 4, 7 inciso 1º, 9, 10 y 289 del Código Procesal Penal, que cautelan su prevalencia; misma posición en la que se encaminan el Decreto Supremo N° 64, de 27 de enero de 1960, que permite la eliminación de las anotaciones penales después de un breve tiempo, las leyes N° 19.812 y 20.575, sobre vencimiento de registros informáticos bancarios, y la Ley N° 19.628, sobre protección de datos, que contempla, entre otras cosas, la caducidad del almacenamiento de datos bancarios por expiración del plazo para su vigencia.

En suma, no cabe duda que nuestro ordenamiento jurídico protege el honor y vida privada de las personas en cuanto tales, incluso antes y después de su constitución jurídica; y que sistemáticamente ha venido recogiendo la tendencia mundial de reconocer el derecho al olvido respecto de conductas reprochables de las personas -sean éstas penales, civiles o comerciales- después de un lapso de un tiempo, como una forma de reintegrarlas al quehacer social.

Tal es, también y por lo demás, la tendencia mundial. Desde luego, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, cuyo texto aprobado en la resolución N°217 de 3 de marzo de 2009 prescribe en su artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona

tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. La Convención Americana (Pacto de San José, ratificada por Chile y publicada el 5 de enero de 1991, en su artículo 5 señala: “N° 1 Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” y en su artículo 11: n°1, “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”; N° 2, “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”; 3º “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

En la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales (2012) de la Comisión Europea, se indica que el “derecho al olvido” -en verdad derecho a la cancelación, rectificación u oposición respecto de la utilización informática de un dato personal- está intrínsecamente vinculado a su utilización, en términos que si en un momento fue legítima, luego del transcurso de un tiempo determinado ha dejado de serlo; y cuyo efecto ineludible a su expiración es que debe ser borrado.

El contenido esencial de ese derecho, como se desprende de la lectura de la antedicha Propuesta, no es otro que evitar la diseminación de información personal pasada que, habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un daño en la persona.

Quinto: Que siguiendo al autor catalán Pere Simón Castellano, “frente a las ingentes posibilidades que ofrece la informática, el derecho al olvido pretende garantizar la privacidad, el libre desarrollo y la evolución de las personas, evitando la persecución constante del pasado. Así, cuando hablamos de “derecho al olvido” hacemos referencia a posibilitar que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan; el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene” (Castellano, Pere Simón: “El

régimen constitucional del derecho al olvido en Internet”, en “Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 11-12 de julio de 2011”, Huygens Editorial, Barcelona, 2011, pp. 391-406).

No debe escudriñarse una real colisión entre dos garantías constitucionales aparentemente contrapuestas, a saber: el derecho al olvido, como protección del derecho a la integridad síquica y a la honra personal y familiar, frente al derecho de informar y de expresión. Cada uno tiene una esfera de acción propia que puede llegar a superponerse durante un tiempo, en el que es necesaria y útil la información pública frente al derecho personal que pueda invocarse, pero que decae con la extensión de dicho transcurso de tiempo; y en cambio deviene en atrabiliaria e inútil tanto para el derecho del individuo afectado para reintegrarse a plenitud a la sociedad, como para esta última de conseguir la pacificación que le interesa primordialmente y que una noticia caduca no facilita.

En el mismo sentido precedentemente anotado, es importante observar que, de la misma manera que el derecho a ser olvidado no es una novedad, tampoco lo es el equilibrio de su aplicación con otros derechos e intereses. De hecho, la jurisprudencia, principalmente extranjera ya ha desarrollado una serie de criterios importantes, que la legislación de los países ha consagrado, para resolver algunos de estos conflictos. Es el caso del derecho penal, donde el derecho al olvido se desarrolló por primera vez. Efectivamente, en caso de conflicto entre el derecho al olvido del pasado judicial (a la supresión de la información sobre antecedentes penales y condenas pasadas) y el derecho a la información (acceso a dicha información), el factor tiempo se ha usado como un criterio decisivo. Si la información se considera de interés periodístico (debido a la actualidad de su ocurrencia), el derecho a la información prevalece; si no, el derecho al olvido prevalece sobre el derecho a la informa-

ción (todavía se puede acceder a la sentencia, pero ya no se incluyen los nombres de los implicados). En definitivas cuentas, no se trata de que la información personal -como de la que se trata en el presente caso- sea eliminada de todo tipo de registro, sino que el acceso a la misma debe ser circunscrita a las fuentes oficiales de la información, de manera que puedan ser siempre consultadas por quien tenga un interés real en conocerla y con alguna finalidad específica -de investigación, por ejemplo-. Mantener vigente una noticia como la ya mencionada después de una década, es ajena a la finalidad de informar a la ciudadanía de los hechos ocurridos en ese momento determinado, que es en el que presenta mayor interés y utilidad.

Por otro lado, si la propia ley penal -la más gravosa desde el punto de vista de la afectación de los derechos individuales- es la que señala un tiempo específico de duración de la pena, y permite además eliminarla de todos los registros públicos una vez cumplida ésta, con mayor razón los medios de comunicación social deben actuar en coherencia con la intención de proporcionar al penado la posibilidad de desarrollar una vida acorde con el respeto a sus garantías constitucionales una vez transcurrido el tiempo de condena, lo que necesariamente se debe extender, y con mayor razón, a su núcleo familiar, el que por lo demás no tiene responsabilidad alguna en los hechos condenados. Este es el sentido de todas las medidas de reinsertión social a que apuntan las normas antes descritas.

Quinto: Que en el caso en referencia han pasado más de diez años en que el Diario El Mercurio dio a conocer la noticia de que el recurrente tuvo participación en un delito de particular relevancia social. Sin duda, su figuración posterior en los motores de búsqueda de las versiones digitales de dicho diario, ha obedecido al escrupuloso registro de su historial de noticias, lo que evidentemente constituye un legítimo ejercicio de su derecho a expresión, también protegido por la misma Constitución Política.

## VIENE DE PÁGINA 9

de Expresión e Internet (9) dispuso que: “La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet sólo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba “tripartita”).”

A su vez, en julio del año 2012 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU emitió una resolución, reconociendo por primera vez el derecho a la libertad de expresión en Internet. En tal sentido sostuvo que: “el ejercicio de los derechos humanos, en particular del derecho a la libertad de expresión en Internet, es una cuestión que reviste cada vez más interés e importancia debido a que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones”.

En estas mismas coordenadas, en la Declaración Conjunta del 2012 realizada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA; se advirtió que las leyes que regulan Internet deben tener en cuenta sus características especiales como herramienta única de transformación, que permite a miles de millones de personas ejercer su derecho a la libertad de pensamiento y expresión (10).

Por otra parte, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el derecho a la privacidad en la era digital —aprobada el 18 de diciembre de 2013 (11)—, exhorta a todos los Estados a respetar y proteger el derecho a la privacidad en el contexto de las comunicaciones digitales, adoptando las medidas necesarias para impedir las violaciones a este derecho.

Finalmente cabe agregar que en el ámbito de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el documento titulado “Liber-

dad de expresión en Internet: principios orientadores” (12) se ha señalado que: “En la medida en que el entorno digital ofrece el espacio para promover el intercambio de información y opiniones, su configuración y arquitectura resultan relevantes. Internet se ha desarrollado a partir de determinados principios de diseño, cuya aplicación ha propiciado y permitido que el ambiente en línea sea un espacio descentralizado, abierto y neutral. Es importante que cualquier regulación que se produzca sea como resultado del diálogo de todos los actores y mantenga las características básicas del entorno original, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación. Esto implica, de una parte, que las características originales y diferenciales de Internet deben ser tomadas en cuenta antes de impulsar cualquier tipo de regulación que afecte su arquitectura o su incorporación social” (13).

En Argentina, la Corte Suprema ha reconocido en el precedente “B. R.” que el derecho de expresarse a través de Internet fomenta la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como colectiva. La primera, ya que es a través de la web que el

usuario puede ejercer el derecho personal que tiene todo individuo de hacer público, transmitir, difundir y exteriorizar sus ideas, opiniones, creencias, etc. La segunda, porque sirve como instrumento para garantizar la libertad de información y formación de la opinión pública.

El propio tribunal advierte que no puede soslayarse el carácter transformador de Internet, dado que es un medio a través del cual se incrementa la capacidad de los individuos de acceder a la información, contribuyendo no sólo al pluralismo informático, sino también a su divulgación (14).

## IV. El derecho al olvido en materia penal

Hasta hace no mucho tiempo, cuando hablábamos de derecho al olvido nos referíamos a éste sólo en relación con las informaciones crediticias adversas, que la mayoría de las legislaciones sobre Protección de Datos Personales había consagrado desde hace varios años.

Recientemente, comienza el desarrollo del derecho al olvido en un sentido más am-

## { NOTAS }

(9) En ésta participaron: el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión -Frank LaRue-, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) -Dunja Mijatovic-, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión -Catalina Botero Marino-, y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión

Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) -Faith Pansy Tlakula-.

(10) BASTERRA, Marcela I., “Alcances de la tutela constitucional de la libertad de expresión. Los sitios de Internet”, LA LEY, 2014-D, 36, cita online AR/DOC/1702/2014.

(11) Resolución N° 68/167 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el derecho a la privacidad en la era digital aprobada el 18 de diciembre de 2013.

(12) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Libertad de Expresión e Internet: principios orientadores”, 31 diciembre 2013, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 <http://www.cidh.org/relatoria>.

(13) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Libertad de Expresión e Internet: principios orientadores”, 31 diciembre 2013, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/

RELE/INF. 11/13 <http://www.cidh.org/relatoria>. Párrafo 11.

(14) BASTERRA, Marcela I., “La responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet en el centro del debate jurídico”, *op.cit.*, p.145.



No obstante, después de todo ese tiempo, la colisión entre dos derechos constitucionales como los aludidos, aun si llegara a existir, debería ceder actualmente en beneficio del derecho a la reinserción social del que ha delinquirido y de su derecho a mantener una vida privada que la posibilite, como asimismo el derecho a la honra y privacidad de su familia, en este caso de apellido fácilmente abordable y única, según se aduce. Todavía, no se divisa el beneficio actual para la libertad de expresión de mantener un registro digital detectable por cualquier motor de búsqueda informático, de una noticia que de todos modos puede ser consultada por métodos análogos mediante el ejercicio investigativo profesional de quien esté interesado en ello. De lo que se trata no es que la noticia deje de existir, sino de no brindar accesos automáticos y facilitadores que hagan más difícil o imposible la recuperación y reinserción social del individuo y de su familia, caso este último que no debería afectarse jamás.

El lapso de más de diez años transcurridos desde la fecha de la noticia -período suficiente para la prescripción penal de la mayoría de los delitos más graves- resulta más que suficiente para resolver provisoriamente y en cautela de las garantías constitucionales antes mencionadas, que debe procurarse el "olvido" informático de los registros de dicha noticia.

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se Revoca la sentencia apelada de veintidós de octubre de dos mil quince, escrita a fojas 82, y en su lugar se declara que se acoge el recurso de protección deducido en lo principal de la presentación de fojas 8, sólo en cuanto se ordena a la parte recurrida que debe eliminar el registro informático de la noticia que afecta negativamente al recurrente, dentro del plazo de tres días, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado de esta Corte para tales desobediencias y sin perjuicio entonces de la denuncia del delito correspondiente, si procediere.

Se previene que la Ministra señora Egnem concurre a la decisión de revocar el fallo en alzada sólo en cuanto a ordenar a la recurrida la eliminación del registro informático de la noticia de que tratan estos antecedentes.

Acordado con el voto en contra de la Ministra señora Sandoval, por las consideraciones que a continuación se señalan:

Primero: El acto recurrido dice relación con la omisión del director de la empresa recurrida, El Mercurio S.A.P., de responder una carta solicitando que medie en un conflicto para eliminar de los motores de búsqueda de internet la publicación efectuada el 17 de agosto de 2004, en que se dice que el "Juez Sr. Muñoz somete a proceso en calidad de autor a A. G. L.-F. por abusos sexuales contra menores".

Agrega el recurrente que en la actualidad no tiene asuntos pendientes con la justicia. "Lo que sí tiene certeza es que el Diario El Mercurio, en su momento, cumplió con su deber de informar, lo que no está en reproche, no es problema de conflicto".

Segundo: Que el conflicto a que hace referencia el recurrente, es la respuesta enviada por la Fiscalía del diario recurrido a una carta anterior que envió al mismo director del periódico, enviada por la Fiscalía de éste que subordinaba la eliminación de la publicación de la noticia a la presentación de antecedentes que acreditaran que había sido absuelto en esa causa criminal, sobreseído definitivamente o que no hubiera sido formalizado después de las primeras diligencias.

Agrega la referida respuesta que debía firmar un finiquito de renuncia a acciones legales posteriores contra el medio o su director.

Tercero: Que el fundamento de la acción cautelar se sostiene en el tiempo transcurrido desde la fecha de la noticia y el inmenso daño que ello ocasiona a él y a su familia.

Cuarto: Que es un hecho no discutido en estos autos, que los documentos que se solicitan

al recurrente para actualizar la información publicada no fueron acompañados, por lo que, lo referido a la exigencia del finiquito, no fue óbice para que el recurrido no procediera a la eliminación solicitada.

Quinto: Que la sentencia apelada razona sobre la base que la noticia publicada, corresponde a hechos reconocidos por el recurrente como efectivos, investigados en el contexto del caso Spiniak por el que fue sometido a proceso, no habiéndose acreditado por ningún medio de prueba legal la situación procesal vigente del recurrente que permita modificar las circunstancias actuales.

Señalan los sentenciadores, que la vulneración de las garantías constitucionales que denuncia, pudieron ser amparadas mediante las acciones que le franquea la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, consideraciones por las cuales rechazan el recurso interpuesto.

Sexto: En su escrito de apelación, alega que la información publicada adolece de un vicio, al indicar que se desempeñó en la trigésimo cuarta Comisaría de Menores, lo que no es efectivo, señalando que no busca la rectificación de esta información, sino su eliminación por adolecer de falsedad absoluta.

Enfatiza el daño que provoca a él y su familia la permanencia de la publicación y la exigencia de la firma del finiquito.

Séptimo: Que a fojas 86 a 88, están agregados los documentos que acompaña al recurso de apelación, en el último de los cuales consta que en la causa rol N° 214.724-2004- PLF Tomo I y II, se le impuso una condena por el Trigésimo Cuarto Juzgado del Crimen de Santiago (Ex Tercer Juzgado del Crimen de Santiago) de 541 días como autor del delito de abuso sexual, fijándose un período de observación de 541 días, en la medida de remisión condicional de la pena.

La jefa (S) del Centro de Reinserción Social Santiago- Oriente, quien certifica todo lo ante-

rior, agrega que el recurrente registra controles ante ese Centro del 27 de diciembre de 2011 al 19 de junio de 2013 a fin de dar cumplimiento a la condena antes señalada.

En los documentos de fojas 86 y 87, relativos a certificados de antecedentes para fines especiales y particulares, respectivamente, el recurrente figura sin antecedentes en el Registro General de Condenas y sin amonestaciones en el especial de Condenas por Actos de Violencia Intrafamiliar.

Octavo: Que con los antecedentes relacionados en el fundamento anterior, el asunto jurídico a dilucidar es si resulta procedente otorgar la cautela solicitada en orden a eliminar una noticia sobre el sometimiento a proceso de un mayor (I) de Carabineros como presunto autor del delito de abusos sexuales contra menores, por la circunstancia de haber transcurrido más de diez años desde su publicación, por considerar que ello atenta a su derecho a la reinserción social y a la honra y privacidad de su familia o si debe analizarse, para tomar tal decisión, que los derechos del recurrente deben sopesarse con los de la libertad de información, teniendo presente al efecto que el recurrente habría sido condenado el año 2011, que terminó de cumplir su pena el año 2013, que el delito por el que fue condenado es de alta connotación social y que la noticia publicada cuya eliminación se solicita da cuenta de un hecho que consta en un expediente que es público.

Noveno: Quien disiente, no tiene dudas que el análisis que debe efectuarse es el último señalado.

Décimo: Que un primer aspecto a considerar es el relacionado con la aplicación de la doctrina del derecho al olvido con la información periodística de carácter judicial.

Undécimo: Que para efectos de este análisis interesa revisar la jurisprudencia comparada

CONTINÚA EN PÁGINA 12

plio que se ha denominado el *derecho al olvido en el ámbito virtual de Internet* (15), del que se afirma que es válido preguntarse si ese derecho al olvido que muchos quieren imponer en Internet no significa ni más ni menos que la posibilidad de borrar el pasado de las personas o permitir que estas reescriban su historia.

El fallo que analizamos tiene la particularidad de que la noticia cuya eliminación solicita el actor informa sobre su sometimiento a proceso por un delito contra la integridad sexual por el cual fue condenado con posterioridad. Asimismo, como señalamos en la descripción de los hechos, si bien es cierto que habían transcurrido más de diez años desde la publicación de la noticia que se solicita eliminar, no es menos cierto que el actor fue condenado por el delito en el año 2011, y recién en 2013 finalizó el cumplimiento de la condena; además de que la información cuestionada consta en un registro público, toda vez que se trata de información judicial.

En este sentido, Palazzi ha señalado que el olvidar en determinados ámbitos puede ser algo muy sensible, como el caso de los delitos recientes. *Agrega que "si la condena estuviera firme, tampoco correspondería aplicar el plazo previsto en las leyes especia-*

*les para purgar el registro condenatorio (...). Estas normas en general se refieren sólo a los registros estatales, y tienen incidencia en el proceso penal pero no impiden a un medio periodístico o un buscador difundir información sobre la existencia del proceso o de la condena penal".* (16)

En tal sentido, compartimos plenamente los argumentos de la minoría del tribunal chileno, de la doctrina mencionada, que por otra parte es coincidente con la del reciente fallo del Tribunal de Primera Instancia en lo Civil de Amsterdam (17), precedente que señala con acierto que: *"La condena por un delito serio tal como el que fue objeto de juzgamiento y la publicidad negativa que ello implica, en general creará información sobre el individuo que permanecerá relevante. Las calificaciones negativas relativas a ese delito sólo serán 'excesivas' o 'innecesariamente difamatorias' en casos muy excepcionales, por ejemplo cuando la ofensa cometida es publicada y difundida sin una clara razón, con el solo fin de dañar al involucrado, y si el reporte no es factual sino más bien un intento de injuriar"*.

Claramente, no puede funcionar de igual manera el derecho al olvido en materia crediticia, que en caso de delitos penales con condena.

## V. Conclusiones

Valoramos como positiva la sentencia del Alto Tribunal chileno, sumándose así a los países que reconocen, en este caso por la vía jurisprudencial, el derecho al olvido.

No obstante, entendemos que en casos como el de examen la aplicación del derecho al olvido debe aplicarse de manera sumamente restrictiva.

En este sentido, la noticia que se solicita eliminar de la *web* es de interés público, dado que se trata de información que obra en un expediente judicial, y da cuenta del inicio de un proceso penal por la comisión un delito contra la integridad sexual, por el que el actor fue efectivamente condenado con posterioridad.

Asimismo, esta información reviste interés histórico respecto del comportamiento de esa persona, a fin de posibilitar un control social de la actividad jurisdiccional. En por esto que el factor tiempo como elemento para dirimir si corresponde la aplicación del derecho al olvido debe ser aplicado de manera estricta y los plazos para hacer lugar a la eliminación de la información deben ser más extensos.

Una posible solución, para casos como el que analizamos, sería no eliminar la noticia pero sí exigir su actualización. Recientemente la Corte Constitucional de Colombia hizo lugar a una acción de tutela, pero era un caso muy diferente; toda vez que se relacionaba con un individuo que más de cinco años atrás había sido vinculado al delito de trata de personas, sin ser procesado y cuya acción estaba prescripta. En tal situación, la noticia de su vinculación al delito publicada en su momento, y a la que actualmente se podía acceder a través de los buscadores de Internet, causaba una lesión a sus derechos fundamentales. La Corte estableció que si bien la información originaria era veraz, haciendo una ponderación entre el derecho al buen nombre de la demandante con el de acceso libre a esos datos; no se debía dar de baja la noticia pero sí procedía su actualización, informando que la persona acusada no fue condenada en el juicio (18).

Consideramos que sería conveniente reformular las leyes que actualmente regulan la protección de datos personales en varios países de Latinoamérica, a fin de delimitar de manera precisa el contenido y el alcance del derecho al olvido. En particular en el caso de información sobre delitos penales resulta aún más necesario contar con una regulación que adopte un criterio equitativo, que permita el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa y a la reinserción social, sin que redunde en detrimento del derecho a la información y a la libertad de expresión, vaciándolos de contenido. ●

## { NOTAS }

(15) FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio, "Derecho al olvido en Internet", LA LEY, 2015-F, 489, cita on line AR/DOC/3149/2015.

(16) PALAZZI, Pablo A., "Derecho al olvido en Internet e información sobre condenas penales (a propósito de un

reciente fallo holandés)", LA LEY, 2015-A, 16, cita on line: AR/DOC/3945/2014.

(17) Tribunal de Primera Instancia en lo Civil de Amsterdam, "Arthur Van M. c. Google Netherlands y Google Inc", del 18/09/2014.

(18) Sala Primera de la Corte Constitucional de Colombia, "Acción de tutela instaurada por Gloria contra la Casa Ed. El Tiempo", T-277/15 del 12/05/2015.

## VIENE DE PÁGINA 11

que sobre esta materia se ha emitido en diversos países, entre los que vale la pena destacar:

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos “ha sido especialmente cautelosa con respecto a la información de procesos judiciales, entendiendo que de tal forma se genera un control social de la autoridad jurisdiccional”.

“...la Primera y Decimocuarta Enmiendas disponen nada menos que los Estados no pueden imponer sanciones frente a la publicación de información fidedigna contenida en registros públicos que se encuentren disponibles al público (Cox Broadcasting Corp. v. Cohn - 420 U.S. 469 1975, FJ 18).

La información criminal o de sanciones administrativas impuestas en contra de una persona forma parte de registros públicos, goza de interés periodístico, y aun con el transcurso del tiempo tiene la aptitud de adquirir un interés histórico respecto del comportamiento de una persona, o de controlar la actividad de quienes impusieron la sanción”. (Zárate Rojas, Sebastián: “La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa”, en Derecom, N° 13 (mar-may) 2013, disponible en Dialnet. p.8).

El Tribunal Supremo alemán, ha considerado que “la publicidad de una hemeroteca es puramente pasiva y la libertad de expresión garantiza el mantenimiento de ese tipo de archivos. En particular, el Bundesgerichtshof rechaza que pueda imponerse un deber de controlar la corrección actual de las noticias pasadas, porque constituiría una limitación inadmisibles de la libertad de expresión”. (Mieres Mieres, Luis Javier, “El derecho al olvido digital”, documento de trabajo 186/2014 del Laboratorio de Alternativas, España, pág. 36, disponible en <http://www.fundacionalternativas.org/>)

La jurisprudencia francesa, ha reconocido el derecho al olvido respecto de “un suceso público –en el caso, un proceso penal que había tenido lugar hacía 46 años–, por el paso de un tiempo suficientemente largo, puede convertirse, para la persona que ha sido la protagonista, en un hecho privado, sometido al secreto y al olvido: la relación de tal evento en un periódico constituye un atentado a la vida privada”. (Sentencia de la Corte de Apelación de Versailles, de 14 de septiembre de 1989, citada en Bertrand, 1999). (Ibid. pág. 18).

De la jurisprudencia de la Corte de Casación de Italia “se deduce un cuadro interesante de soluciones para los supuestos de colisión entre el derecho al olvido y el mantenimiento de noticias pasadas en las hemerotecas digitales: a) No procede el borrado de la noticia que en su día fue publicado lícitamente, b) El medio de comunicación tiene un deber de actualización o contextualización de las noticias que, por el paso del tiempo, devienen incorrectas o incompletas, lesionando los derechos de los afectados. c) Reducir el grado de accesibilidad de la noticia impidiendo su indexación no procede en el caso de que el afectado sea un personaje público, pero la invisibilidad de la información para los motores de búsqueda puede ser un remedio adecuado si el afectado es una persona privada vinculada, en su día, a un suceso de trascendencia pública sobre el que se informó”. (Ibid. págs. 34-36).

En el caso Casa Editorial El Tiempo, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia de 2015, en relación a la protección de los

derechos fundamentales de la actora al buen nombre e intimidad, entre otros, condena a la Casa Editorial a actualizar la información publicada en su página web, respecto de los hechos que la relacionan con el delito de trata de personas, de tal manera que se informe que no fue vencida en juicio (el proceso finalizó por prescripción) y que, además, por medio de la herramienta técnica “robots.txt” “meta-tags” u otra similar, neutralice la posibilidad de libre acceso a la noticia “Empresa de Trata de Blancas” a partir de la mera digitación del nombre de la accionante.

En los fundamentos de la antedicha decisión, el tribunal establece que “Si bien esta medida representa una limitación al derecho a la libertad de expresión de la Casa Editorial El Tiempo, ésta es menos lesiva que aquella que ordena la eliminación de la información de red, por cuanto al menos permite que el suceso que dio lugar a la noticia sea publicado, sin que se altere la verdad histórica en relación con los sucesos acontecidos.

De igual manera, esta medida debe ir acompañada de la actualización del artículo, de tal forma que se garantice el derecho de los receptores de la comunicación a acceder a información veraz e imparcial. Debe entonces, reportarse en forma completa el desenlace del proceso al cual fue vinculada la actora”. (Texto íntegro de la sentencia disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm>).

Décimo segundo: Que, por último es también relevante consignar lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, causa 131-12, de 13 de mayo de 2014, en el denominado caso Google, profusamente difundido.

En la decisión del asunto, en lo concerniente al fallo de este recurso de apelación, el Tribunal tuvo en consideración que se trata de información de carácter sensible para la vida privada del reclamante y que su publicación inicial se remonta a dieciséis años atrás y que en el caso no parecen existir razones concretas que justifiquen un interés preponderante del público en tener acceso a esta información.

En virtud de lo anterior, declara que el interesado tiene derecho a que la información, ya no esté en la situación actual, vinculada a su nombre, derecho que prevalece, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsquedas, sino también sobre el interés del público en acceder a la información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. (<http://curia.europa.eu>).

Décimo tercero: Que, como puede colegirse de la jurisprudencia reseñada, no hay una posición uniforme en la materia, pero sí puede concluirse, en lo que interesa al análisis, que el denominado derecho al olvido en los casos en que éste es aplicado “entra en conflicto con el derecho a la información; el tiempo es el criterio para resolver el conflicto. El derecho al olvido debe dar prioridad a las exigencias del derecho a la información cuando los hechos que se revelan presentan un interés específico para su divulgación.

El interés está vinculado, por tanto, al interés periodístico de los hechos. Esto sucede cuando una decisión judicial pronunciada por un tribunal forma parte de las noticias judiciales. Es entonces legítimo recordar esta decisión mencionando los nombres de las partes (excepto si son menores de edad, en cuyo caso se aplican diferentes normas de protección). Pero con el transcurso del tiempo, cuando ya no se trata de una cuestión de actualidad o noticiable, y siempre y cuando ya no exista una razón que justifique una nueva divulgación

de la información como noticia, el derecho al olvido anula el derecho a la información. Aun se puede mencionar el caso, pero no se deben incluir los nombres de las partes o los datos identificados. Por lo tanto, el valor informativo de un caso inclina la balanza a favor del derecho a difundir a costa del derecho al olvido. Y en cuanto deja de tener valor como noticia, la balanza se inclina en la otra dirección.

Se pueden admitir dos excepciones. Esto significa que el derecho a la información anulará el derecho al olvido a pesar del tiempo transcurrido:

- para los hechos relacionados con la historia o cuando se trate de un tema de interés histórico y

- para los hechos vinculados al ejercicio de la actividad pública por parte de una figura pública.

El interés histórico y el interés público también se deben tener en cuenta para resolver el conflicto entre el derecho al olvido y el derecho a la información”. (Terwangne, Cécile: “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, en Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC IDP Número 13 (Febrero 2012), pp.53-66).

Décimo cuarto: Que en cuanto al tiempo, de las sentencias citadas en el considerando undécimo, en el caso de la jurisprudencia francesa se establece que el proceso penal había tenido lugar 46 años antes, “un tiempo suficientemente largo”, y en el caso Google (considerando décimo tercero) la publicación se refería a una situación ocurrida hace 16 años atrás.

Décimo quinto: Que otro aspecto a considerar para decidir el recurso planteado dice relación con la existencia de un interés público.

Del Mensaje de la Ley N° 20.594, enviado al Congreso el 19 de mayo de 2010, surge en forma clara el interés público respecto de los delitos que atentan en contra de la integridad sexual de las personas.

Para graficar lo expuesto, basta citar uno de los párrafos del aludido Mensaje, que se refiere a “ la gravedad del daño que los delitos sexuales causan a la víctima y el temor que generan en la sociedad, particularmente en los casos en que son cometidos contra ni-

ños, niñas y adolescentes, plantea la necesidad de mejorar el sistema de penas con el que actualmente se sanciona estas conductas, como asimismo, la habilidad de éstas no sólo para lograr la reinserción del condenado, sino también, de minimizar el temor de la ciudadanía, los riesgos de reincidencia y de perfeccionar los resguardos y mecanismos de protección de la población”.

(Historia de la Ley N° 20.594. Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.google.cl/#q=historia+de+la+ley+20594>)

En este contexto cobra relevancia efectuar un análisis pormenorizado del caso, en orden a definir la procedencia de eliminar una información periodística sólo por el transcurso del tiempo, que en este caso, como se explicitó, no alcanza a llegar a los 5 años.

Décimo sexto: Que lo razonado, permite a esta disidente concluir que en este caso, no es procedente otorgar la cautela a las garantías constitucionales solicitadas por el recurrente de protección, con base en el fundamento esgrimido en el recurso planteado, de aplicar en la especie el derecho al olvido, por cuanto, en el evento de considerarse éste procedente en un delito de abusos sexuales, el tiempo transcurrido no justifica la aplicación del mismo.

Décimo séptimo: Que, en cuanto a los argumentos sostenidos en la apelación de una falsa noticia publicada por el recurrido, ello no corresponde ser dilucidado en una acción de esta especie y tampoco constituye fundamento para solicitar su eliminación en esta acción cautelar.

Décimo octavo: Que por las consideraciones expuestas, esta disidente es de la opinión de confirmar la sentencia apelada y rechazar el recurso de protección interpuesto, por no haber incurrido el recurrido en un acto ilegal o arbitrario que lesione los derechos fundamentales del recurrente. Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción del Ministro Sr. Aránguiz, y de la prevención y la disidencia, sus autoras. Rol N° 22.243-2015. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros.- *Patricio Valdés A.- Rosa Egnem S.- María Eugenia Sandoval G.- Carlos Aránguiz Z.- Manuel Valderrama R.*

Autoriza el Ministro de Fe de la Excm. Corte Suprema.

## EDICTOS

Juzgado Nacional en lo Civil N°27, Secretaría Única, cita y emplaza por el término de treinta (30) días a herederos y acreedores de BERTERA, HÉCTOR JORGE. Publíquese por tres (3) días en LALEY.

**Buenos Aires, 24 de febrero de 2016**  
Soledad Calatayud, sec.  
**LALEY: I. 14/03/16 V. 16/03/16**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°39, Secretaría Única, sito en Av. de los Inmigrantes 1950, 5º piso, cita y emplaza por el plazo de 30 días a herederos y acreedores de ROSARIO LUIS BRISCHETTO a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario LALEY.

**Buenos Aires, 3 de marzo de 2016**  
Gabriel Pablo Pérez Portela, sec.  
**LALEY: I. 14/03/16 V. 16/03/16**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°3, a cargo del Dr. Roberto R. Torti, Secretaría N°6, a cargo interinamente de la Dra. María Florencia Millara, sito en Libertad 731, piso 4to. de esta Ciudad, hace saber que el Sr. MOJENA GONZALEZ ABERCIO RAFAEL,

DNI 95.104.057 de nacionalidad dominicana, ha solicitado la declaración de la “Ciudadanía Argentina”. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión de dicho beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público, dentro del plazo de quince días. Publíquese por dos días.

**Buenos Aires, 24 de febrero de 2016**  
María Florencia Millara, sec. int.  
**LALEY: I. 14/03/16 V. 15/03/16**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°55, Secretaría Única, sito en la Av. De los Inmigrantes 1950 piso 4º, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de LADISLAO SCHWARTZ, a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en “LALEY”.

**Buenos Aires, 26 de febrero de 2016**  
Olga María Schelotto, sec.  
**LALEY: I. 11/03/16 V. 15/03/16**

El Juzgado Nacional en lo Civil N°24 cita y emplaza por 30 días a acreedores y herederos de MIGUEL RAÚL PEISAJOVICH para

que hagan valer sus derechos. Publíquese 3 días en el diario LALEY.

**Buenos Aires, 16 de julio de 2015**  
Maximiliano J. Romero, sec. int.  
**LALEY: I. 10/03/16 V. 14/03/16**

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N°90, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de LUIS ZAZZALI, a efectos de que hagan valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en el diario “LALEY”.

**Buenos Aires, 16 de febrero de 2016**  
Gustavo Alberto Alegre, sec.  
**LALEY: I. 10/03/16 V. 14/03/16**

El Juz. Fed. Civ. y Com. N°1, Sec. N°1 de la Cap. Fed. hace saber que NILTON CÉSAR CASTILLO RONDAN de nacionalidad peruano, DNI N°94.192.705 ha solicitado la concesión de la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por dos veces dentro del plazo de quince días en el Diario LALEY.

**Buenos Aires, 30 de junio de 2015**  
Ana Laura Bruno, sec.  
**LALEY: I. 10/03/16 V. 14/03/16**