

LA "PEQUEÑA COMUNIDAD" HABITACIONAL
Y EL DAÑO MORAL

1. El fallo anotado	215
2. El espíritu que exige la vida en una pequeña comunidad habitacional. Individualismo y comunitarismo	227
3. Límites al egoísmo. Restricciones. Ejercicio regular del derecho	228
4. El daño moral y su reparación. Noción. Los artículos 522 y 1078. Supuesto carácter excepcional. Culpa y dolo. El daño moral cierto frente a la justicia y la equidad	229

LA “PEQUEÑA COMUNIDAD” HABITACIONAL Y EL DAÑO MORAL

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. El espíritu que exige la vida en una pequeña comunidad habitacional. Individualismo y comunitarismo. Mi intimidad. Mi dominio. Mis temores. 3. Límites al egoísmo. Restricciones. Ejercicio regular del derecho. 4. El daño moral y su reparación. Noción. Los artículos 522 y 1078. Supuesto carácter excepcional. Culpa y dolo. El daño moral cierto frente a la justicia y la equidad.

1. EL FALLO ANOTADO

CNCiv., sala E, febrero 5-979. Iablonsky, Aarón c. Anszelowicz, Marcos.

2ª instancia. Buenos Aires, febrero 5 de 1979.

¿La sentencia apelada es arreglada a derecho?

El doctor *Cichero* dijo:

1º) En el mes de marzo de 1973, filtraciones provenientes del piso superior perjudicaron el cielo raso, la pintura y la instalación eléctrica del departamento del tercer piso de la finca Aráoz 229/31/33, habitado por Aarón Iablonsky. Tras infructuosos reclamos, éste hizo la pertinente denuncia ante Obras Sanitarias de la Nación, y un mes después promovió acción judicial sumarísima contra el ocupante del cuarto piso, Marcos Anszelowicz, a fin de que se le condenara a permitir el acceso a su unidad para efectuar los necesarios arreglos. Así lo dispuso el juzgado interviniente, en fallo

que corre a fojas 81/82 de la causa respectiva, para cuya ejecución debió darse intervención al oficial de justicia.

Casi simultáneamente con el cumplimiento compulsivo de esa medida, Iablonsky inició este juicio ordinario para obtener la reparación del agravio moral que le ocasionara la conducta de su convecino. La sentencia hizo lugar a la demanda y condenó a Anszelowicz a pagar por ese concepto la cantidad de \$ 100.000, sus intereses y las costas del proceso. Ambas partes apelaron.

2º) Antes de entrar al examen de los agravios, creo conveniente dejar aclarado que el edificio de la calle Aráoz no se halla afectado al régimen de la ley de propiedad horizontal 13.512, por lo menos no lo estaba hasta época reciente, pues falta la pertinente inscripción del reglamento de copropiedad en el registro inmobiliario. Los ocupantes de las unidades son simples adquirente con boleto de compraventa, sin la titularidad del dominio, pero ocupan y tienen la posesión de sus respectivas unidades (artículos 2351 y 2355, apartado 2º, del Código Civil), pagan expensas comunes, tres de ellos actúan como administradores, existe un proyecto de reglamento de copropiedad y administración, y los comuneros han instituido un consorcio a semejanza del que prevé el artículo 9º de la ley 13.512, aunque el edificio no tiene todavía *status* de propiedad horizontal.

En el proceso de mutación de un inmueble del dominio típico al sistema complejo de la propiedad por pisos o departamentos, suelen darse situaciones intermedias que no encuadran exactamente en esas figuras jurídicas, de modo que los problemas que se suscitan deben ser resueltos a la luz de los principios tradicionales en cuanto sean compatibles con los de la nueva

legislación. En ese sentido la ley 13.512, al instituir una forma de propiedad extraña a los moldes clásicos, proporciona al intérprete elementos idóneos para adecuar las viejas normas a los nuevos problemas que directa o indirectamente ella suscita (v. sala D, Rev. La Ley, t. 99, p. 126).

Desde que las promesas de venta que suscribieron las partes y los demás adquirentes se realizaron bajo el régimen de la propiedad horizontal y con el fin de constituir un consorcio, aún no concretado, no cabe duda que existe una relación jurídica nacida de una comunidad de derechos o intereses que crea entre los comuneros obligaciones recíprocas, similares a las que aparecen reguladas en la ley 13.512. Esta circunstancia justifica la aplicación analógica de dicha ley, de acuerdo con lo prescripto en el artículo 16 del Código Civil (v. sala D, F. D., t. 16, p. 347 —Rev. La Ley, t. 124, p. 897— conf. H. Racciatti, nota en Rev. La Ley, t. 83, p. 124, n° IV).

3°) Va dicho con esto que las disposiciones de los artículos 6° y 15 de la ley 13.512 son aplicables a la situación que aquí se plantea, particularmente en cuanto prohíben a los propietarios perturbar “de cualquier manera” la tranquilidad de los vecinos y proporcionan a la parte afectada los medios de hacer cesar la infracción y sancionar al infractor. Por otra parte, en función de lo dispuesto en el artículo 28 de la ley 19.724, llamada de prehorizontalidad, sería aplicable la cláusula 5ª del proyecto de reglamento, que obliga a los propietarios a permitir el acceso a sus respectivos departamentos “a las personas que deban realizar inspecciones o trabajos de interés común”.

La cesación de la causa del perjuicio fue lograda por Iablonsky en el juicio sumarísimo a que antes aludí. Ahora pretende la reparación de los sufrimientos mo-

rales que padeció durante el largo tiempo que su convecino impidió el acceso a su departamento a los operarios encargados de efectuar los arreglos necesarios. Repárese que el fundamento de la acción indemnizatoria, como bien lo señala el juez, no estriba en el hecho de haberse producido filtraciones —hecho corriente en la vida de un consorcio— sino en la resistencia injustificada a corregir el desperfecto, o permitir que otros lo hicieran.

4º) En su extenso y fundado memorial de agravios el demandado ataca el fallo en recurso porque hace derivar su responsabilidad del artículo 1109 del Código Civil, cuando, a su juicio, las relaciones entre las partes atinentes a los hechos controvertidos son de carácter contractual. Cualquiera sea el acierto de esa crítica, en el caso se torna puramente teórica, porque el *a quo*, en subsidio, hace funcionar el artículo 522 que autoriza la reparación del agravio moral en los supuestos en que la responsabilidad emana del contrato.

Daré pues al caso el emplazamiento legal que desea el demandado, a fin de no entrar en innecesarias disquisiciones, dado que a la postre la decisión no ha de variar.

5º) Para excusar su responsabilidad arguye que las filtraciones por desperfectos en las cañerías no fueron ocasionadas por él, y que por ser los caños partes comunes del edificio el arreglo estaba a cargo de los administradores del consorcio, entre los cuales figura el actor. Este argumento lleva en sí varias afirmaciones que considero equivocadas. Por de pronto, la responsabilidad de que se trata no emana de la rotura de las cañerías sino de la resistencia del demandado a permitir su reparación. Desde otro ángulo, es dudoso que el origen de las filtraciones hayan sido fallas de las cañerías, pues aunque así lo afirma el testigo Miranda,

el perito que se expide a fojas 66/70 del juicio sumarísimo se inclina a pensar que fueron provocadas por desborde del lavarropas o la pileta de lavar. En el primer caso, habría correspondido a los administradores del consorcio la reparación del desperfecto, por tratarse de partes comunes al inmueble (artículo 2º, ley 13.512), pero lo cierto es que no pudieron hacerlo porque no se les permitió. La culpa que por tal motivo el recurrente atribuye con reiteración al actor, es obvio que no pudo existir, pues mal puede imputársele omisión culposa de un hecho de imposible ejecución y la imposibilidad no deriva de culpa del deudor (argumento artículos 627 y 688, del Código Civil).

El viaje del demandado al extranjero durante casi 2 meses (informe de fojas 88 y declaración de fojas 106), carece de relevancia como causa exculpatoria, dado que la resistencia a permitir los arreglos se prolongó por un año y medio. De todos modos, durante su ausencia debió dejar las llaves del departamento a persona de su confianza, para prevenir hechos como el ocurrido. El testigo Miranda explica que cuando por primera vez intentó efectuar las reparaciones en el cuarto piso una señora se lo impidió. Es curioso que se pretende restar mérito a esa declaración, toda vez que la oposición del demandado es un hecho irrefutable, abonado por categóricas pruebas que obran en ambos procesos. El propio Anszelowiez lo admite implícitamente cuando en sus agravios pretende cohonestar esa actitud con argumentos tan endeble como los relativos a su derecho a la intimidad, a los riesgos de la guerrilla subversiva, a su facultad de ejercer los derechos que emanan del dominio, etcétera.

El derecho a la intimidad (artículo 1071 bis) no se halla comprometido en absoluto en el presente caso. La ley prevé y repele la intromisión "arbitraria" en

la vida ajena perturbando de cualquier modo su intimidad, hipótesis extraña a la que aquí se plantea pues nada está más lejos de la arbitrariedad que el intento de evitar un mal grave e injusto. Si hubo alguna actitud arbitraria, como luego se verá, fue asumida por el demandado. Definido aquel derecho como el que permite sustraer la vida privada de la publicidad o de otras turbaciones, con las limitaciones impuestas por las necesidades sociales y los intereses públicos (v. Santos Cifuentes, *Los derechos personalísimos*, páginas 388 y siguientes, y nota en E.D., t. 57, p. 831), se advierte sin esfuerzo la esterilidad del propósito de buscar amparo en el artículo 1071 bis.

Por su intrascendencia, no me detendré en el argumento fundado en el temor a la guerrilla subversiva. Por otra parte, no se concibe que tras los reiterados pedidos de acceso al departamento, el demandado se alarmase por la presencia de un "desconocido", el constructor Riwilis, que lo visitó en su negocio enviado por los administradores del consorcio.

La invocación de sus derechos de dueño del departamento para justificar la oposición, importa un claro ejercicio abusivo de sus prerrogativas jurídicas, pues contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocerles (artículo 1071). Los derechos deben ejercitarse rectamente y en función de su finalidad. Cuando se les desvía de su verdadero espíritu dejan de estar tutelados por el ordenamiento jurídico. Las restricciones al dominio son de la esencia del régimen estatuido por la ley 13.512, al punto de que sin ellas no se concibe el sistema. Sobre este punto me remito a anteriores pronunciamientos (Revista La Ley, t. 102, p. 450; t. 113, p. 631; E.D., t. 6, p. 986; t. 16, p. 323; Revista La Ley, t. 121, p. 1; E.D., t. 22, p. 758; Revista La Ley, t. 129, p. 880, E.D., t. 38, p. 233, entre otros). El derecho de propie-

dad importa aquí cada vez menos la idea de uso y goce ilimitados y la máxima *qui suo jure utitur namioem ledit* ha dejado de tener aplicación.

Finalmente, rechazo por nimio y superficial el argumento de que cuando intervino personalmente en el proceso anterior la cuestión estaba ya planteada y la prosiguió por consejo de su letrado. Lo mismo cabe decir de la alegada situación de enemistad entre las partes, o de la pretendida falta de interpelación, que existió y fue reiterada.

6º) Es pues un hecho irrefutable que el demandado se opuso tenazmente durante un año y medio a facilitar la manera de suprimir las filtraciones. Su resistencia se manifestó igualmente frente al requerimiento de Obras Sanitarias de la Nación, con posterioridad al 18 de junio de 1973, ya reintegrado al país, y persistió a pesar de la sentencia que ordenó hacer las reparaciones, cuyo cumplimiento se efectuó con intervención del oficial de justicia.

En un caso muy similar al presente tuve oportunidad de señalar que la contumacia del infractor importa además de grave violación de la regla del artículo 6º inciso b) de la ley 13.512, el olvido de deberes esenciales que corresponden a quienes forman parte del régimen comunitario que dicha ley organiza, cuya inobservancia debe ser sancionada severamente, a fin de asegurar el buen funcionamiento de esa pequeña comunidad que es una casa dividida por pisos o departamentos (sala D, Revista La Ley, t. 113, p. 603 y E.D., t. 25, p. 673).

No cabe duda que la negativa del demandado fue deliberada, y con cabal conocimiento de los perjuicios materiales que ocasionaba. El *a quo* también admite que fue deliberada, pero entiende que los resultados de esa conducta no tienen por qué revestir la misma

intencionalidad (dolo), y la califica de culposa. Esto da pie al quejoso para sostener que la ausencia de dolo excluye la reparación del agravio moral, tema sobre el que más adelante volveré.

Por ahora me limito a dejar sentado que el presente es, a mi entender, un caso típico de dolo determinante de responsabilidad contractual. La intención de dañar es característica del delito civil (artículo 1072), pero no de la inejecución de las obligaciones por causa de dolo (artículo 506), como tampoco del dolo vicio del consentimiento (artículo 931). Como dice Lafaille, basta con que el deudor omita el cumplimiento en forma deliberada y consciente, porque entonces hay mala fe (Lafaille, *Tratado de las Obligaciones*, t. I, n° 174) y la mala fe es una de las características del dolo. Es necesario asimismo que el deudor tenga la posibilidad de cumplir y no quiera hacerlo, cualquiera sea el motivo que lo lleva a obrar de esa manera (v. Llambías, *Obligaciones*, t. I, nos. 147/8; v. también Busso, *Código Civil anotado*, t. III, páginas 241/2; Borda, *Obligaciones*, t. I, n° 81).

7°) Calificada así la conducta del demandado, corresponde ahora examinar lo relativo a la procedencia de la reparación del agravio moral, que el recurrente rechaza por considerar que no se dan los extremos del artículo 522 del Código Civil.

Trataré de seguir un orden en el tratamiento de los temas, que aparecen entremezclados en el extenso memorial del apelante, comenzando por el que alude al carácter excepcional de la reparación.

De la confrontación de los artículos 522 y 1078 (ley 17.711) se desprende según algunos que, mientras en los hechos ilícitos la reparación del daño moral es obligación ineludible del autor del hecho, en materia contractual la reparación puede o no ser concedida por

el juez, quien está facultado para apreciar libremente el hecho generador y las circunstancias del caso, e imponer al deudor o liberarlo de la obligación de indemnizar (conf. Borda, *La reforma de 1968 al Código Civil*, n° 132). Pero de ahí no se sigue que si la valoración de las circunstancias demuestra que el daño existe y la reparación es justa, el juez está facultado para denegarla. Hay, a lo sumo, una ampliación de apreciación, producto tal vez, como lo señaló en otra oportunidad (*La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968* en E.D., t. 66, p. 157, cap. XII), de la cautela con que se incorporó al Código, en materia contractual, una solución resistida por un sector de la doctrina y no aceptada en el derecho positivo de numerosos países. El mismo autor antes citado estima que, abierta esa puerta, los jueces no tardarán en conceder, con carácter general, la reparación del daño moral en todos los contratos en que se pruebe realmente su existencia.

8°) Indica el apelante que en esta materia la decisión judicial debe tomar en consideración “la índole del hecho generador de la responsabilidad” (artículo 522), y de ahí infiere que no habiendo obrado con dolo el demandado, la condena no se justifica.

Hay en esto un doble error. Por de pronto, para mí no cabe duda que la conducta del demandado está signada por el dolo (v. *supra* n° 6). Pero aunque así no fuera, la reparación sería igualmente admisible, porque la responsabilidad, sea contractual o extracontractual, no está limitada a los actos ejecutados con dolo, pues alcanza también a los obrados con culpa, y así resulta de los textos reformados y del espíritu de la reforma (v. sala A, E.D. t. 30, p. 748; t. 40, p. 452; t. 66, p. 161 voto del doctor Belluscio; sala B, E.D., t. 45, p.

568 —Rev. La Ley, t. 148, p. 121— sala D, E.D., t. 30, p. 441 —Rev. La Ley t. 138, p. 945, fallo 23.665-S— y *trab. cit.* en E.D., t. 66, p. 157, capítulos VI y VII).

Al establecerse en el artículo 522 que el juez tendrá en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad, no se ha querido discriminar entre actos cometidos con culpa, o con dolo, toda vez que la ley incluye a todos. Lo que ésta tiene en cuenta es la conducta del responsable, es decir, la entidad de la falta cometida, que puede revestir grados diversos, desde la maligna intención de causar un daño hasta la simple imprudencia. En función de esa gravedad se graduará la cuantía de la indemnización, cuyo carácter punitivo el demandado admite.

9º) Aparte de la contumacia del responsable, en el caso es dable señalar que el agravio sufrido por el actor no consistió, como se pretende, en una pequeña molestia que intenta explotar en su beneficio, pues padeció durante un año y medio, él y su familia, los efectos de las filtraciones, ante la indiferencia de quien tenía el deber de colaborar en la eliminación de esa fuente de perjuicio.

La idea de agravio moral no ha variado después de la reforma. La sustitución del artículo 1078, como es notorio, tuvo en vista otro propósito, pero no significó abandonar el criterio de que el daño moral es “el que se hace sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas”, según el texto del derogado artículo 1078 y la doctrina y jurisprudencia elaborada en su torno (conf. sala D, E.D., t. 51, p. 779 o J.A., 1974-21, p. 108, y E.D., t. 69, p. 377). Ese concepto es unitario y rige tanto para el daño que proviene de un hecho ilícito como del incumplimiento de una obligación (artículos 522, 1078 y 1099) pues en todos

los casos el agravio se proyecta sobre los intereses morales tutelados por la ley.

Los sinsabores que debió sufrir el actor al ver afectada la habitabilidad de la vivienda familiar, agravados por la angustiosa incertidumbre acerca del tiempo que se prolongaría esa situación, son los que habría padecido cualquier persona común, sensible a las acciones antijurídicas que lesionan legítimas afecciones y menoscaban el goce de los bienes, materiales o inmateriales. Digo esto para rebatir la intención que lleva a la 9ª posición puesta al actor en el pliego de fojas 103.

10ª) El recurrente invoca las reglas del *onus probandi* para sostener que el agravio moral no ha sido demostrado. Reiteradamente la jurisprudencia ha resuelto que la existencia de este daño no requiere prueba directa —muy difícil de hallar, por otra parte— pues habitualmente ha de surgir de los hechos mismos. Son las “circunstancias del caso”, según la fórmula del artículo 522, las que permiten formar convicción sobre su existencia y entidad. Las “situaciones objetivas”, al decir de Orgaz (*El daño resarcible*, nº 66) que presente el accionante como fundamento de su pretensión y las “situaciones objetivas” que oponga el responsable para destruir la presunción que emana de las anteriores, darán la pauta para admitir la certeza del daño. Y en la especie la prueba acumulada lleva a la conclusión de que el agravio existió.

11ª) Como el actor no reclamó indemnización por daños materiales, que expresamente excluyó, se aduce que faltando éstos no procede la reparación del agravio moral. El error es manifiesto. En primer lugar, en la demanda no se incluyeron daños patrimoniales porque, se dijo claramente, los gastos que demandara el arreglo serían soportados por el consorcio, lo que importa afir-

mar su existencia. Las pruebas pericial, notarial y de testigos producidas en ambos juicios, son terminantes en ese sentido.

Por otra parte, la ley admite expresamente en el artículo 1099 que la ausencia de daños materiales no entorpece la acción de reparación del agravio moral. Es cierto que la regla está referida a los casos de injuria y difamación, pero puede ser generalizada porque esa disposición, junto con las de los artículos 522, 1078 y 1088, regula lo relativo al agravio moral y es buena regla de hermenéutica interpretar el sentido de un precepto buscando soluciones coherentes dentro del sistema del que forma parte (v. sala D, E.D., t. 39, p. 502 —Rev. La Ley, t. 147, p. 685, fallo 28.947-S-). Advierte Orgaz que ninguna relación forzosa existe entre el perjuicio material y el moral, pues puede darse el caso de que distintas personas sean titulares de las respectivas acciones (*obra cit.*, n° 68). Es verdad que los supuestos que menciona este autor se refieren a los hechos ilícitos, pero el criterio es igualmente aplicable al daño moral de origen contractual, porque la naturaleza del perjuicio es siempre la misma, la lesión de un bien de contenido extrapatrimonial.

12°) Lo expresado hasta aquí me lleva a concluir que la sentencia debe ser confirmada.

Ambas partes se agravan por el monto de la condena, insuficiente para el actor y excesiva para el demandado. Para determinarla habré de atenerme, como dice la ley, a la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso, las cuales han sido precedentemente examinadas en detalle. Entre los factores a computar merece destacarse la conducta del demandado (v. sala C, voto en minoría del doctor Durañona y Vedia, en E.D., 1979, fallo 31.673 —Rev. La Ley, t. 1978-D, p. 648—), altamente reprochable.

porque actuó con indudable desprecio de reglas elementales de solidaridad y convivencia, con conocimiento del perjuicio que ocasionaba, oponiendo una contumaz e irrazonable resistencia a permitir los arreglos que eliminarían las filtraciones, oposición que se prolongó por un año y medio, provocando injustas angustias y sinsabores en el ánimo del demandante. Propongo elevar a \$ 500.000 el importe de la reparación.

Los intereses que la sentencia condena a pagar deben correr desde la fecha de notificación de la demanda en el proceso sumarísimo.

Por estos fundamentos, y los concordantes de la sentencia apelada, voto por su confirmación, con la salvedad expresada respecto del monto de la condena. Con costas al vencido por no existir mérito para eximirlo de su pago (artículo 68, Código Procesal). Los honorarios regulados deben adecuarse al resultado de este pronunciamiento (artículo 279, ídem).

En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma, con costas, la sentencia de fojas 163/66 en lo principal que decide, y se eleva a \$ 500.000 el importe de la condena.

Los intereses correrán desde la fecha de notificación de la demanda en el juicio sumarísimo. *Néstor D. Cichero, Jorge F. Eliess, Marcelo Padilla* (Sec.: Juan C. G. Dupuis).

2. EL ESPIRITU QUE EXIGE LA VIDA EN UNA PEQUEÑA COMUNIDAD HABITACIONAL. INDIVIDUALISMO Y COMUNITARISMO. MI INTIMIDAD. MI DOMINIO. MIS TEMORES.

Hay sentencias que son verdaderas lecciones de derecho y nada más. Otras, como la que comentamos, son

a la vez, lección de derecho y de vida. El voto del juez Cichero responde a una clara concepción política; a una firme decisión “de organizar la vida de la comunidad conforme a un ideal de vida”.

Una casa de departamentos, como vivienda comunitaria, plantea una problemática jurídica y social diferente a la que origina una vivienda individual. Puede ello pasar inadvertido durante un tiempo, incluso para quienes viven allí, hasta que hechos como los que originaron la acción juzgada en la especie ponen de manifiesto las peculiaridades.

El demandado, que en una causa anterior se negara a permitir el acceso a su unidad —departamento— para efectuar los arreglos necesarios en las cañerías, que ocasionaban molestias al actor, se niega en la presente a reconocer que ha provocado un daño moral y, en consecuencia, debe repararlo.

Su planteo es muy simple: es mi casa y sólo entran las personas que yo quiero dejar entrar; es mi intimidad que debe ser respetada frente a cualquier evento; es mi propiedad con la cual hago lo que deseo, incluso dejarla cerrada durante un largo viaje, sin posibilidad alguna de acceder a ella terceras personas. Ello hace a mi tranquilidad y sólo así estoy libre de temores y desconfianzas.

3. LIMITES AL EGOISMO. RESTRICCIONES. EJERCICIO REGULAR DEL DERECHO

El juez Cichero expone con gran altura su lección de derecho y de vida. Explica que la convivencia en una casa de departamentos, esté o no sometida al régimen de la ley 13.512, no es posible, al menos de una manera pacífica, si no se piensa en el prójimo, en el vecino del costado, de arriba o abajo. Que el parámetro indi-

vidualista, del exclusivo interés personal, del egoísmo, de la comodidad propia, con total desconocimiento de la existencia de otros integrantes de una "pequeña comunidad", no puede encontrar acogimiento en el orden jurídico.

La intimidad se protege contra perturbaciones arbitrarias, no frente a molestias que son propias del tipo de vivienda que se habita; el dominio no admite un uso que encierra un claro desprecio por los comunes; la paz y la tranquilidad no son atacadas por fantasmas...

Lo que también puede expresarse diciendo que en el Derecho actúan dos principios: el de personalidad y el de comunidad. Ambos están dirigidos al mismo fin (realización social de la justicia) y han de estar presentes en cada norma, en cada institución.

4. EL DAÑO MORAL Y SU REPARACION. NOCION. LOS ARTICULOS 522 Y 1078. SUPUESTO CARACTER EXCEPCIONAL. CULPA Y DOLO. EL DAÑO MORAL CIERTO FRENTE A LA JUSTICIA Y LA EQUIDAD.

El tema del daño moral, interesadamente arrevesado y oscurecido, se muestra en el voto de Cichero con una diafanidad única.

¿Cuál es su noción? La del artículo 1078 derogado. En ese texto, vigente en sustancia, está una muy clara conceptualización.

¿Reparación o punición? La justicia es la que impone que el daño sea borrado, en la medida de lo posible, con una indemnización dineraria.

¿Los artículos 522 y 1078 consagran soluciones contradictorias? No hay tal cosa, muy por el contrario, exhiben una coincidencia en lo fundamental.

¿Supuesto carácter excepcional de la reparación? Ni de uno ni de otro texto se desprende tal excepcionalidad en la reparación del daño moral.

¿Sentencia de justicia o de equidad? Aquí radica la diferencia entre la reparación del daño moral en uno y otro ámbito; en lo aquiliano, extracontractual, o terreno de los actos ilícitos, el juez *debe* dictar una sentencia basada en la justicia; frente al incumplimiento de una obligación contractual *puede* condenar o no a la reparación, con base en la justicia y la equidad. Esta última “corrige” a la justicia en atención a las circunstancias del caso.

¿El artículo 522 faculta al juez a denegar la reparación del daño moral? Con sabiduría contesta Cichero que “si el daño existe y la reparación es ‘justa’ el juez no está facultado para denegarla”. Equivaldría a autorizar una sentencia injusta. Empero, agregamos, esta “justicia” no está prevista por el legislador; es el juez quien ejercitando la virtud de la prudencia debe resolverlo en equidad.

¿La referencia en el artículo 522 a “la índole del hecho generador” lleva a admitir la reparación sólo frente al incumplimiento doloso? No es así, “la ley incluye a todos”, los incumplimientos culposos y los dolosos. La norma no sienta un criterio rígido; no excluye a priori tales o cuales situaciones; deja un amplio campo a la labor judicial. Esta y otras normas similares expresan una confianza grande en los jueces (v. en el mismo sentido, nota al artículo 512, Código Civil).

¿La referencia en el artículo 1078, 1ª parte, al “agravio moral” importa excluir la reparación del daño moral en los cuasidelitos o ilícitos culposos? Menos aun, puesto que la voz *agravio* está usada como sinónimo de *daño*, según surge sin hesitación del párrafo segundo del artículo 1078.

¿Se requiere una prueba directa del daño moral? La demostración no ha menester de una prueba directa: son las "circunstancias del caso" las que permiten formar convicción sobre su existencia y entidad. Se desprende *in re ipsa*, del hecho mismo que lo causa.

En síntesis, una sentencia que por su buena ubicación axiológica y dogmática ha de perdurar en el recuerdo. Y un voto, el del juez Cichero, ejemplar.