

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL **CONTRATOS**

ALEJANDRO BORDA

3ª edición actualizada y ampliada

ALEJANDRO BORDA
ROBERTO ALFREDO MUGUILLO
WALTER FERNANDO KRIEGER
HUGO LLOBERA
EDUARDO BARBIER

THOMSON REUTERS

LA LEY



DERECHO
CIVIL Y COMERCIAL
CONTRATOS

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL CONTRATOS

3ª edición actualizada y ampliada

DIRECTOR
ALEJANDRO BORDA

AUTORES:
ALEJANDRO BORDA
ROBERTO ALFREDO MUGUILLO
WALTER FERNANDO KRIEGER
HUGO LLOBERA
EDUARDO BARBIER

THOMSON REUTERS
LA LEY

Derecho Civil. Contratos. 3ra. edición / Alejandro Borda...
[et al.]; dirigido por Alejandro Borda. - 3a ed. - Ciudad
Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2020.
1088 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3871-0

1. Derecho Civil. 2. Derecho de los Contratos. I. Borda, Ale-
jandro, dir.
CDD 346.02

© Alejandro Borda, 2020
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I, 2020
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 1140 ejemplares

ISBN 978-987-03-3871-0

SAP 42709929

Las opiniones personales vertidas en los capítulos de esta obra son privativas de quienes las emiten.

ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

CONTRATOS EN GENERAL

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

ALEJANDRO BORDA

§1.— Concepto.....	1. Definición; contrato, convención y convención jurídica, p. 3.— 2. La constitucionalización del contrato. Relación del derecho del contrato con la Constitución, p. 4.— 3. La importancia del contrato; su significación ética y económica, p. 5.— 4. Los derechos resultantes del contrato y el derecho de propiedad, p. 6.— 5. Metodología del Código Civil y Comercial en materia de contratos. Antecedentes. Legislación comparada, p. 6.— 6. Origen y evolución del derecho de los contratos. Derecho romano, p. 7.— 7. Código Napoleón. La concepción liberal del contrato. El dirigismo contractual. El análisis económico del derecho, p. 8
§2.— Naturaleza jurídica.....	8. Naturaleza jurídica del contrato. Ubicación del contrato en la teoría general del acto jurídico. Su distinción de la ley, el acto administrativo y la sentencia, p. 11.— 9. El contrato como fuente de obligaciones. Su distinción respecto de otras áreas del derecho civil, p. 12
§3.— Evolución del contrato.....	10. El contrato en el derecho contemporáneo. Opiniones acerca de su crisis, p. 14.— 11. La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria y el efecto relativo en la realidad de nuestro tiempo p. 17.— 12. Intervención del Estado en las convenciones de los particulares, p. 17.— 13. Contratos civiles y comerciales: unificación de sus normas en la doctrina y la legislación comparada. Antecedentes nacionales. Nuestro derecho positivo, p. 18.— 14. Contratos paritarios. Contratos por adhesión. Contratos de consumo, p. 19

CAPÍTULO II**CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS**

ALEJANDRO BORDA

15. La clasificación de los contratos. Distintos criterios, p. 23
- A.— Contratos unilaterales y bilaterales
 16. Concepto, p. 23.— 17. Consecuencias, p. 24.— 18. Crítica de esta clasificación, p. 24.— 19. El contrato plurilateral, p. 25
- B.— Contratos onerosos y gratuitos
 20. Concepto, p. 25.— 21. Consecuencias, p. 26
- C.— Contratos conmutativos y aleatorios
 22. Concepto, p. 27.— 23. Importancia, p. 27
- D.— Contratos formales y no formales
 24. Concepto; distintas clases de formas, p. 28.— 25. El carácter excepcional de la forma, p. 28
- E.— Contratos nominados e innominados
 26. Concepto, p. 29.— 27. Interés de la distinción, p. 29.— 28. Uniones de contratos y contratos mixtos, p. 29.— 29. a) Uniones de contratos, p. 30.— 30. b) Contratos mixtos, p. 30.— 31. Reglas aplicables a los contratos innominados, p. 31
- F.— Contratos de cumplimiento inmediato, diferido, sucesivo o periódico.
 El contrato de larga duración
 32. Concepto, p. 32.— 33. Contratos de larga duración, p. 33
- G.— Otras clasificaciones
 34. Contratos principales y accesorios, p. 34.— 35. Contratos de cambio y de asociación, p. 34.— 36. Contratos según su función económica y social, p. 34.— 37. Los contratos conexos, p. 35
- H.— Contratos consensuales y reales. Su desaparición
 38. Concepto, p. 37
- I.— Las llamadas relaciones contractuales de hecho
 39. Teoría de Haupt, p. 38

CAPÍTULO III**ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS.****EL CONSENTIMIENTO**

ALEJANDRO BORDA

40. Elementos de los contratos, p. 41
- §1.— Voluntad y declaración
 41. El problema de las divergencias entre la intención y la declaración de la voluntad, p. 42.— 42. Teoría de la voluntad, p. 42.— 43. Teoría

de la declaración de la voluntad, p. 43.— 44. Medios de manifestación del consentimiento, p. 44

§2.— Formación del contrato.....

A.— Oferta.....

45. Concepto, p. 44.— 46. Requisitos de la oferta, p. 45.— 47. Oferta alternativa, p. 46.— 48. Contrato plurilateral, p. 47.— 49. Duración de la oferta; revocación; caducidad, p. 47

B.— Aceptación.....

50. Concepto, p. 48.— 51. Modificación de la oferta, p. 48.— 52. Perfeccionamiento del contrato, p. 49.— 53. Oferta hecha a persona presente o por un medio de comunicación instantáneo, p. 49.— 54. Oferta hecha por mensajero, p. 49.— 55. Contratos por teléfono, p. 49.— 56. Contratos celebrados por fax y a través de sistemas informáticos, p. 50.— 57. Contratos celebrados por máquinas, p. 50.— 58. Retractación de la aceptación, p. 50

C.— Contratos entre ausentes

59. Momento en que se reputa concluido el contrato; distintos sistemas, p. 51.— 60. Sistema del Código Civil y Comercial, p. 51

D.— Acuerdos parciales.....

61. La teoría de la *punkttation*, p. 52.— 62. Los acuerdos parciales en el derecho argentino, p. 52.— 63. Valoración de los acuerdos parciales, p. 53.— 64. Aplicación de los acuerdos parciales, p. 54

E.— Contratos por adhesión

65. Noción, p. 54.— 66. Requisitos, p. 55.— 67. Cláusulas particulares, p. 55.— 68. Cláusulas abusivas, p. 56.— 69. Interpretación y control judicial, p. 56

CAPÍTULO IV

TRATATIVAS PRECONTRACTUALES

ALEJANDRO BORDA

§ 1.— Tratativas preliminares.....

70. La negociación contractual. Tratativas preliminares o *pour parler*, p. 57.— 71. Cartas de intención, p. 59.— 72. Acuerdos de confidencialidad, p. 59.— 73. La minuta, p. 60.— 74. Libertad de negociación y deber de buena fe, p. 60.— 75. La reparación del daño causado durante las tratativas preliminares, p. 62

§2.— Contratos preliminares

76. Contrato preliminar, p. 64.— 77. Promesa de celebrar un contrato, p. 65.— 78. Contrato de opción u opción contractual, p. 66

§3.— Pacto de preferencia y contrato sujeto a conformidad.....

79. Pacto de preferencia, p. 67.— 80. El pacto de preferencia es transmisible, p. 67.— 81. Situaciones particulares del pacto de preferencia,

p. 68.— 82. Vicisitudes del pacto de preferencia, p. 68.— 83. Contrato sujeto a conformidad, p. 69

CAPÍTULO V

CAPACIDAD

ALEJANDRO BORDA

84. La capacidad para contratar, p. 71.— 85. Capacidad de derecho, p. 72.— 86. Capacidad de ejercicio o de hecho, p. 73.— 87. Las personas por nacer, p. 73.— 88. Los menores de edad, p. 74.— 89. Los emancipados, p. 75.— 90. Los incapaces y las personas con capacidad restringida, p. 76.— 91. Los inhabilitados, p. 78.— 92. Los penados a pena privativa de la libertad mayor a tres años, p. 79.— 93. Los comerciantes fallidos, p. 80.— 94. Las inhabilidades para contratar, p. 80.— 95. Nulidad del contrato, p. 83.— 96. Legitimación para pedir la nulidad, p. 84.— 97. La ley que rige la capacidad para contratar, p. 84.— 98. Representación. Contrato consigo mismo, p. 84

CAPÍTULO VI

INEFICACIA DEL CONTRATO

ALEJANDRO BORDA

99. Ineficacia del contrato, p. 87.— 100. La nulidad del contrato y sus efectos entre las partes, p. 87.— 101. La nulidad del contrato y sus efectos respecto de terceros, p. 89

I — VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

102. Introducción. Remisión, p. 90

§1.— Error.....

103. Teoría de los vicios del consentimiento: crítica, p. 90.— 104. Error esencial y error accidental, p. 91.— 105. Error excusable e inexcusable, p. 92.— 106. Crítica de la teoría del error, p. 92.— 107. El error de expresión o “de pluma”, p. 96.— 108. La declaración hecha con espíritu de broma, p. 96.— 109. El error de derecho, p. 97

§2.— Dolo

110. Diversas acepciones de la palabra dolo, p. 97.— 111. Concepto y fundamento, p. 98.— 112. Dolo esencial, p. 98.— 113. Efectos del dolo esencial, p. 99.— 114. Dolo incidental, p. 99.— 115. Dolo de un tercero, p. 100

§3.— Violencia.....

116. Concepto y fundamento, p. 100.— 117. Elementos constitutivos de la violencia, p. 100.— 118. Efectos, p. 101.— 119. Violencia ejercida por un tercero, p. 101.— 120. Temor reverencial, p. 102

II — VICIOS DEL ACTO JURÍDICO

121. Introducción. Remisión, p. 102

§1.— Lesión.....

122. Planteo de la cuestión, p. 102.— 123. Concepto de lesión, p. 104.— 124. Requisitos de aplicación de la lesión, p. 105.— 125. Prueba de la explotación, p. 105.— 126. Contratos a los que puede aplicarse, p. 106.— 127. Acciones, p. 106.— 128. Obligaciones contraídas en estado de necesidad, p. 107

§2.— Simulación.....

129. Concepto, p. 108.— 130. Caracteres del acto simulado, p. 108.— 131. Simulación absoluta y relativa, p. 109.— 132. Simulación lícita e ilícita, p. 110.— 133. Actos fiduciarios, p. 110.— 134. La acción de simulación entre las partes, p. 111.— 135. El contradocumento, p. 112.— 136. Situación de los sucesores universales y de los representantes, p. 113.— 137. Situación de los terceros, p. 114.— 138. Efectos de la simulación entre las partes, p. 116.— 139. Efectos de la simulación respecto de terceros, p. 116

§3.— Fraude.....

140. Concepto, p. 117.— 141. Condiciones generales de la acción de declaración de inoponibilidad, p. 118.— 142. Situación de los actos jurídicos celebrados a título gratuito, p. 119.— 143. El acreedor del adquirente, p. 119.— 144. Acción dirigida contra un subadquirente, p. 119.— 145. Quiénes pueden intentar la acción de declaración de inoponibilidad, p. 120.— 146. Actos susceptibles de ser declarados inoponibles, p. 120.— 147. Efectos de la declaración de inoponibilidad, p. 120

III — VICIOS DE FORMA

148. Vicios de forma. Remisión, p. 121

CAPÍTULO VII

OBJETO

ALEJANDRO BORDA

149. Concepto, p. 123.— 150. Prestaciones que pueden ser objeto de los contratos, p. 123.— 151. La determinación del objeto, p. 124.— 152. La posibilidad del objeto, p. 125.— 153. La licitud del objeto, p. 126.— 154. La dignidad de la persona humana, p. 126.— 155. Concepto de moral y buenas costumbres, p. 126.— 156. ¿Solo las prestaciones susceptibles de valoración económica pueden ser objeto de los contratos?, p. 128.— 157. La energía y las fuerzas naturales susceptibles de apropiación, p. 129.— 158. Bienes futuros, p. 129.— 159. Bienes litigiosos o sujetos a gravámenes o medidas cautelares, p. 130.— 160. Bienes ajenos, p. 130.— 161. Pacto de herencia futura, p. 131

CAPÍTULO VIII**CAUSA**

ALEJANDRO BORDA

162. Diversos significados de la palabra *causa*, p. 133.— 163. La doctrina clásica, p. 133.— 164. La tesis anticausalista, p. 134.— 165. La doctrina moderna. El papel de la jurisprudencia, p. 134.— 166. Distinción entre móvil determinante y simples motivos, p. 136.— 167. La cuestión en nuestro derecho, p. 136.— 168. La causa en el Código Civil y Comercial, p. 137.— 169. Presunción de la existencia de causa, p. 137.— 170. Falta de causa y falsa causa, p. 138.— 171. Causa ilícita, p. 139.— 172. Actos abstractos, p. 139.— 173. La frustración del fin del contrato: remisión, p. 140

CAPÍTULO IX**FORMA DE LOS CONTRATOS**

ALEJANDRO BORDA

174. Cuestiones preliminares, p. 143.— 175. Noción de forma, p. 143.— 176. El principio de la libertad de las formas; formalismo antiguo y moderno, p. 144.— 177. Concepto; distintas clases de formas, p. 146.— 178. La forma como recaudo de publicidad, p. 146.— 179. Forma pactada, p. 147.— 180. La forma en las modificaciones contractuales, p. 147.— 181. Contratos que deben celebrarse en escritura pública, p. 148.— 182. Omisión de la escritura pública: efectos, p. 149.— 183. Ley que rige la forma de los contratos internacionales, p. 150

CAPÍTULO X**PRUEBA**

ALEJANDRO BORDA

184. Concepto, p. 153.— 185. Método del Código Civil y Comercial, p. 153.— 186. La prueba en el Código Civil y Comercial y en los Códigos Procesales: la cuestión constitucional, p. 154.— 187. Carga de la prueba, p. 154.— 188. Los medios de prueba, p. 154.— 189. Prueba de los contratos formales, p. 156.— 190. Principio de prueba instrumental, p. 157.— 191. Instrumento privado que altera el contenido de un instrumento público, p. 158.— 192. Prueba contra el instrumento privado o público, p. 158.— 193. Prueba del pago, p. 158.— 194. Límites al valor probatorio del recibo, p. 159.— 195. Modos de prueba, p. 160

CAPÍTULO XI**EFFECTOS DEL CONTRATO**

ALEJANDRO BORDA

196. Planteo general, p. 163

- §1.— Fuerza obligatoria del contrato y autonomía de la voluntad
 197. La fuerza obligatoria del contrato, p. 163.— 198. La autonomía de la voluntad, p. 165.— 199. Atenuación a la fuerza obligatoria de los contratos, p. 166.—200. La buena fe en los contratos, p. 168
- §2.— Partes contratantes y otros sujetos afectados.....
 201. Las partes contratantes, p. 169.—202. Los herederos o sucesores universales, p. 169.—203. Terceros: concepto, p. 171.—204. Los herederos de cuota, p. 172.—205. Los sucesores singulares, p. 172.—206. Los acreedores, p. 174.—207. Los terceros (*penitus extranei*), p. 175.—208. a) Contrato o estipulación a favor de terceros, p. 175.—209. b) El contrato a nombre del tercero, p. 178.—210. c) El contrato a cargo del tercero o promesa del hecho del tercero, p. 179.—211. d) Contrato para persona a designar, p. 180.—212. e) Contrato por cuenta de quien corresponda, p. 181

CAPÍTULO XII

CESIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL Y SUBCONTRATACIÓN

ALEJANDRO BORDA

- §1.— La cesión de la posición contractual
 213. Cuestión metodológica, p. 183.—214. Noción, p. 183.—215. Forma, p. 183.—216. Efectos, p. 184.—217. Defensas que pueden invocar el cedido y el cesionario, p. 185.—218. Las garantías dadas por el cedente, p. 185.—219. Las garantías dadas por terceros, p. 186
- §2.— La subcontratación
 220. Noción, p. 186.—221. Acciones, p. 187

CAPÍTULO XIII

EFFECTOS PARTICULARES

ALEJANDRO BORDA

- §1.— Excepción de incumplimiento
 222. Concepto y antecedentes históricos, p. 189.—223. Fundamento, p. 190.—224. Sujetos afectados, p. 190.—225. Retardo de la ejecución y ausencia de mora, p. 191.—226. Oportunidad para oponer la excepción. Prescripción, p. 191.—227. Naturaleza jurídica; efectos, p. 192.—228. Carga de la prueba, p. 192.—229. Condiciones de ejercicio, p. 193.—230. La tutela preventiva, p. 194
- §2.— Señal o arras
 231. Concepto, p. 194
- A.— Señal confirmatoria
 232. Concepto y casos, p. 195
- B.— Señal penitencial.....

233. Derecho de arrepentimiento, p. 195.— 234. Forma de manifestar el arrepentimiento, p. 196.—235. Oportunidad del arrepentimiento; concepto de principio de ejecución del contrato, p. 196.—236. Cláusula “como seña y a cuenta de precio”, p. 197.—237. Efectos de la seña, p. 197.—238. La llamada “reserva”, p. 198

§3.— Pacto comisorio o cláusula resolutoria
239. Concepto; antecedentes, p. 198

A.— Cláusula resolutoria implícita o pacto comisorio tácito
240. Régimen legal, p. 199

B.— Pacto comisorio expreso o cláusula resolutoria expresa.....
241. Régimen legal, p. 201

C.— Problemas comunes al pacto comisorio
242. Forma de la comunicación de la voluntad de resolver, p. 202.—
243. Restitución de las prestaciones. Excepciones, p. 202.—244. Incumplimiento por caso fortuito, p. 202.—245. Incumplimiento derivado del incumplimiento del que pretende resolver el contrato, p. 203.—246. Incumplimiento parcial, p. 203.—247. Culpa recíproca, p. 204.—248. Reparación del daño, p. 204.—249. *Ius variandi*, p. 204.—250. Efectos, p. 205

§4.— Obligación tácita de seguridad
251. Noción. Origen. Aplicaciones tradicionales, p. 206.—252. El impacto del Código Civil y Comercial, p. 206

CAPÍTULO XIV

OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO

ALEJANDRO BORDA

253. Obligación de saneamiento. Noción, p. 209.—254. Sujetos responsables, p. 209.—255. Cláusulas que amplían, reducen o eliminan la obligación de saneamiento, p. 211.—256. Responsabilidad por saneamiento y por daños, p. 212.—257. Pluralidad de bienes, p. 215

§1.— Evicción.....
258. Noción, p. 215

A.— Turbaciones de derecho causadas por un tercero.....
259. Recaudos, p. 216.—260. a) Turbación de derecho, p. 216.—
261. ¿Requisito de sentencia judicial?, p. 216.—262. b) Turbación de derecho proveniente de la ley, p. 217.—263. c) Título anterior o contemporáneo a la adquisición, p. 217.—264. La evicción resultante de un derecho de origen anterior a la transferencia y consolidado después, p. 217.—265. La evicción tiene lugar de pleno derecho, p. 218.—266. Quiénes tienen la acción de evicción y contra quiénes, p. 218.—267. Enumeración de los efectos de la citación por evicción ante la demanda promovida por un tercero,

- p. 218.—268. Defensa en juicio, p. 218.—269. Citación a juicio, p. 219.—270. Caso de enajenaciones sucesivas, p. 219.—271. Consecuencias de la falta de citación, p. 219.—272. Gastos de defensa, p. 220.—273. Distintas causas por la que se extingue la responsabilidad por evicción, p. 220.—274. Régimen de las acciones, p. 221.—275. Prescripción adquisitiva, p. 222
- B.— Reclamos fundados en derechos resultantes de la propiedad intelectual o industrial.....
276. Noción, p. 222
- C.— Turbaciones de hecho causadas por el enajenante.....
277. Concepto y alcances, p. 223.—278. Invalidez de la cláusula de no-garantía contra los hechos personales, p. 223
- §2.— Vicios redhibitorios
279. Concepto, p. 224.—280. Condiciones de existencia, p. 224.—281. Prueba, p. 226.—282. Entre quiénes existe la garantía, p. 226.—283. Acción redhibitoria; efectos entre las partes y respecto de terceros, p. 227.—284. Acción por subsanación del defecto, p. 227.—285. ¿Es indemnizable el daño extrapatrimonial?, p. 227.—286. Venta de varias cosas conjuntamente, p. 228.—287. Pérdida de la cosa, p. 228.—288. Venta en subasta, p. 228.—289. Ventas especiales: a prueba, sobre muestra, alternativa, p. 228.—290. Causales de cesación de la garantía, p. 229.—291. Cláusulas que modifican la garantía, p. 229.—292. Supuesto de ampliación convencional de la garantía, p. 229.—293. Caducidad y prescripción de las acciones, p. 230

CAPÍTULO XV

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

ALEJANDRO BORDA

- §1.— ¿Qué se interpreta en un contrato?
294. Cuestiones generales, p. 233.—295. a) Teoría de la voluntad íntima, p. 233.—296. b) Teoría de la declaración de la voluntad, p. 234.—297. c) Teorías eclécticas, p. 235.—298. La situación en la legislación argentina, p. 236.—299. Interpretar un contrato, ¿es una cuestión de hecho o de derecho?, p. 238
- §2.— Reglas de interpretación
300. Cuestiones preliminares, p. 239.—301. El principio general de la buena fe, p. 239.—302. La intención común, p. 241.—303. La interpretación restrictiva, p. 242.—304. La interpretación gramatical, p. 242.—305. La interpretación contextual o sistemática, p. 243.—306. El principio de la conservación del negocio, p. 244.—307. La naturaleza y finalidad del contrato, p. 244.—308. La conducta de las partes, p. 245.—309. Las circunstancias del caso, p. 246.—310. El principio de coherencia o confianza, o teoría de los actos propios, p. 246.—311. Expresiones oscuras, p. 247.—312. Los usos, prácticas

y costumbres sociales, p. 247.—313. La equidad, p. 248.—314. La interpretación integradora, p. 249.—315. La interpretación en los contratos de consumo, por adhesión y conexos, p. 250

CAPÍTULO XVI

EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

ALEJANDRO BORDA

§1.— Causales	
A.— Cumplimiento	
316. Cumplimiento, p. 253	
B.— Imposibilidad de cumplimiento.....	
317. Concepto, p. 253	
C.— Nulidad	
318. Noción, p. 254	
D.— Caducidad y prescripción.....	
319. Noción, p. 255	
E.— Confusión.....	
320. Noción, p. 256	
F.— Transacción	
321. Noción, p. 256	
G.— Renuncia.....	
322. Noción, p. 256	
H.— Muerte de las partes.....	
323. Planteo del tema, p. 256	
I.— Rescisión	
324. Rescisión bilateral. Concepto y efectos, p. 257.—325. Rescisión unilateral. Concepto y efectos, p. 257	
J.— Revocación.....	
326. Concepto y efectos, p. 258	
K.— Resolución.....	
327. Concepto y efectos, p. 259	
L.— Cuestiones comunes a la extinción del contrato por declaración de una de las partes.....	
328. Disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes, p. 260.—329. Operatividad de los efectos de la extinción por declaración de una de las partes, p. 261.—330. Restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes, p. 261	

- §2.— Teoría de la imprevisión.....
 331. Concepto y origen histórico, p. 261.—332. Diferencias con el caso fortuito, p. 262.—333. Aplicación de la teoría en nuestro derecho, p. 263.—334. Condiciones de aplicación, p. 263.—335. Efectos, p. 265
- §3.— Frustración del fin del contrato.....
 336. Nociones generales, p. 266.—337. Antecedentes. La norma legal, p. 267.—338. Efectos, p. 268
- §4.— Cláusula resolutoria
 339. Remisión, p. 269
- §5.— La emergencia económica
 340. Noción, p. 269

CAPÍTULO XVII

EL CONTRATO INTERNACIONAL

ALEJANDRO BORDA

341. Contrato internacional. Noción, p. 271.—342. La ley aplicable a la formación y a los efectos de los contratos paritarios, p. 271.—343. La jurisdicción aplicable a la formación y a los efectos de los contratos paritarios, p. 273.—344. Contratos sobre derechos reales, p. 274.—345. La ley y la jurisdicción aplicables a la formación y a los efectos de los contratos de consumo, p. 275

CAPÍTULO XVIII

CONTRATOS DE CONSUMO

- A.— El Contrato de consumo
 346. Las relaciones de consumo, p. 277.—347. Contrato de consumo. Concepto, p. 278.—348. El sistema argentino de protección del consumidor. Diálogo de fuentes. Principios, p. 283
- B.— Prácticas comerciales abusivas.....
 349. Definición, p. 285.—350. Protección frente a las prácticas abusivas, p. 287.—351. Derecho al trato digno, p. 287
- C.— Obligaciones de los proveedores.....
 352. Enunciación, p. 288.—353. Deber de información, p. 288.—354. La publicidad, p. 290.—355. Deber de seguridad, p. 291.—356. Deber de garantía, p. 292
- D.— Modalidades especiales de los contratos de consumo
 357. Introducción, p. 293.—358. Contratos celebrados fuera del local comercial, p. 293.—359. Contratos celebrados a distancia, p. 294.—360. Empleo de medios electrónicos, p. 294.—361. Lugar de cumplimiento de los contratos de consumo con modalidades especiales, p. 295.—362. Derecho de revocación, p. 296

- E.— Protección del consumidor
 363. Herramientas protectoras del consumidor, p. 297.—364. La protección frente a cláusulas abusivas, p. 297.—365. El daño punitivo, p. 299.—366. Garantías procesales, p. 302

CONTRATOS EN PARTICULAR

CAPÍTULO XIX

COMPRAVENTA Y PERMUTA

ALEJANDRO BORDA

I — CUESTIONES GENERALES DE LA COMPRAVENTA

- §1.— Noción y delimitación de la compraventa.....
 367. Concepto e importancia, p. 307.—368. Evolución; la cuestión de la transferencia de la propiedad, p. 308.—369. Caracteres, p. 309.—370. Aplicación supletoria de la compraventa a otros contratos, p. 309.—371. Comparación con otros contratos, p. 310.—372. a) Con la permuta, p. 310.—373. b) Con la cesión de derechos, p. 311.—374. c) Con la locación, p. 312.—375. d) Con el contrato de obra, p. 313.—376. e) Con la dación en pago, p. 314.—377. f) Con la donación con cargo, p. 314
- §2.— Capacidad.....
 378. Cuestiones generales, p. 315
- A.— Incapacidades de ejercicio.....
 379. Enumeración de los incapaces, p. 315.—380. Menores emancipados, p. 316.—381. Actos celebrados por incapaces; sanción de nulidad, p. 316
- B.— Incapacidades de derecho.....
 382. Enumeración, p. 317.—383. a) Los cónyuges entre sí, p. 317.—384. b) Padres, tutores y curadores, p. 318.—385. c) Albaceas, p. 318.—386. d) Los representantes voluntarios, p. 319.—387. e) Funcionarios públicos, p. 319.—388. f) Jueces, árbitros, mediadores y sus auxiliares, p. 320.—389. g) Abogados y procuradores, p. 321
- §3.— El consentimiento
 390. Aplicación de los principios generales; remisión, p. 321.—391. Las llamadas ventas forzosas, p. 321.—392. Forma y prueba, p. 322

II — ELEMENTOS PECULIARES DE LA COMPRAVENTA

- §1.— La cosa.....
- A.— Principios generales
 393. Condiciones para que la cosa pueda ser vendida, p. 324
- B.— Venta de cosa ajena
 394. El problema, p. 327.—395. Supuestos comprendidos, p. 327

- 1.— Efectos entre las partes.....
396. Distintas hipótesis, p. 328.— 397. Carácter de la nulidad, p. 330
- 2.— Efectos respecto del dueño.....
398. El principio de la inoponibilidad y sus excepciones, p. 330
- 3.— Consolidación de la venta
399. Distintos modos de consolidación, p. 331
- 4.— Venta de cosa parcialmente ajena.....
400. Principio, p. 331.— 401. Consolidación de la venta, p. 332
- C.— Venta de cosa futura.....
402. Distintos casos, p. 332.—403. Naturaleza jurídica de la venta de esperanza, p. 333.—404. Extensión de los riesgos tomados por el comprador, p. 333
- D.— Cosas sujetas a riesgos
405. Condiciones de validez de esta venta, p. 333
- §2.— El precio
406. Condiciones que debe reunir, p. 334.—407. a) Precio en dinero, p. 334.—408. b) Precio determinado o determinable, p. 335.—409. Precio fijado por las partes, p. 335.—410. Precio fijado por un tercero, p. 336.—411. Efectos de la fijación por el tercero, p. 336.—412. c) Precio serio y precio vil, p. 337.—412-1. El precio en la compraventa de cosas muebles, p. 337

III — OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

413. Enumeración, p. 338
- §1.— Obligación de entrega.....
A.— Conservación y custodia de la cosa.....
414. Contenido de esta obligación, p. 338.—415. Riesgos, mejoras y frutos, p. 339.—416. a) Riesgos, p. 339.—417. b) Mejoras, p. 340.—418. c) Frutos, p. 341.—419. d) Productos, p. 341.—420. Riesgos y mejoras en caso de mora del comprador, p. 341
B.— La entrega
421. Formas y modo, p. 342.—422. Entrega de documentación, p. 343.—423. Extensión de la obligación de entrega, p. 345.—424. Tiempo de la entrega, p. 345.—425. Lugar de la entrega, p. 346.—426. Gastos de la entrega, p. 347.—427. Consecuencias de la falta de entrega, p. 347
- §2.— Obligación de garantizar por evicción y vicios redhibitorios
428. Cuestiones generales. Remisión, p. 348
- §3.— Obligación de recibir el precio.....
429. La omisión legal, p. 349
- § 4.— Obligaciones en los contratos de consumo sobre cosas muebles no consumibles
430. Garantías por defectos o vicios de cualquier índole, p. 349.—431. Responsables de la garantía por defectos o vicios, p. 349.—432. Reparación no satisfactoria: consecuencias, p. 350.—433. Servicio técnico, p. 350

IV — OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

434. Enumeración, p. 350

- §1.— Obligación de pagar el precio
- A.— Reglas generales.....
435. Momento en que debe pagarse, p. 351.—436. Lugar del pago, p. 351.—437. Intereses, p. 352
- B.— Derecho de retener el precio
438. Ejercicio del derecho de retención, p. 352.—439. Temor fundado, p. 353
- § 2.— Obligación de recibir la cosa y los documentos vinculados al contrato ..
440. Tiempo y lugar, p. 353.—441. Consecuencias de que el comprador no reciba la cosa, p. 353.— 442. La obligación de recibir documentos, 441. 354.—443. Plazo para reclamar por defectos de la cosa, p. 354
- §3.— Obligación de pagar los gastos de recibo
444. Disposición legal, p. 354

V — MODALIDADES DE LA COMPRAVENTA

445. Regla general, p. 355

- §1.— Compraventa condicional.....
446. La condición, p. 355.—447. Condición resolutoria, p. 356.— 448. Condición suspensiva, p. 356.—449. Caso de duda, p. 357
- §2.— Compraventa a término.....
450. Distintos casos y remisión, p. 357
- §3.— Cláusula de no enajenar.....
451. Régimen legal, p. 357
- §4.— El pacto comisorio o la cláusula resolutoria
452. Remisión, p. 359
- §5.— Venta con pacto de retroventa.....
453. Concepto y naturaleza jurídica, p. 359.—454. Interés económico de este pacto; sus peligros, p. 360
- A.— Condiciones de validez.....
455. Enumeración, p. 360.—456. El precio a pagar, p. 361
- B.— El derecho de rescate.....
457. Quién puede ejercerlo, p. 361.—458. Pluralidad de vendedores, p. 362.—459. Contra quiénes se ejerce, p. 362.—460. Capacidad para ejercer el derecho de rescate, p. 363.—461. Extinción del derecho de rescate, p. 363
- C.— Efectos del pacto.....
- 1.— Efectos al vencimiento del plazo.....

462. Con relación al comprador, p. 363.—463. Con relación al vendedor, p. 364
- 2.— Efectos del ejercicio de rescate.....
464. Principio general, p. 364.—465. Obligaciones del rescatante, p. 364.—466. Obligaciones del comprador, p. 364.—467. Efectos respecto de terceros, p. 365
- §6.— Pacto de reventa.....
468. Concepto y régimen legal, p. 365
- §7.— Pacto de preferencia.....
- A.— Conceptos generales.....
469. Concepto y naturaleza jurídica, p. 366.—470. El derecho de preferencia es intransmisible, p. 367.—471. Es indivisible, p. 368.—472. Plazo para ejercer la preferencia, p. 368
- B.— Efectos.....
473. Obligación de avisar, p. 368.—474. Obligaciones del vendedor que hace uso de la preferencia, p. 368.—475. Caso en que el comprador no haya dado aviso, p. 369.—476. Venta hecha en pública subasta, p. 369
- §8.— Venta con pacto de mejor comprador
477. Concepto y naturaleza jurídica, p. 370.—478. Obligaciones del vendedor, p. 370.—479. Derecho de preferencia del comprador, p. 371.—480. Caso en que el comprador no haga uso de su derecho de preferencia, p. 371
- §9.— Venta con reserva de dominio
481. Concepto, p. 371.—482. Naturaleza jurídica, p. 371
- § 10.— Venta *ad gustum*
483. Concepto y naturaleza jurídica, p. 372.—484. Alcance de la facultad de probar, p. 372.—485. Plazo para hacer la degustación; aceptación tácita, p. 372.—486. Rechazo de la cosa gustada, p. 373
- §11.— Venta a satisfacción del comprador
487. Concepto y diferencia con la venta *ad gustum*, p. 373.—488. Régimen legal, p. 374
- §12.— Venta de cosas de calidad determinada
489. Concepto, p. 374.—490. Efectos, p. 375.—491. Venta según muestra, p. 376
- §13.— Venta por junto, o por cuenta, peso o medida.....
492. Concepto, p. 377
- §14.— Modalidades de la venta de inmuebles.....
- A.— Precio no convenido por unidad de medida de superficie
493. La venta de una fracción de tierra, p. 378.—494. Venta *ad corpus*, p. 379
- B.— Precio convenido por unidad de medida de superficie
495. Venta de inmueble a un precio por medida, p. 379.—496. Supuesto en que la superficie real es menor a la fijada en el contrato, p. 380

- C.— Compraventa de inmuebles en cuotas periódicas. La ley 14.005.....
 497. El problema, p. 380.—498. Forma y anotación en el registro, p. 381.—
 499. Efectos de la anotación del contrato en el registro, p. 382.—500. Respon-
 sabilidad de los mandatarios, p. 383
- §15.— Venta en comisión
 501. Remisión, p. 384
- §16.— Modalidades en los contratos de consumo.....
 502. Ventas domiciliaria, por correspondencia u otros sistemas de comunica-
 ción, p. 384.—503. Revocación de la aceptación, p. 385.—504. Prohibiciones,
 p. 385
- §17.— Otras cláusulas usuales
 505. Venta con cláusula pago contra documentos, p. 385.—506. Venta sobre
 documentos, p. 386.—507. Venta de cosas que no están a la vista, p. 387.—
 508. Venta por fardos o bajo cubierta, p. 387

VI — PROMESAS DE COMPRA O DE VENTA. BOLETOS DE COMPRAVENTA

- §1.— Promesas unilaterales de venta o de compra
 509. Promesa unilateral de venta, p. 388.—510. Promesa de compra, p. 389
- §2.— Boletos de compraventa
 511. Concepto y naturaleza jurídica, p. 389.—512. Efectos, p. 391.—513. Po-
 der para suscribir el boleto; forma, p. 391.—514. Cesión del boleto, p. 391.—
 515. La escrituración, p. 391.—516. Concurso o quiebra del vendedor antes
 de la escritura, p. 392.—517. Colisión entre el adquirente por boleto y acreedor
 que ha trabado cautelar, p. 393.—518. Colisión entre el adquirente por boleto
 y el acreedor hipotecario, p. 394

VII — PERMUTA

519. Concepto y régimen legal, p. 395.—520. Caracteres, p. 395.—521. Dis-
 posiciones especiales, p. 395

CAPÍTULO XX

SUMINISTRO

ROBERTO A. MUGUILLO

I — CONCEPTOS GENERALES

522. Antecedentes. Concepto, p. 399.—523. Importancia del contra-
 to y ventajas que conlleva, p. 399.—524. Naturaleza jurídica. Diferencias,
 p. 400.—525. Caracteres, p. 401

II — ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

526. Las partes, p. 402.—527. El objeto: i) La cantidad de cosas o servicios a suministrar, p. 403.—528. El objeto: ii) El precio, p. 406

III — CUESTIONES PARTICULARES

529. Plazo, p. 408.—530. Pacto de preferencia, p. 408.—531. Prueba, p. 410.—532. Suministro y cláusula de exclusividad, p. 410.—533. Normas supletorias, p. 412.—534. Responsabilidad laboral del suministrante y del principal, p. 412

IV — EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

535. Conclusión del contrato. Plazo determinado e indeterminado, p. 413.—536. Resolución del contrato de suministro, p. 414.—537. Suspensión del suministro, p. 415.—538. Prescripción de las acciones emergentes del suministro, p. 416

CAPÍTULO XXI**CONTRATO DE LOCACIÓN**

WALTER F. KRIEGER Y ALEJANDRO BORDA

I — CONCEPTOS Y ELEMENTOS

WALTER F. KRIEGER

- §1.— Conceptos generales.....
539. Definición, p. 419.—540. Importancia social, p. 419.—541. Caracteres, p. 420.—542. Comparación con otros contratos, p. 420.—543. Comparación con el usufructo, p. 424.—544. Naturaleza jurídica del derecho del locatario: ¿es personal o real?, p. 424
- §2.— Elementos del contrato.....
- A.— Consentimiento.....
545. Sobre qué debe recaer, p. 426.—546. Modalidades del consentimiento, p. 426.—547. Promesas de locación, p. 427
- 1.— Forma y prueba.....
548. Forma, p. 427.—549. Prueba, p. 428
- 2.— Capacidad.....
550. Capacidad de hecho, p. 428.—551. Incapacidades de derecho. Remisión, p. 429.—552. Condóminos, p. 429
- B.— La cosa locada.....
553. Cosas que pueden arrendarse: principio general, p. 429.—554. Cosas indeterminadas, p. 429.—555. Existencia de la cosa al tiempo de contra-

tar, p. 430.—556. Cosas futuras, p. 430.—557. Cosas fuera del comercio, p. 430.—558. ¿Pueden arrendarse los derechos?, p. 431.—559. ¿Puede arrendarse un fondo de comercio?, p. 431

1.— Locación de cosa ajena.....
560. Hipótesis en que se plantea el problema, p. 432.—561. Efectos con relación a las partes, p. 432.—562. Efectos con relación al verdadero propietario, p. 433

2.— Locación de cosa parcialmente ajena
563. Efectos, p. 434

C.— El precio.....
564. Determinación del precio, p. 435.—565. ¿Debe pagarse en dinero?, p. 435.—566. Forma de pago, p. 436.—567. Modificación del alquiler convenido, p. 436

D.— Causa
568. Uso ilícito o deshonesto como causa-fin del contrato, p. 436.—
569. Consecuencias de la ilicitud o inmoralidad de la causa-fin, p. 437.—
570. Frustración del fin, p. 437

§3.— Duración del contrato.....
571. Plazo máximo, p. 438.—572. Plazos mínimos, p. 438.—573. Plazos indeterminados en las locaciones de inmuebles, p. 440.—574. Resolución anticipada de las locaciones, p. 440.—575. Cesación del beneficio del plazo, p. 441

§4.— Transmisión de los derechos y obligaciones derivados de la locación.....

A.— Transmisión *mortis causa*.....
576. El principio, p. 441.—577. La persona que ha recibido del locatario ostensible trato familiar, p. 442

B.— Transmisión por actos entre vivos
578. Enajenación de la cosa locada, p. 442.—579. Condiciones de aplicación del artículo 1189, p. 443.—580. Excepciones a la regla del artículo 1189, p. 444

II — OBLIGACIONES DEL LOCADOR

WALTER F. KRIEGER

581. Enumeración, p. 444

§1.— Obligación de entregar la cosa.....
582. Cosas comprendidas en la obligación de entrega, p. 445.—583. Cosas no comprendidas en la obligación de entrega, p. 445.—584. Estado en que debe entregarse, p. 446.—585. Lugar de entrega, p. 447.—586. Tiempo de la entrega, p. 447.—587. Gastos de la entrega, p. 447.—588. Sanciones para el caso de incumplimiento de la obligación de entrega, p. 447

§2.— Obligación de mantener la cosa en buen estado

A.— Deterioros no derivados de caso fortuito o fuerza mayor.....

589. Distinción entre reparaciones y mejoras, p. 448.—590. Alcances de la obligación de mantener la cosa en buen estado, p. 448.—591. Supuesto del deterioro causado por el uso de la cosa, p. 448.—592. Sanciones en caso de incumplimiento; reparaciones urgentes y no urgentes, p. 449.—593. Oposición del inquilino a la realización de las reparaciones, p. 450
- B.— Destrucciones o deterioros derivados de caso fortuito o fuerza mayor.....
594. Distintas hipótesis, p. 451
- C.— Impedimentos al uso y goce de la cosa derivados de fuerza mayor....
595. Hipótesis legal, p. 452.—596. Caso fortuito que solo afecta el provecho, p. 452.—597. Derechos y obligaciones de las partes, p. 453
- §3.— Obligación de saneamiento.....
598. Concepto y fundamentos, p. 453
- A.— Garantía de evicción
599. Hechos del locador que importan turbación, p. 453.— 600. Sanciones para el caso de incumplimiento de esta obligación, p. 454.— 601. Obras de reparación hechas por el locador, p. 454.— 602. Obras que no son reparaciones, p. 455.— 603. Turbaciones de hecho causadas por terceros, p. 455.— 604. Turbaciones de derecho causadas por terceros, p. 456.— 605. Turbaciones del propietario vecino, p. 456.— 606. Obligación del locatario de notificar la turbación al locador, p. 457.— 607. Situación del locatario frente al turbador, p. 457.— 608. Turbaciones causadas por la autoridad pública, p. 457.— 609. Turbaciones causadas por otros locatarios, p. 458
- B.— Garantía por vicios redhibitorios.....
610. Los vicios redhibitorios en la locación, p. 458.— 611. Efectos de la existencia de vicios redhibitorios: derechos del locatario, p. 459
- §4.— Obligación de pagar mejoras.....
612. Régimen de mejoras, p. 460
- A.— Mejoras que el locatario puede realizar
613. Principio general, p. 460.— 614. Mejoras prohibidas por la ley o el contrato, p. 460
- B.— Mejoras que el locador está obligado a pagar
615. Distintos casos, p. 461
- 1.— Ausencia de convención sobre el pago de mejoras.....
616. Reglas generales, p. 461
- 2.— Existencia de convención.....
617. Reglas interpretativas, p. 462.— 618. Forma y prueba de la autorización para hacer mejoras, p. 462.— 619. Seguro de la cosa arrendada, p. 463.— 620. Cláusula de quedar las mejoras a beneficio de la propiedad, p. 463
- 3.— Derecho de retención
621. Principio, p. 463

- §5.— Obligación de pagar las cargas y contribuciones
 622. Gravámenes sobre la cosa y sobre el destino dado a la cosa, p. 464
- §6.— Obligación de restituir el depósito de garantía
 623. El principio, p. 464

III — OBLIGACIONES DEL LOCATARIO

WALTER F. KRIEGER

624. Enumeración, p. 464
- §1.— Obligación de usar y gozar la cosa conforme a su destino
 625. Concepto, p. 465
- A.— Uso estipulado en el contrato
 626. Prohibición de alterar el destino para el cual la cosa ha sido alquilada,
 p. 465.— 627. Uso abusivo, p. 466
- B.— Uso no estipulado.....
 628. Uso conforme a la naturaleza de la cosa y las costumbres; uso abusivo,
 p. 466
- C.— Destino mixto.....
 629. La regla, p. 467
- D.— Sanciones legales
 630. Sanciones por incumplimiento de esta obligación, p. 467
- §2.— Obligación de conservar la cosa en buen estado
 631. Concepto y remisión, p. 468
- A.— Deterioro culpable de la cosa.....
 632. Regla legal, p. 468.— 633. Sanción por el incumplimiento de esta
 obligación, p. 469
- B.— Abandono de la cosa
 634. Concepto de abandono, p. 469.— 635. Sanciones por el incumpli-
 miento de esta obligación, p. 470
- C.— Obras o mejoras prohibidas.....
 636. Obras y mejoras prohibidas, p. 470.— 637. Sanciones, p. 470
- D.— Reparaciones locativas.....
 638. Concepto: remisión, p. 470.— 639. Sanciones, p. 470
- E.— Mejoras estipuladas.....
 640. Sanciones, p. 471
- F.— Casos de exención de responsabilidad del locatario
 641. Distintas causales, p. 471
- §3.— Obligación de pagar los arrendamientos.....
 A.— De la obligación en general

642. Concepto, p. 472.— 643. Época del pago, p. 473.— 644. Lugar de pago, p. 473.— 645. Prueba del pago entre las partes y con relación a terceros, p. 473.— 646. Pago anticipado de alquileres frente a los acreedores del locatario, p. 474

B.— Garantías del pago del alquiler.....
647. Enumeración, p. 474

1.— Resolución del contrato por falta de pago.....
648. Norma legal, p. 474.— 649. Indemnización de daños, p. 474

2.— Derecho de retención.....
650. El artículo 2587, p. 475

3.— Acción ejecutiva
651. Garantía procesal, p. 475.— 652. Derecho de compensación, p. 476

§4.— Obligación de restituir la cosa
653. Noción y remisión, p. 477

§5.— Obligación de avisar ciertos hechos al locador.....
654. Hechos que deben ser puestos en conocimiento del locador, p. 477

§6.— La fianza en la locación
655. Extensión de la fianza, p. 477.— 656. Término del contrato de locación y fianza: hasta qué momento continúa obligado el fiador, p. 478.— 657. Las prórrogas o renovación del contrato, p. 478.— 658. La modificación del precio, p. 479.— 659. Nulidad de la cláusula que anticipadamente extiende la fianza, p. 479.— 660. Locaciones comprendidas por el artículo 1225, p. 479

IV — CESIÓN DE LA LOCACIÓN Y SUBLOCACIÓN

§1.— Generalidades.....
661. Concepto de cesión de la locación y sublocación: semejanzas y diferencias, p. 479.— 662. Sublocación de toda la cosa, p. 480.— 663. Derecho de ceder y sublocar, p. 481.— 664. Limitaciones al derecho de ceder y sublocar, p. 482.— 665. Derecho de prestar la cosa, p. 482.— 666. Cláusula prohibitiva de ceder o sublocar, p. 482.— 667. Transferencia del fondo de comercio y prohibición de ceder la locación, p. 482.— 668. Sanción para el caso de cesión o sublocación contra la prohibición contractual, p. 483.— 669. Situación del cesionario o sublocatario, p. 483

§2.— Efectos de la cesión
670. Relaciones entre cedente y cesionario, p. 484.— 671. Relaciones entre locador y locatario, p. 484.— 672. Relaciones entre locador y cesionario, p. 484

§3.— Efectos de la sublocación.....
673. Relaciones entre sublocador y sublocatario, p. 484.— 674. Relaciones entre locador y locatario, p. 485.— 675. Relaciones entre el locador y el sublocatario, p. 485.

V — CONCLUSIÓN DE LA LOCACIÓN

- §1.— Causales.....
 676. Causales, p. 486.— 677. Circunstancias que no extinguen la locación, p. 490
- §2.— Consecuencias de la conclusión de la locación.....
 678. Enumeración, p. 490
- A.— Restitución de la cosa
 679. Plazos para restituir la cosa, p. 490.— 680. Vía por la cual se puede exigir la restitución, p. 491.— 681. Estado en que la cosa debe ser restituida, p. 492.— 682. Recursos del locador si la cosa no se le entrega en buen estado, p. 492.— 683. Negativa del locador a recibir la cosa, p. 492.— 684. Pluralidad de locadores y locatarios, p. 492.— 685. Obligación complementaria de restitución, p. 493
- B.— Mejoras
 686. Mejoras cuyo pago corresponde al locador, p. 493.— 687. Mejoras que el locador no está obligado a pagar, p. 493
- C.— Conclusión de la sublocación
 688. Regla general, p. 494

VI — ARRENDAMIENTOS Y APARCERÍAS RURALES

ALEJANDRO BORDA

- §1.— Arrendamientos.....
- A.— Disposiciones generales
 689. Antecedentes legislativos, p. 494.— 690. Concepto y comparación con la aparcería, p. 495.— 691. Ubicación del predio, p. 497.— 692. Contratos excluidos, p. 497.— 693. Forma del contrato, p. 498.— 694. Registro de los contratos, p. 499.— 695. Plazos, p. 499.— 696. Incesibilidad del arrendamiento; principio y excepciones, p. 499.— 697. Transmisión *mortis causa*, p. 500.— 698. Bienes inembargables, p. 500.— 699. Estipulaciones prohibidas, p. 500.— 700. Desalojo por falta de pago o abandono injustificado del bien, p. 502
- B.—Obligaciones del arrendador
 701. Enumeración, p. 502
- C.— Obligaciones del arrendatario.....
 702. Enumeración, p. 503.— 703. Resolución del contrato por culpa del arrendatario, p. 504
- §2.— Aparcerías.....
- A.— Efectos.....
 704. Concepto, p. 504.— 705. Reglas del arrendamiento rural aplicables a este contrato, p. 505.— 706. Obligaciones del dador, p. 505.— 707. Obligaciones del aparcerero, p. 505.— 708. Sanción por incumplimiento de

las obligaciones, p. 506.— 709. Muerte o imposibilidad del aparcerero, p. 506.— 710. Venta del inmueble, p. 507.— 711. Prescripción, p. 507.— 712. Normas aplicables, p. 507

B.— Reglas especiales sobre aparcerías agrícolas
713. Distribución de los frutos, p. 507.— 714. Forma de retribución, p. 508.— 715. Vivienda, huerta y pastoreo, p. 508

C.— Reglas especiales para aparcerías pecuarias.....
716. Porcentaje de distribución de los productos, p. 508.— 717. Pérdida de animales, p. 508.— 718. Disposición del plantel y sus productos, p. 509.— 719. Plazo, p. 509.— 720. Gastos de cuidado y cría, p. 509

CAPÍTULO XXII

LEASING

ALEJANDRO BORDA

§1.— Nociones generales
721. Concepto, p. 511.— 722. Objeto, p. 511.— 723. Forma e inscripción registral, p. 512.— 724. Efectos del contrato, p. 513

§2.— Derechos y obligaciones de las partes
725. Derechos y obligaciones del dador, p. 515.— 726. Derechos y obligaciones del tomador, p. 516

§3.— Consecuencias del incumplimiento
727. Consecuencias del incumplimiento del tomador en el *leasing* inmobiliario, p. 517.— 728. Consecuencias del incumplimiento del tomador en el *leasing* mobiliario, p. 518

CAPÍTULO XXIII

CONTRATO DE OBRA Y CONTRATOS AFINES

WALTER F. KRIEGER, ALEJANDRO BORDA Y ROBERTO A. MUGUILLO

I — CONTRATO DE OBRA

WALTER F. KRIEGER

§1.— Conceptos generales
729. Concepto y terminología, p. 521.— 730. Caracteres, p. 521.— 731. Paralelo con otros contratos, p. 521.— 732. Objeto, p. 522.— 733. Los materiales; quién debe aportarlos y a quién pertenecen, p. 522

A.— Formación del contrato.....
734. Concursos o licitaciones, p. 523.— 735. Forma, p. 524.— 736. Prueba, p. 524.— 737. Documentación complementaria; hipótesis de contradicción entre distintas cláusulas, p. 524

- B.— Distintos sistemas de contratación de obras
 738. Sistemas más comunes en la ejecución de obras materiales,
 p. 525.— 739. Combinación de sistemas y norma de clausura, p. 527

II — OBLIGACIONES DE LAS PARTES

WALTER F. KRIEGER

- §1.— Obligaciones del constructor
 740. Enumeración, p. 528
- A.— Obligación de ejecutar la obra
 741. Modo de ejecución: principio general, p. 528.— 742. Ejecución de la obra por intermedio de terceros, p. 529.— 743. Sanciones por incumplimiento de esta obligación, p. 529
- B.— Informar al comitente sobre los aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida
 744. Alcances del deber de información, p. 531
- C.— Proveer los materiales adecuados y necesarios
 745. Alcances, p. 532
- D.— Usar diligentemente los materiales provistos por el comitente e informarle si esos materiales son impropios
 746. Alcances de la obligación, p. 532
- E.— Obligación de entregar la cosa en el plazo convenido
 747. Plazo pactado y no pactado, p. 532.— 748. Plazo inicial, p. 533.— 749. Modificación del plazo; trabajos adicionales, p. 533.— 750. Término supletorio no contractual, p. 533.— 751. Término insuficiente, p. 534.— 752. Sanciones para el caso de incumplimiento del plazo, p. 534.— 753. Obligación de entregar la cosa; recursos del comitente, p. 535.— 754. Lugar de la entrega, p. 535
- F.— Obligación de permitir el control del desarrollo de la obra por el comitente
 755. El derecho de control, p. 535.— 756. Consecuencias de la aceptación o rechazo de los materiales y trabajos, p. 536
- G.— Responsabilidad frente al comitente
 1.— Responsabilidad por destrucción o deterioro de la cosa durante la ejecución
 757. Caso en que el comitente pone los materiales, p. 536.— 758. Caso en que el contratista pone los materiales, p. 537
- 2.— Responsabilidad después de entregada la obra
 759. Ruina por vicios del suelo, p. 537.— 760. Regla legal, p. 538.— 761. Ruina de la cosa, p. 538.— 762. Plazo de garantía, p. 538.— 763. Defectos aparentes y ocultos, p. 539
- 3.— Reglas comunes a la ruina anterior o posterior a la entrega

764. La responsabilidad del contratista es contractual, p. 539.— 765. La responsabilidad es de orden público, p. 539.— 766. Carga de la prueba, p. 540.— 767. Responsabilidad del arquitecto, p. 540.— 768. Responsabilidad común del arquitecto y del constructor, p. 541.— 769. Distribución de la carga de la indemnización, p. 541.— 770. Caducidad y prescripción, p. 541

- 4.— Responsabilidad por el hecho de las personas ocupadas en la obra
771. Disposición legal, p. 541

§2.— Obligaciones del comitente
772. Enumeración, p. 542

A.— Pago del precio

- 1.— Modo de fijar el precio
773. Distintos modos de fijarlo, p. 542.— 774. Caso en que no se haya establecido el precio, p. 542
- 2.— Momento del pago
775. Caso en que el contrato no lo establece, p. 543.— 776. Caso en que el contrato lo establece, p. 543.— 777. Consecuencias de la falta de pago oportuno del precio, p. 543.— 778. Derecho de retención, p. 543
- 3.— Lugar del pago
779. Aplicación de las reglas generales, p. 544
- 4.— Revisión del precio
780. El problema, p. 544.— 781. Trabajos adicionales, p. 545.— 782. ¿Tiene derecho el comitente a ordenar trabajos adicionales?, p. 546
- 5.— Prescripción
783. Plazo legal, p. 547

B.— Obligación de cooperación
784. Contenido, p. 547.— 785. Sanciones nacidas del incumplimiento de esta obligación, p. 547

C.— Obligación de recibir la obra
786. Remisión, p. 548

D.— Obligación condicional de pagar a los obreros y proveedores de materiales contratados por el contratista
787. Condiciones para el ejercicio de esta acción, p. 548.— 788. Quiénes gozan de ella, p. 548.— 789. Prueba de los pagos hechos por el comitente al contratista; recibos privados sin fecha cierta, p. 549

§3.— Responsabilidad de las partes ante terceros
790. Responsabilidad del contratista y de otras personas que intervienen en la construcción, p. 549.— 791. Responsabilidad del comitente, p. 550

III — CESIÓN Y FIN DEL CONTRATO DE OBRA

WALTER F. KRIEGER

- §1.— Cesión y subcontratación
 792. Cesión del contrato de obra. Remisión, p. 551.— 793. Subcontratación. Remisión, p. 551
- §2.— Fin del contrato
 794. Enumeración, p. 551
- A.— Cumplimiento del contrato
 1.— Recepción de la obra
 795. Diligencias previas; la verificación, p. 552.— 796. Aceptación y recepción, p. 552
 2.— Efectos de la recepción
 797. Recepción de la obra sin reservas, p. 552.— 798. Recepción provisoria, p. 554
- B.— Desistimiento del comitente
 799. Derecho del comitente a desistir del contrato, p. 554.— 800. Indemnización que se le debe pagar al contratista, p. 555
- C.— Muerte, desaparición y falencia
 1.— Muerte del contratista
 801. Resolución del contrato, p. 555.— 802. Continuación de la obra por los herederos, p. 556.— 803. Efectos de la resolución del contrato, p. 556
 2.— Desaparición del empresario
 804. Desaparición del empresario y abandono de la obra, p. 556
 3.— Quiebra
 805. Quiebra del contratista, p. 557.— 806. Quiebra del comitente, p. 557
- D.— Imposibilidad del contratista de hacer o terminar la obra
 807. Concepto de imposibilidad, p. 558.— 808. Efectos de la imposibilidad, p. 558.— 809. Imposibilidad temporaria; efectos, p. 559
- E.— Inejecución de las obligaciones por una de las partes
 810. El pacto comisorio es tácito en el contrato de obra, p. 559
- F.— Voluntad unilateral de las partes en las obras encargadas por piezas o medidas
 811. Solución legal, p. 560

IV — CONTRATOS AFINES A LA OBRA

- §1.— Contrato de edición.....

ALEJANDRO BORDA

- A.— Nociones generales.....

812. Concepto, p. 560.— 813. Objeto, p. 561.— 814. Naturaleza jurídica, p. 562.— 815. Caracteres, p. 563.— 816. Forma y prueba, p. 563	
B.— Efectos.....	
1.— Derechos y obligaciones del autor	
817. Derechos, p. 564.— 818. Obligaciones, p. 565	
2.— Derechos y obligaciones del editor	
819. Derechos, p. 566.— 820. Obligaciones, p. 566	
C.— Cesión del contrato.....	
821. Remisión, p. 567	
D.— Fin del contrato	
822. Distintas causales, p. 567	
§2.— Contrato de representación pública	

ALEJANDRO BORDA

A.— Generalidades	
823. Concepto, p. 568.— 824. Naturaleza jurídica, p. 569.— 825. Formación del contrato, p. 569	
B.— Efectos del contrato	
1.— Derechos y obligaciones del autor	
826. Derechos, p. 569.— 827. Obligaciones, p. 570	
2.— Derechos y obligaciones del empresario	
828. Derechos, p. 570.— 829. Obligaciones, p. 570	
3.— Cesión del contrato	
830. El principio, p. 571.— 831. Retransmisión de la obra, p. 571	
C.— Fin del contrato.....	
832. Aplicación de las reglas del contrato de edición, p. 572	
D.— El contrato con los intérpretes.....	
833. Naturaleza jurídica; protección del derecho del intérprete, p. 572	
§3.— Contrato de espectáculo	

ALEJANDRO BORDA

834. Concepto, p. 573.— 835. Naturaleza jurídica, p. 574.— 836. Forma y prueba, p. 574.— 837. Derechos y obligaciones del espectador, p. 574.— 838. Derechos y obligaciones del empresario, p. 575.— 839. Responsabilidad por los daños ocurridos con motivo del espectáculo, p. 575	
§4.— Contrato de publicidad	

ROBERTO A. MUGUILLO

A.— Cuestiones generales.....	

840. Introducción. Origen histórico. Función de la publicidad, p. 576.—
841. Publicidad, propaganda y promoción, p. 576.— 842. Contrato de
publicidad, p. 577.— 843. Caracteres, p. 577.— 844. Naturaleza jurídica,
p. 578

B.— Elementos

845. Elementos del contrato de publicidad, p. 579.— 846. b) Consenti-
miento, p. 579.— 847. c) Objeto, p. 580.— 848. d) Plazo, p. 581.— 849. e)
Forma y prueba, p. 582

C.— Derechos y obligaciones de las partes.....

850. Derechos y obligaciones de las partes, p. 583.— 851. a) Derechos y
obligaciones del anunciante, p. 583.— 852. b) Derechos y obligaciones del
empresario de publicidad, p. 584.— 853. c) Derechos y obligaciones del
titular del medio de comunicación, p. 585

D.— Cuestiones finales.....

854. Conclusión del contrato de publicidad, p. 586.— 855. Prohibición o
ilicitud publicitaria, p. 586.— 856. Publicidad comparativa, p. 589.—
857. Publicidad correctiva o corrección publicitaria, p. 589

CAPÍTULO XXIV

CONTRATO DE SERVICIOS

WALTER F. KRIEGER

§1.— Conceptos generales

858. Concepto, p. 591.— 859. Distinción con el contrato de trabajo,
p. 591.— 860. Paralelo entre otros contratos afines, p. 594.— 861. Carac-
teres, p. 596.— 862. Empleados y funcionarios públicos, p. 596

§2.— Obligaciones de las partes.....

863. Obligaciones del prestador de servicios, p. 596.— 864. Obligaciones
del usuario, p. 599

§3.— Extinción del contrato de servicios

865. Causales, p. 600

§4.— Contratos de servicios profesionales

866. Naturaleza jurídica, p. 601

A.— Servicios de abogados y procuradores.....

867. Remuneración, p. 603.— 868. Pacto de *cuota litis*, p. 603.— 869. Rup-
tura del contrato por voluntad unilateral del cliente, p. 604.— 870. Pres-
cripción, p. 605

B.— Servicios médicos.....

871. Responsabilidad profesional, p. 605.— 872. Carácter de la respon-
sabilidad civil de los médicos, p. 605.— 873. La importancia del consen-
timiento informado del enfermo, p. 607.— 874. La responsabilidad de
los sanatorios, clínicas, hospitales y obras sociales, p. 609.— 875. Con-
trato de medicina prepaga, p. 609.— 876. Honorarios fijados por con-
trato, p. 612.— 877. Determinación de honorarios no convenidos,

p. 612.— 878. Ruptura del contrato por decisión unilateral de las partes, p. 612.— 879. Prescripción, p. 613

- C.— Servicios de arquitectos, ingenieros y agrimensores.....
 880. Naturaleza jurídica, p. 613.— 881. Remuneración, p. 614.—
 882. Ruptura unilateral del contrato, p. 614.— 883. Prescripción, p. 615

CAPÍTULO XXV

TRANSPORTE

WALTER F. KRIEGER

- §1.— Nociones generales
 884. Evolución histórica y metodología del Código Civil y Comercial, p. 617.— 885. Definición y alcances, p. 617.— 886. El transporte “benévolo”, p. 618.— 887. Oferta al público, p. 618
- §2.— Transporte de personas
 888. Duración del contrato, p. 619.— 889. Obligaciones del transportista, p. 619.— 890. Obligaciones del pasajero, p. 620.— 891. Responsabilidad del transportista, p. 621.— 892. Responsabilidad por el equipaje, p. 622.— 893. Responsabilidad del pasajero, p. 623
- §3.— Transporte de cosas.....
 894. Partes, p. 623.— 895. Documentación, p. 624.— 896. Obligaciones del cargador, p. 625.— 897. Obligaciones del transportista, p. 625.— 898. Responsabilidad del transportista, p. 626.— 899. Responsabilidad del cargador, p. 627
- §4.— Extinción del contrato
 900. Extinción del contrato, p. 628

CAPÍTULO XXVI

MANDATO

HUGO LLOBERA

- §1.— Cuestiones generales.....
 901. Metodología, p. 629.— 902. Relación entre los conceptos de mandato y representación, p. 630.— 903. Antecedentes históricos, p. 632.— 904. Caracteres, p. 632.— 905. a) Forma, p. 632.— 906. b) Onerosidad, p. 633.— 907. Actos que pueden realizarse por mandato, p. 634
- §2.— Elementos del contrato.....
 908. Sujetos, p. 635.— 909. Consentimiento, p. 635.— 910. Capacidad, p. 636.— 911. Objeto, p. 638
- §3.— Tipos de mandato.....
 912. Mandato con representación, p. 638.— 913. Mandato sin representación, p. 639.— 914. Subrogación, p. 639
- §4.— Deberes del mandatario.....

915. Obligaciones del mandatario, p. 640.— 916. a) Empeño en el ejercicio, p. 642.— 917. b) Circunstancias sobrevinientes, p. 642.— 918. c) Conflicto de intereses, p. 642.— 919. d) Reserva, p. 643.— 920. e) Recepción de valores. Información. Exhibición de documentos, p. 643.— 921. f) Rendición de cuentas, p. 644.— 922. g) Prohibición de contratar en provecho propio, p. 645
- §5.— Deberes del mandante
 923. Obligaciones del mandante, p. 647.— 924. a) La extensión de la indemnidad, p. 648.— 925. b) El pago de la retribución, p. 649
- §6.— Contingencias del mandato
 926. Pluralidad de mandantes, p. 649.— 927. La relación entre el mandante y el tercero contratante, p. 650.— 928. Actuación del mandatario en caso de mandato a varias personas, p. 650.— 929. Sustitución del mandato, p. 651
- §7.— Fin del mandato
 930. Extinción del mandato, p. 653.— 931. Mandato irrevocable, p. 660.— 932. Mandato para ser cumplido después de la muerte del mandante, p. 660

CAPÍTULO XXVII

GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS SIN MANDATO

HUGO LLOBERA Y ALEJANDRO BORDA

- §1.— Noción previa sobre los llamados cuasicontratos
 HUGO LLOBERA
 933. Antecedentes históricos, p. 663
- §2.— Cuestiones generales de la gestión de negocios sin mandato
 HUGO LLOBERA
 934. Concepto, p. 663.— 935. Gestión de negocios y mandato tácito, p. 664.— 936. Requisitos de la gestión de negocios, p. 665.— 937. Naturaleza y fundamento, p. 666.— 938. Capacidad, p. 666
- §3.— Obligaciones del gestor
 HUGO LLOBERA
 939. Principio general, p. 667.— 940. a) Aviso, p. 667.— 941. b) Actuación en favor de la voluntad del dueño, p. 667.— 942. c) Información adecuada, p. 668.— 943. d) Rendición de cuentas, p. 668
- §4.— Responsabilidad del gestor
 HUGO LLOBERA
 944. Responsabilidad con relación al gestionado, p. 668.— 945. a) Responsabilidad por culpa, p. 668.— 946. b) Caso fortuito, p. 669.—

947. c) Delegación de la gestión, p. 670.— 948. d) Gestión conjunta, p. 671.— 949. Responsabilidad frente a terceros, p. 671

§5.— Obligaciones del dueño del negocio

HUGO LLOBERA

950. Enumeración, p. 672

§6.— Comparación con otras instituciones.....

HUGO LLOBERA

951. Con el mandato, p. 673.— 952. Con el enriquecimiento sin causa, p. 673

§7.— Conclusión de la gestión.....

HUGO LLOBERA

953. Causales, p. 674

§8.— Empleo útil.....

ALEJANDRO BORDA

954. Concepto, p. 674.— 955. a) Distinción con la gestión de negocios, p. 674.— 956. b) Distinción con el enriquecimiento sin causa, p. 674.— 957. Gastos funerarios, p. 675.— 958. Gastos en beneficio de la cosa de otro, p. 675

CAPÍTULO XXVIII

CONTRATO DE CONSIGNACIÓN

ROBERTO A. MUGUILLO

§1.— Cuestiones generales.....

959. Concepto, p. 677.— 960. Partes del contrato, p. 677.— 961. Naturaleza jurídica, p. 678.— 962. Diferencias con la compraventa, p. 678.— 963. Características, p. 678.— 964. Formación del contrato, p. 680

§2.— Derechos y obligaciones de las partes

965. Derechos y obligaciones de las partes, p. 681.— 966. Deberes y prohibiciones del consignatario, p. 681.— 967. Derechos del consignatario, p. 684.— 968. Obligaciones del consignante, p. 686.— 969. Derechos del consignante, p. 688

§3.— Cuestiones finales

970. Duración y extinción del contrato, p. 688.— 971. Contrato de consignación y contrato estimatorio, p. 689

CAPÍTULO XXIX**CORRETAJE**

ROBERTO A. MUGUILLO

- §1.— Cuestiones generales.....
972. Nociones generales, p. 691.— 973. Formación del contrato. Recaudos para ejercer el corretaje, p. 692.— 974. Caracteres, p. 692
- §2.— Derechos y obligaciones de los corredores.....
975. Facultades de los corredores, p. 693.— 976. Deberes de los corredores, p. 694.— 977. Prohibiciones de los corredores, p. 695.— 978. Derechos de los corredores, p. 696.— 979. Recupero de gastos, p. 697
- §3.— Cuestiones complementarias.....
980. Cláusulas especiales, p. 697.— 981. Actuación de una persona jurídica, p. 698

CAPÍTULO XXX**DEPÓSITO**

WALTER F. KRIEGER

- §1.— Nociones generales.....
982. Concepto, p. 699.— 983. Objeto, p. 699.— 984. Caracteres, p. 700.— 985. Distinción con otros contratos, p. 700.— 986. Distinción con el comodato, p. 701.— 987. Diferencia con el mutuo, p. 701.— 988. Distintas categorías de depósito, p. 702.— 989. Depósitos no convencionales, p. 702
- §2.— Formación del contrato.....
A.— Capacidad.....
990. Principio general, p. 702
- B.— Forma y prueba.....
991. Forma, p. 702.— 992. Prueba, p. 703.— 993. Omisión de entrega de recibo, p. 703.— 994. Pérdida o destrucción del recibo, p. 703
- §3.— Efectos.....
A.— Obligaciones del depositario en el depósito regular.....
995. Enumeración, p. 704
- 1.— Obligación de guarda.....
996. Alcance y contenido, p. 704.— 997. Caso fortuito, p. 705.— 998. Gastos de conservación, p. 705
- 2.— Obligación de no hacer uso de la cosa.....
999. Alcance, p. 706
- 3.— Obligación de restitución.....
1000. Cómo debe hacerse la restitución, p. 706.— 1001. Responsabilidad de los herederos del depositario que han enajenado la cosa, p. 707.—

1002. A quién debe hacerse la restitución, p. 707.— 1003. Lugar y gastos de la restitución, p. 708.— 1004. Tiempo de la restitución, p. 708.— 1005. Prescripción de la acción de restitución, p. 708.— 1006. Compensación, p. 709.— 1007. Derecho de retención del depositario, p. 709	
4.— Obligación de guardar secreto.....	1008. Alcance, p. 709
5.— Obligaciones particulares de las casas de depósito.....	1009. Enunciación, p. 710
B.— Obligaciones del depositario en el depósito irregular	1010. Obligación de restitución, p. 710
C.— Obligaciones del depositante.....	1011. Enumeración, p. 711
§4.— Fin del depósito.....	1012. Distintas causas, p. 712
§5.— Depósito necesario.....	1013. Concepto, p. 713.— 1014. Régimen legal, p. 713
§6.— Depósitos en hoteles	1015. Lineamientos del régimen legal, p. 714.— 1016. Concepto de hotelero y de viajero, p. 714.— 1017. Objetos por los cuales responde el hotelero, p. 714.— 1018. Cosas de gran valor, p. 715.— 1019. Comienzo de la responsabilidad, p. 715.— 1020. Personas de cuyos hechos responde el hotelero, p. 715.— 1021. Eximentes de responsabilidad, p. 715.— 1022. Cláusulas de no responsabilidad, p. 716.— 1023. Prueba, p. 716.— 1024. Derecho de retención, p. 716
§7.— Contrato de garaje	1025. Naturaleza jurídica, p. 717.— 1026. Obligaciones emanadas del contrato, p. 717.— 1027. Responsabilidad del garajista, p. 718

CAPÍTULO XXXI

CONTRATOS BANCARIOS

EDUARDO BARBIER

§1.— Parte general.....	1028. Actividad y contratos bancarios, p. 719.— 1029. Transparencia de las condiciones contractuales, p. 720.— 1030. Régimen legal, p. 721.— 1031. Contratos bancarios con consumidores y usuarios, p. 724
§2.— Contratos bancarios en particular.....	1032. Introducción, p. 727.— 1033.I) Contratos relativos a operaciones pasivas, p. 727.— 1034.a) Depósito en dinero, p. 727.— 1035. b) Depósito a la vista, p. 728.— 1036. c) Depósito a plazo, p. 729.— 1037.d) Cuenta corriente bancaria, p. 729.— 1038.II) Contra-

tos relativos a operaciones activas, p. 733.— 1039. a) Préstamo, p. 733.— 1040. b) Descuento, p. 734.— 1041. c) Apertura de crédito, p. 734.— 1042. III) Contratos relativos a servicios bancarios, p. 735.— 1043. a) Servicio de caja de seguridad, p. 736.— 1044. b) La custodia de títulos, p. 737

CAPÍTULO XXXII

CONTRATOS CELEBRADOS EN BOLSAS O MERCADOS DE COMERCIO

ROBERTO A. MUGUILLO

1045. Introducción, p. 739.— 1046. Bolsas y mercados, p. 740.— 1047. Algunos contratos en bolsas o mercados, p. 741

CAPÍTULO XXXIII

CUENTA CORRIENTE Y CUENTAS SIMPLES O DE GESTIÓN

ROBERTO A. MUGUILLO

- §1.— Cuestiones generales.....
1048. Antecedentes. Noción, p. 745.— 1049. Objetivo y ventajas del contrato, p. 746.— 1050. Caracteres, p. 746.— 1051. Contenido, p. 748.— 1052. Plazos de operación, p. 749
- §2.— Contingencias
1053. Remesas, intereses, comisiones y gastos, p. 750.— 1054. La cláusula “salvo encaje”, p. 751.— 1055. Garantía de créditos incorporados, p. 752.— 1056. Vicisitudes de la cuenta. Embargo por terceros acreedores, p. 752.— 1057. Resúmenes de la cuenta corriente. Garantía del saldo. Acción de rectificación del saldo, p. 753.— 1058. Cobro ejecutivo del saldo de la cuenta corriente, p. 754
- §3.— Finalización del contrato
1059. Conclusión o extinción, p. 755.— 1060. Prescripción, p. 756.— 1061. Cuentas simples o de gestión. Diferencias con la cuenta corriente, p. 756

CAPÍTULO XXXIV

CONTRATOS ASOCIATIVOS

ROBERTO A. MUGUILLO

I — DISPOSICIONES GENERALES

1062. Introducción a estos contratos, p. 759.— 1063. Disposiciones generales a todos los “contratos asociativos”. Crítica, p. 761.— 1064. Caracteres, p. 761.— 1065. La normativa general para estos contratos,

p. 762.— 1066. La libertad de forma y contenido de estos contratos, p. 763.— 1067. Nulidad del vínculo de uno de los partícipes de estos contratos, p. 764.— 1068. Efectos de estos contratos, p. 764

II — NEGOCIOS EN PARTICIPACIÓN

1069. Definición, p. 765.— 1070. Partes, p. 766.— 1071. Dinámica del negocio y responsabilidades, p. 766.— 1072. Conclusión del negocio. Rendición de cuentas, p. 767

III — AGRUPACIONES DE COLABORACIÓN

1073. Definición y caracteres, p. 768.— 1074. Prohibición específica para las agrupaciones de colaboración, p. 768.— 1075. Forma y contenido del instrumento constitutivo, p. 769.— 1076. El fondo común operativo y la administración contable, p. 772.— 1077. Toma de decisiones dentro de la agrupación. Impugnación. Mediación. Cláusulas arbitrales, p. 773.— 1078. Obligaciones de la agrupación de colaboración y responsabilidad ante terceros, p. 775.— 1079. Exclusión de miembros y extinción del contrato, p. 776

IV — UNIONES TRANSITORIAS

1080. Antecedentes. Definición. Caracteres, p. 777.— 1081. Constitución, forma y contenido, p. 778.— 1082. Responsabilidad frente a terceros, p. 781.— 1083. Resoluciones, p. 782

V — CONSORCIOS DE COOPERACIÓN

1084. Antecedentes y definición, p. 783.— 1085. Características, p. 783.— 1086. Contenido del contrato, p. 784.— 1087. La administración y los deberes del representante, p. 786.— 1088. Extinción del contrato, p. 786

VI — INTERVENCIÓN JUDICIAL EN AGRUPACIONES DE COLABORACIÓN, UNIONES TRANSITORIAS Y CONSORCIOS DE COOPERACIÓN

1089. Intervención judicial, p. 787

CAPÍTULO XXXV

CONTRATO DE AGENCIA

HUGO LLOBERA

§1.— Disposiciones generales	
1090. Metodología, p. 789.— 1091. Aclaración respecto del contrato de distribución. La comercialización como género contractual,	

p. 789.— 1092. Definición legal, p. 791.— 1093. Las partes contratantes, p. 791.— 1094. Consentimiento, p. 792.— 1095. Condiciones personales del agente, p. 793.— 1096. Forma, p. 794.— 1097. La actividad del agente y el lucro, p. 794.— 1098. El rol del *preponente*, p. 795.— 1099. Vínculo duradero, p. 796.— 1100. Exclusividad, p. 797.— 1101. La colaboración entre las partes, p. 799.— 1102. Caracteres, p. 799.— 1103. El objeto del contrato, p. 799

§2.— Obligaciones de las partes

1104. Obligaciones del agente, p. 800.— 1105. Otras obligaciones del agente, p. 801.— 1106. Obligaciones del *preponente*, p. 802

§3.— Fin del contrato

1107. El plazo del contrato, p. 804.— 1108. La extinción del contrato, p. 804.— 1109. a) Rescisión, p. 805.— 1110. b) Resolución, p. 805.— 1111. Exclusiones a la regulación, p. 809

CAPÍTULO XXXVI

CONCESIÓN Y DISTRIBUCIÓN

HUGO LLOBERA

I — CONTRATO DE CONCESIÓN

1112. Concepto, p. 811.— 1113. Metodología, p. 812.— 1114. Autonomía del concesionario, p. 812.— 1115. Caracteres, p. 813.— 1116. Objeto del contrato, p. 815.— 1117. Derechos y obligaciones de las partes, p. 815.— 1118. a) Obligación implícita, p. 815.— 1119. b) La cláusula de exclusividad, p. 816.— 1120. c) Provisión, p. 817.— 1121. d) Información y formación, p. 817.— 1122. e) Repuestos y prestación de servicios, p. 818.— 1123. f) Pautas de desenvolvimiento, p. 818.— 1124. g) La marca, enseñas comerciales, elementos distintivos y la estructura empresarial, p. 818.— 1125. h) Subconcesionarios, agentes, intermediarios. Cesión del contrato, p. 818.— 1126. El plazo, p. 819.— 1127. Supuestos de excepción del plazo, p. 819.— 1128. La “retribución” del concesionario, p. 819.— 1129. Gastos de explotación, p. 820.— 1130. La extinción del contrato, p. 820

II — CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

1131. Concepto, p. 821.— 1132. Normas aplicables, p. 821.— 1133. Autonomía del distribuidor, p. 821.— 1134. Caracteres, p. 822.— 1135. Objeto del contrato, p. 823.— 1136. Extinción del contrato, p. 823.

CAPÍTULO XXXVII**FRANQUICIA**

HUGO LLOBERA

1137. Concepto, p. 825.— 1138. Caracteres, p. 826.— 1139. La autonomía de las partes, p. 827.— 1140. Condiciones requeridas al franquiciante, p. 827.— 1141. Terminología, p. 827.— 1142. Obligaciones del franquiciante, p. 828.— 1143. Obligaciones del franquiciado, p. 829.— 1144. Plazo, p. 830.— 1145. Exclusividad, p. 831.— 1146. Restricciones, p. 832.— 1147. Cláusulas nulas, p. 833.— 1148. Responsabilidad, p. 833.— 1149. Responsabilidad ante el franquiciado por defectos en el sistema, p. 835.— 1150. Responsabilidad por daños a los consumidores, p. 835.— 1151. Extinción del contrato, p. 835.— 1152. Alcances de la regulación legal, p. 836

CAPÍTULO XXXVIII**MUTUO**

ROBERTO A. MUGUILLO

1153. Antecedentes, p. 837.— 1154. Concepto, p. 838.— 1155. Caracteres, p. 838.— 1156. Comparación con otros contratos, p. 839.— 1157. Promesa de mutuo, p. 840.— 1158. Forma y prueba, p. 840.— 1159. Efectos, p. 841.— 1160. Aplicación supletoria de otras normas, p. 847.— 1161. Aplicación de las normas del mutuo a otros acuerdos, p. 847.— 1162. Prescripción, p. 848

CAPÍTULO XXXIX**COMODATO**

WALTER F. KRIEGER

- A.— Concepto general.....
 - 1163. Definición, p. 851.— 1164. Características, p. 851.— 1165. Comparación con la locación y con el usufructo, p. 852
- B.— Formación del contrato.....
 - 1166. Quiénes pueden ser comodantes, p. 852.— 1167. Capacidad, p. 853.— 1168. Objeto, p. 853.— 1169. Uso contrario a la moral y las buenas costumbres, p. 854.— 1170. Forma y prueba, p. 854.— 1171. Contratos prohibidos, p. 854
- C.— Obligaciones de las partes
 - 1172. Obligaciones del comodatario, p. 855.— 1173. Cosa hurtada o perdida, p. 856.— 1174. Pluralidad de comodatarios, p. 857.— 1175. Obligaciones del comodante, p. 857
- D.— Extinción del comodato
 - 1176. Restitución anticipada, p. 859.— 1177. Derecho del comodatario a restituir la cosa en forma anticipada, p. 859.— 1178. Destrucción de la cosa, p. 859.— 1179. Vencimiento del plazo, p. 860.— 1180. Muerte del

comodatario, p. 860.— 1181. Restitución por los herederos del comodatario, p. 860

CAPÍTULO XL

DONACIÓN

WALTER F. KRIEGER Y ALEJANDRO BORDA

- §1.— Nociones generales.....
 1182. El concepto en el Código Civil y Comercial, p. 861.— 1183. Liberalidades que no son donaciones, p. 862.— 1184. El *animus donandi*, p. 863.—1185. *Negotium mixtum cum donatione*, p. 863.—1186. Régimen de las liberalidades que no son donaciones, p. 864.— 1187. Caracteres, p. 865.— 1188. Promesa gratuita de bienes para después de la muerte, p. 865
- §2.— Elementos del contrato.....
 A.— Consentimiento.....
 1189. Requisito de la aceptación, p. 865.— 1190. Muerte del donante o del donatario antes de la aceptación, p. 866.— 1191. Donación hecha a varios donatarios, p. 866
 B.— Capacidad.....
 1192. Regla general, p. 866.— 1193. Incapacidades para donar, p. 868.— 1194. Incapacidad para recibir donaciones, p. 868.— 1195. Poderes para donar y aceptar donaciones. Los representantes legales, p. 869.— 1196. Donaciones entre convivientes, p. 870.— 1197. Momento en que debe existir la capacidad, p. 870
 C.— Objeto.....
 1198. Cosas que pueden ser donadas; principio general, p. 870.— 1999. Prohibición de donar los bienes futuros, p. 871.— 1200. Donación de cosa ajena, p. 871.— 1201. Donación de todos los bienes presentes, p. 871
 D.— Forma.....
 1202. Forma de las donaciones, p. 872.— 1203. Forma de la aceptación, p. 873
 E.— Prueba.....
 1204. Prueba de las donaciones solemnes, p. 873.— 1205. Prueba de las donaciones de cosas muebles no registrables, p. 874
- §3.— Efectos de las donaciones.....
 A.— Obligaciones del donante.....
 1206-1216. Obligación de entregar la cosa; los frutos, p. 874.— 1217. Pérdida o deterioro de la cosa, p. 875.— 1218. Acciones de que puede valerse el donatario, p. 875.— 1219. Garantía de evicción, p. 875.— 1220. Vicios ocultos, p. 876
 B.— Obligaciones del donatario.....
 1221. Principio, p. 876.— 1222. Obligación de gratitud; alimentos debidos al donante, p. 877.— 1223. Restitución de la cosa, p. 877.— 1224. Acciones del donante, p. 877.— 1225. Pago de las deudas del donante, p. 878.— 1226. Donación de un inmueble hipotecado, p. 878

- §4.— Diversas clases de donaciones
- A.— Donaciones por causa de muerte.....
 - 1227. Principio general, p. 878
 - B.— Donaciones mutuas.....
 - 1228. Concepto, p. 878
 - C.— Donaciones remuneratorias.....
 - 1229. Concepto, p. 879.— 1230. Régimen legal, p. 879
 - D.— Donaciones con cargo
- 1231. Concepto y régimen legal, p. 880.— 1232. Consecuencia de la inejecución del cargo, p. 880.— 1233. Cargos imposibles, ilícitos o inmorales, p. 881
- §5.— Inoficiosidad de las donaciones.....
- 1234. El problema; remisión, p. 881
- §6.— Reversión de las donaciones.....
- 1235. Donaciones condicionales; limitaciones derivadas del principio de la irrevocabilidad, p. 882.— 1236. Reversión por premoriencia del donatario, p. 882.— 1237. Beneficiarios, p. 882.— 1238. Forma de reversión, p. 883.— 1239. Alcance de la cláusula de reversión, p. 883.— 1240. Efectos de la reversión, p. 883.— 1241. Renuncia a la reversión, p. 884
- §7.— Revocación de las donaciones
- 1242. Casos en que el donante puede revocar la donación, p. 885
- A.— Revocación por inejecución de los cargos.....
 - 1243. Solución legal, p. 885
 - 1.— Acción de revocación
- 1244. Quiénes pueden demandar la revocación, p. 885.— 1245. Condiciones de ejercicio de la acción, p. 886.— 1246. Prescripción, p. 886
- 2.— Efectos de la revocación.....
- 1247. Respecto de las partes, p. 887.— 1248. Respecto de terceros, p. 887.— 1249. Respecto del beneficiario del cargo, p. 888.— 1250. Límites de la responsabilidad del donatario, p. 888
- B.— Revocación por ingratitud.....
- 1251. Fundamento, p. 889.— 1252. Donaciones que pueden revocarse por ingratitud, p. 889.— 1253. Causales que configuran ingratitud, p. 889
- 1.— Acción de revocación
- 1254. Quiénes pueden ejercerla, p. 891.— 1255. Contra quiénes puede dirigirse, p. 891.— 1256. Prescripción y caducidad. Renuncia, p. 891
- 2.— Efectos de la revocación.....
- 1257. Entre las partes, p. 892.— 1258. Respecto de terceros, p. 892

CAPÍTULO XLI**FIANZA**

ALEJANDRO BORDA

- §1.— Nociones generales
1259. Concepto, p. 893.— 1260. Caracteres del contrato, p. 894.—
1261. Comparación con otros institutos jurídicos, p. 894
- §2.— Elementos del contrato.....
A.— Sujetos.....
1262. Capacidad para ser fiador, p. 896
B.— Objeto
1263. Obligaciones que pueden afianzarse, p. 898.— 1264. Afianzamiento de obligaciones actuales o futuras, p. 898.— 1265. Obligaciones de otro fiador, p. 899.— 1266. Fianza general, p. 899.— 1267. Retracción de la fianza general, p. 900.— 1268. Prestaciones que pueden afianzarse, p. 901.— 1269. Nulidad de la obligación principal; afianzamiento de la obligación contraída por un incapaz, p. 902.— 1270. Límites de la obligación del deudor; principio y consecuencias, p. 902
C.— Forma y prueba.....
1271. Principio, p. 904
- §3.— Distintas clases de fianzas.....
1272. Régimen legal, p. 905
A.— Fianza convencional.....
1273. Fianza simple y solidaria, p. 905.— 1274. Cuándo la fianza es solidaria, p. 905.— 1275. Fiador principal pagador, p. 906
B.— Fianza judicial.....
1276. Concepto, p. 907
- §4.— Efectos de la fianza
A.— Entre fiador y acreedor
1277. Obligaciones y derechos del fiador, p. 907
1.— Beneficio de excusión.....
1278. Concepto y efectos, p. 908.— 1279. Supuesto de deudores principales solidarios, p. 908.— 1280. Fiador del fiador, p. 909.— 1281. Casos en que el fiador carece del beneficio de excusión, p. 909
2.— Beneficio de división.....
1282. Concepto y efectos, p. 910
3.— Excepciones que puede oponer el fiador
1283. Principio, p. 911.— 1284. Intervención en el juicio entre acreedor y deudor, p. 912
4.— Subsistencia del plazo otorgado al deudor
1285. La regla, p. 912

- B.— Relaciones entre el fiador y el deudor.....
 1286. Derecho del fiador a obtener garantías suficientes del deudor, p. 913.— 1287. Subrogación en los derechos del acreedor, p. 914.— 1288. Reclamo del fiador al deudor principal incapaz, p. 915.— 1289. Pago hecho por el fiador de codeudores solidarios, p. 916.— 1290. Obligación del fiador de comunicar al deudor el pago que hace, p. 916
- C.— Relaciones entre los cofiadores.....
 1291. Recurso en caso de pago, p. 917.— 1292. Excepciones que pueden oponer los cofiadores, p. 918
- D.— Efectos entre deudor y acreedor.....
 1293. Principio, p. 918
- §5.— Extinción de la fianza
 1294. Distintos supuestos, p. 918
- A.— Extinción por vía de consecuencia
 1295. Principio, p. 918.— 1296. Normas especiales, p. 919
- B.— Extinción directa.....
 1297. Principio, p. 921.— 1298. Causales especiales, p. 921.— 1299. Prescripción de la acción contra el fiador, p. 922

CAPÍTULO XLII

CONTRATOS ALEATORIOS

ROBERTO A. MUGUILLO Y WALTER F. KRIEGER

I — CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA

ROBERTO A. MUGUILLO

1300. Concepto y definición, p. 923.— 1301. Caracteres, p. 923.— 1302. Elementos, p. 924.— 1303. Distinción con otros contratos, p. 925.— 1304. Las partes del contrato, p. 926.— 1305. El objeto: el capital y la renta, p. 927.— 1306. Obligaciones que genera el contrato, p. 928.— 1307. Fin del contrato, p. 930

II — JUEGO Y APUESTA

WALTER F. KRIEGER

§1.— Nociones generales

1308. Concepto, p. 933.— 1309. El juego y su tratamiento legislativo, p. 933.— 1310. El juego y las apuestas en el Código Civil y Comercial, p. 934.— 1311. Distinción entre los juegos que originan una obligación civil (tutelados) y los que dan nacimiento a una obligación civil

no exigible (no prohibidos), p. 935.— 1312. Juegos organizados por el Estado, p. 936

§2.— Efectos.....

A.— Apuestas que confieren acción (juegos tutelados).....

1313. Potestad judicial, p. 936

B.— Apuestas que no confieren acción (juegos no prohibidos).....

1314. Principio general; deudas pagadas, p. 937.— 1315. Promesa de pago; novación, p. 938.— 1316. Pago con documentos, p. 938.— 1317. Documento a la orden, endosado a favor de un tercero, p. 938.— 1318. Pago con cheque; dación en pago, p. 938.— 1319. Compensación, p. 938.— 1320. Préstamos hechos a los jugadores, p. 939.— 1321. Mandato; gestión de negocios, p. 939

C.— Juegos prohibidos.....

1322. Efectos civiles, p. 939

D.— Loterías y rifas.....

1323. Loterías, p. 940.— 1324. Rifas, p. 940

E.— Suerte no empleada como juego o apuesta.....

1325. Recurso para decidir una división de condominio o cuestiones litigiosas o dudosas, p. 941

CAPÍTULO XLIII

CESIÓN DE DERECHOS Y CONTRATOS AFINES

ROBERTO A. MUGUILLO

I — CESIÓN DE DERECHOS

1326. Antecedentes. Definición. Nociones generales, p. 943.—1326-1. Cesión “en pago”, p. 945.— 1327. Caracteres del contrato y distinción de otras figuras, p. 946.— 1328. Capacidad, p. 947.— 1329. Objeto y contenido, p. 947.— 1330. Forma, p. 951.— 1331. Efectos. Obligaciones. Notificación, p. 953.— 1332. Cesión en garantía, p. 958

II — CESIÓN DE DEUDAS

1333. Cesión de deudas, p. 959

III — CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS

1334. Cesión de herencia, p. 960

IV — CESIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL

1335. Cesión de la posición contractual. Remisión, p. 961

V — CONTRATO DE FACTORAJE

1336. Nociones generales. Concepto, p. 961.— 1337. Características y diferencias, p. 962.— 1338. Formas que puede adoptar el contrato de factoraje, p. 962.— 1339. Contenido del contrato. Forma. Objeto. Principio de especialidad, p. 964.— 1340. Garantía de incobrabilidad, p. 965.— 1341. Deber de notificación al deudor cedido, p. 965.— 1342. Dinámica del contrato. Derechos y obligaciones de las partes, p. 966.— 1343. Imposibilidad de cobro del derecho cedido, p. 967.— 1344. Prescripción de las acciones derivadas del factoraje, p. 968

CAPÍTULO XLIV**TRANSACCIÓN**

ALEJANDRO BORDA

- A.— Cuestiones generales.....
1345. Concepto, p. 971.— 1346. Requisitos, p. 971.— 1347. Naturaleza jurídica, p. 972.— 1348. Caracteres, p. 972.— 1349. Capacidad, p. 972.— 1350. Representación convencional, p. 973
- B.— Objeto de la transacción.....
1351. Derechos que pueden ser objeto de transacción, p. 973
- C.— Forma y prueba.....
1352. Reglas generales, p. 975
- D.— Efectos.....
1353. Principios generales, p. 975.— 1354. Fuerza obligatoria: ¿importa la transacción cosa juzgada?, p. 975.— 1355. Limitaciones de los efectos de la transacción: entre quiénes se producen, p. 976
- E.— Nulidad.....
1356. En qué casos procede, p. 976

CAPÍTULO XLV**CONTRATO DE ARBITRAJE**

ROBERTO A. MUGUILLO

1357. Introducción, p. 979.— 1358. Distintas clases de arbitraje, p. 980.— 1359. Naturaleza jurídica, p. 982.— 1360. Definición legal del contrato de arbitraje, p. 983.— 1361. Controversias excluidas, p. 983.— 1362. Forma, p. 984.— 1363. Cláusulas facultativas, p. 985.— 1364. Autonomía y competencia, p. 986.— 1365. Dictado de medidas previas y cautelares, p. 987.— 1366. Calidad y obligaciones de los árbitros, p. 988.— 1367. Recusación de los árbitros, p. 989.— 1368. Honorarios de los árbitros, p. 989.— 1369. Recursos contra el laudo. Revisión, p. 989

CAPÍTULO XLVI**FIDEICOMISO**

ROBERTO A. MUGUILLO Y EDUARDO BARBIER

1370. Antecedentes. Definición, p. 991.— 1371. Caracteres, p. 992.— 1372. Las partes, p. 993.— 1373. Distintos tipos de fideicomiso, p. 995.— 1374. Contenido, objeto, plazo y condición, p. 995.— 1375. Efectos del fideicomiso, p. 997.— 1376. Deberes y derechos del fiduciario, p. 999.— 1377. Cese de la actuación del fiduciario, p. 1000.— 1378. Sustitución del fiduciario, p. 1002.— 1379. Aceptación del beneficiario y del fideicomisario, p. 1002.— 1380. Fideicomiso en garantía, p. 1003.— 1381. Fideicomiso financiero, p. 1004.— 1382. a) Las partes, p. 1005.— 1383. b) Los títulos de deuda o certificados de participación, p. 1006.— 1384. c) Asamblea de tenedores de certificados o títulos, p. 1007.— 1385. d) Insuficiencia del patrimonio fideicomitado, p. 1008.— 1386. Extinción, p. 1009

CAPÍTULO XLVII**RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

WALTER F. KRIEGER

- A.— Quid del incumplimiento contractual
 1386-1. La esencialidad del incumplimiento como presupuesto de la resolución contractual, p. 1011.— 1386-2. El requisito de incumplimiento esencial en los contratos de consumo, p. 1012
- B.— Las esferas de responsabilidad civil.....
 1387. Evolución histórica, p. 1012.— 1388. Las esferas de responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación, p. 1013.— 1389. Las consecuencias de la derogación del artículo 1107 del Código Civil velezano, p. 1014
- C.— Las diferencias entre las esferas de responsabilidad.....
 1390. Enunciación, p. 1014— 1391. a) La extensión del resarcimiento, p. 1015.— 1392. b) Prescripción, p. 1016.— 1393. c) La reparación del daño moral, p. 1018.— 1394. d) Discernimiento, p. 1019.— 1395. e) Solidaridad, p. 1020.— 1396. f) Competencia, p. 1020.— 1397. g) Distribución de las cargas probatorias, p. 1020.— 1398. h) Atenuación de la responsabilidad, p. 1022.
- D.— La responsabilidad derivada de las relaciones de consumo
 1399. Sistematización, p. 1022.— 1400. Tipos de incumplimientos, p. 1022.— 1401. a) Incumplimientos contractuales, p. 1022.— 1402. b) Responsabilidad derivada de los vicios o riesgos del producto o servicio, p. 1024.— 1403. c) Las garantías debidas al consumidor, p. 1025.— 1404. Daños punitivos, p. 1027.— 1405. a) Definición, p. 1027.— 1406. b) Requisitos para la procedencia, p. 1027.— 1407. c) Destino de la multa, p. 1029.— 1408. d) Cuestiones procesales, p. 1030.— 1409. e) Cuantificación, p. 1030.— 1410. f) Asegurabilidad, p. 1031.

CONTRATOS EN GENERAL

CAPÍTULO I - NOCIONES GENERALES

§ 1.— Concepto

1. Definición; contrato, convención y convención jurídica

Según el artículo 957, "el contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales".

La definición dada por el Código Civil y Comercial hace hincapié en dos aspectos importantes. Por un lado, el acuerdo de voluntades manifestado en el consentimiento tiende a regular relaciones jurídicas con contenido patrimonial. Por el otro, recepta un contenido amplio del contrato, desde que abarca no solo la creación de tal relación jurídica, sino también las diferentes vicisitudes que ella puede tener, tales como las modificaciones que las partes puedan introducir con posterioridad a la celebración del contrato, la transferencia a terceros de las obligaciones y derechos que nacen del contrato y hasta la extinción misma del contrato por acuerdo de voluntades.

Sobre el primer aspecto (el contenido patrimonial) nos hemos de referir más adelante cuando abordemos el tema del objeto.

En cuanto al segundo, cabe señalar que la posición adoptada por nuestro Código sigue un criterio mayoritario (entre otros, el art. 1321 del Cód. Civil italiano) aunque no unánime, toda vez que en la legislación comparada existe otro, que puede calificarse como restringido, para el cual el contrato solo es creador de obligaciones. Así, el Código Napoleón dice que "el contrato es la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (art. 1101) y el Código Civil español establece que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio" (art. 1254).

No está de más señalar que otros Códigos omiten toda definición del contrato, limitándose a regular sus efectos (Cód. Civil alemán, portugués, etc.).

Cabe ahora preguntarse si contrato, convención y convención jurídica son sinónimos.

Tradicionalmente, se entiende que la convención es el acuerdo de voluntades sobre relaciones ajenas al campo del derecho, como puede ser un acuerdo para jugar un partido de fútbol o para formar un conjunto de música entre aficionados, etc. La convención jurídica, en cambio, se refiere a todo acuerdo de voluntades de carácter no patrimonial, pero que goza de coacción jurídica, como puede ser, por ejemplo, el

acuerdo sobre la forma de ejercer la denominada responsabilidad parental respecto de los hijos, convenido por sus padres divorciados (art. 439). El contrato, como ya se ha dicho, es un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos patrimoniales.

Con todo, cabe señalar que otras leyes y autores no distinguen entre contrato y convención jurídica, pues ambos comprenderían todo tipo de acuerdo, tenga o no un objeto patrimonial.

Nuestro Código se inclina por formular la distinción antes señalada, pues el artículo 957 —como ya se ha visto— se refiere a las relaciones jurídicas patrimoniales, en tanto que el artículo 1003 establece que el objeto del contrato debe ser susceptible de valoración económica. Sin embargo, es necesario señalar que el Código no ha sido prolijo en esta cuestión. Varias veces se refiere a convención, sin ningún calificativo, aunque de la lectura de las normas surge claro que se trata de convenciones que tienen contenido jurídico y que muchas veces configuran verdaderos contratos (arts. 12, 264, 776, 977, etc.).

2. La constitucionalización del contrato. Relación del derecho del contrato con la Constitución

El Código Civil y Comercial ha puesto particular énfasis en que la ley sea aplicada de conformidad con la Constitución y los tratados de derechos humanos. Así, el artículo 1º dispone que "los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

El artículo 2º añade que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Cierto es que la pirámide normativa consagrada por la Constitución Nacional, en el artículo 75, inciso 22, párrafos 2º y 3º, pone por encima de todo a la propia Constitución y a los tratados de derechos humanos, pero debe recordarse también que la referida norma, en su párrafo 1º, otorga a los tratados y concordatos jerarquía superior a las leyes, por lo que la aplicación del propio Código no podrá prescindir de tales tratados y concordatos, a pesar de que no hayan sido mencionados.

Entrando particularmente al tema de los contratos, entre los tratados de derechos humanos es necesario destacar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y a la Declaración Universal de Derechos Humanos. La primera proclama la necesidad de que los Estados parte procuren lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 26); la segunda, que toda persona tiene derecho a obtener la satisfacción de los derechos económicos indispensables a su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 22).

Estos tratados, entre otros, tienen particular relevancia para el derecho de los contratos. Es que si entre los objetivos se encuentra el desarrollo económico de las personas, una de las vías para lograrlo —quizás la más importante— sea el contrato, que resulta central para facilitar la circulación de bienes y servicios. Desde luego, no cualquier contrato será aceptable, pues si éste persigue fines ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres, o agrede la dignidad de la persona humana, carece de todo valor.

Por ello, con razón, las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el año 1991, concluyeron —a través de la comisión 9— que el contrato como instrumento para la satisfacción de las necesidades del hombre debe conciliar la utilidad con la justicia, el provecho con el intercambio equilibrado. Con otras palabras, el contrato no puede contradecir las pautas que fija la Constitución Nacional y su interpretación debe respetar el orden normativo que ella impone.

3. La importancia del contrato; su significación ética y económica

El contrato es el principal instrumento de que se valen los hombres para urdir entre ellos el tejido infinito de sus relaciones jurídicas, es decir, es la principal fuente de obligaciones. El hombre vive contratando o cumpliendo contratos, desde operaciones de gran envergadura (por ej., compraventa de inmuebles, constitución de sociedades, construcción de obras de distinto tipo —edificios, represas, transporte de gas, etc.—), hasta contratos cotidianos que el hombre realiza muchas veces sin advertir que está contratando: así ocurre cuando trabaja en relación de dependencia (contrato de trabajo), cuando sube a un colectivo (contrato de transporte), cuando compra cigarrillos o golosinas (compraventa manual), cuando adquiere entradas para ir al cine o al fútbol (contrato de espectáculo público).

Es claro que el contrato adquiere su máxima importancia en un régimen de economía capitalista liberal; pero no por eso hay que creer que no la tiene en los pocos países que aún conservan un modelo de economía colectivista, que ha suprimido la propiedad privada sobre los bienes de producción. Aun en ellos, el papel del contrato es constante en relación a los bienes de consumo e, incluso, con relación a los bienes de producción hay que destacar que las empresas del Estado conciertan entre ellas importantísimos contratos para el cumplimiento de los planes económicos.

De cualquier modo ya veremos (nros. 7 y ss.) que el creciente intervencionismo estatal en los contratos, si bien ha limitado el marco en que se desenvuelve la autonomía de la voluntad, no ha disminuido ni el número ni la importancia de los contratos.

Desde el punto de vista ético, la importancia de los contratos se aprecia desde un doble ángulo: por una parte, hay una cuestión moral envuelta en el deber de hacer honor a la palabra empeñada; por la otra, los contratos deben ser un instrumento de la realización del bien común. Ya veremos que este último aspecto moral del contrato es una de las razones que justifica el intervencionismo del Estado moderno (véanse nros. 7 y ss.).

4. Los derechos resultantes del contrato y el derecho de propiedad

El contrato es fuente de obligaciones y derechos. En efecto, al celebrarse cualquier contrato, nacen obligaciones en cabeza de las partes contratantes, quienes deberán cumplirlas de acuerdo con las pautas fijadas por ellas.

La obligación que cada una de las partes asuma importa un derecho en cabeza de la otra. Así, en una compraventa, la obligación que asume el comprador de pagar el precio estipulado importa el derecho del vendedor a cobrarlo, o la obligación que este último ha asumido de entregar la cosa vendida importa el derecho del comprador a recibirla.

Estos derechos que nacen del contrato forman parte del patrimonio de las personas involucradas, del mismo modo que lo integran los derechos reales (como, por ejemplo, el de dominio) que se puedan tener. Por ello, el artículo 965 del Código Civil y Comercial dispone, con razón, que "los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante", lo que le otorga también la jerarquía constitucional que la propia Constitución da al derecho de propiedad (art. 17), consagrando legalmente lo que ya pacíficamente había establecido la jurisprudencia.

5. Metodología del Código Civil y Comercial en materia de contratos.

Antecedentes. Legislación comparada

El Libro Tercero se dedica a los "Derechos personales". Este Libro se divide a su vez en cinco títulos, que se refieren respectivamente a las "Obligaciones en general", a los "Contratos en general", a los "Contratos de consumo", a los "Contratos en particular" y, finalmente, a "Otras fuentes de las obligaciones", en donde se refiere a la responsabilidad civil, la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de voluntad y a los títulos valores.

Lo más importante del método de nuestro Código es la reunión de las disposiciones comunes a todos los contratos en un título particular. Éste es el criterio seguido por los Códigos Civil español, francés, brasileño, peruano, paraguay e italiano, entre otros. También siguen esta línea los Proyectos de 1993 (del Poder Ejecutivo) y de 1998. Nos parece que éste es el sistema más apropiado.

En otros Códigos, en cambio, estas reglas comunes no están tratadas inmediatamente antes de los contratos, sino en la parte de obligaciones en general, junto con las restantes fuentes (Códigos alemán, ecuatoriano, portugués, de las obligaciones suizo); y esta es la idea seguida en el Anteproyecto de BIBILONI, en el Proyecto de 1936 y en el Anteproyecto de 1954.

De todos modos, nos parece importante poner de relieve que esta parte general de los contratos no se agota en el título II del Libro Tercero. En efecto, no podrá prescindirse: a) de los contratos de consumo, regulados en el título III de este mismo libro; b) de las reglas referidas a la capacidad y a sus restricciones, fijadas en el Libro Primero, título I, capítulos 2 y 3; c) de lo previsto en materia de hechos y actos jurídicos (Libro Primero, título IV), sobre todo en lo que se trata de los elementos del acto jurídico y de los vicios tanto del consentimiento como del acto jurídico, y d) las disposiciones de derecho internacional privado fijadas en las secciones 10, 11 y 12, del capítulo 3, del título IV, del Libro Sexto.

6. Origen y evolución del derecho de los contratos. Derecho romano

Hemos dicho ya que el contrato es un acuerdo de voluntades capaz de crear, regular, modificar, transferir o extinguir derechos con contenido patrimonial. Ahora bien: ¿cuáles son los alcances y límites de la voluntad como poder jurígeno, o sea, como fuente de derechos y obligaciones? Éste es un delicado problema que ha recibido diversas soluciones a lo largo del transcurso de la civilización humana. Y es actualmente uno de los problemas más vivos del derecho privado, puesto que tiene contactos con la economía y la política. Conviene por lo tanto detenerse en él y hacer una reseña histórica de su evolución.

En el derecho romano primitivo, lo que nosotros designamos como contrato era el *pactum* o *conventio*. *Contractus*, por el contrario, derivaba de *contrahere* y se aplicaba a toda obligación contraída como consecuencia de la conducta humana, fuera lícita o ilícita, *pactum* o *delictum*. Sin embargo, el uso fue limitando la palabra *contractus* a los acuerdos de voluntades y ese es el significado que tiene ya en el derecho clásico.

Pero en Roma la voluntad nunca tuvo el papel soberano que más tarde adquiriría. No bastaba por ella misma; era indispensable el cumplimiento de las formas legales, la más importante y difundida de las cuales era la *stipulatio*. No era esto solo una cuestión de prueba; primaba el concepto de que la mera voluntad no bastaba para crear obligaciones si no recibía el apoyo de la ley, para lo cual debían cumplirse las formalidades que esta establecía. Si no se observaba la forma establecida, el contrato carecía de fuerza vinculante. Se distinguía, entonces, entre la *pacta nuda* y la *pacta vestita*; mientras que la primera generaba solo una obligación natural, la segunda, revestida de las formas legales, le daba al acreedor la facultad de poder accionar en pos del cumplimiento de la obligación asumida por el deudor.

Fuera de los contratos formales, se reconocía la validez de los siguientes: a) los contratos reales, que eran cuatro (depósito, comodato, mutuo y prenda), en los que la

obligación de una de las partes nacía del hecho de que la otra hubiera entregado una cosa antes; b) los *litteris*, que eran aquellos contratos que se registraban en los libros del acreedor con la conformidad del deudor, y c) los consensuales, limitados también a cuatro (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad), en los que la obligación nacía del consentimiento dado, aunque ajustado a un castigo legal.

Más tarde se fueron reconociendo otros pactos, pero se trataba siempre de pactos de contenido típico; vale decir que se atendía más bien al interés económico-social de ciertos negocios y se les prestaba protección legal, no porque fueran solamente el fruto de un acuerdo de voluntades, sino porque eran socialmente útiles. En el derecho posclásico y justiniano se acordó también una acción contractual (la *actio praescriptis verbis*) para cualquier promesa y convención sinalagmática no típica (contratos innominados) siempre que una de las partes hubiera entregado la cosa o cumplido la prestación convenida; es decir, no bastaba el mero acuerdo de voluntades sino que era necesario probar el cumplimiento de la prestación. Una prueba más de que la obligatoriedad del contrato no dependía de la pura voluntad sino de la protección de ciertos intereses legítimos.

La *pollicitatio* era una promesa unilateral; mientras ella no era aceptada carecía de fuerza obligatoria, salvo dos supuestos en que valía por sí misma: cuando era hecha en favor de una comuna o se trataba de consagrar una cosa a Dios. También aquí se ve claro que la obligatoriedad dependía más del interés protegido que de la pura voluntad.

7. Código Napoleón. La concepción liberal del contrato. El dirigismo contractual. El análisis económico del derecho

El siglo XIX fue testigo de la máxima exaltación de la voluntad como poder jurígeno. El nuevo orden instaurado por la Revolución Francesa hizo concebir a sus teóricos la ilusión de una sociedad compuesta por hombres libres, fuertes y justos. El ideal era que esos hombres regularan espontáneamente sus relaciones recíprocas. Toda intervención del Estado que no fuere para salvaguardar los principios esenciales del orden público, aparecía altamente dañosa, tanto desde el punto de vista individual como del social. Los contratos valían porque eran queridos; lo que es libremente querido es justo, decía FOUILLÉ. Esta confianza en el libre juego de la libertad individual, en el contractualismo, trascendió del derecho privado al público. La sociedad fue concebida como el resultado del acuerdo entre los hombres. La obra fundamental de ROUSSEAU —una de las que mayor influencia haya tenido en el pensamiento político de su época— se llamó precisamente *El contrato social*.

El Código Napoleón recogió ese pensamiento y así ha podido decirse de él que es "un monumento levantado a la gloria de la libertad individual" (PONCEAU, Robert, *La volonté dans le contrat suivant le Code Civil*, París, 1921, p. 2). En el artículo 1134 dice: "Las convenciones legalmente formadas sirven de ley para las partes". VÉLEZ recogió esta idea en el artículo 1197 del Código Civil, que modifica ligeramente, mejorándolo, el texto francés: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". Y sin referencia analógica a la ley, el artículo 959 del Código Civil y Comercial recoge la misma idea: "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé".

Es el reconocimiento pleno del principio de la autonomía de la voluntad: el contrato es obligatorio porque es querido; la voluntad es la fuente de las obligaciones contractuales. Reina soberana en todo este sector del derecho. No hay otras limitaciones que aquellas fundadas en la defensa de un interés de orden público. Así, el artículo 12 dispone que "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público"; y el artículo 279 (reproducido casi textualmente en el art. 1004) establece que el objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas

costumbres, al orden público, o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana, ni un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea. Salvando este interés de orden público, la voluntad contractual impera sin restricciones.

Sin embargo, la experiencia social ha puesto de manifiesto que no es posible dejar librados ciertos contratos al libre juego de la voluntad de las partes sin perturbar la pacífica convivencia social. Este motivo de interés público ha motivado al Estado a dictar leyes que reglamentan minuciosamente el contrato de trabajo, los arrendamientos urbanos y rurales y el contrato de consumo, entre otros. Esas leyes (incluso algunas incorporadas al Cód. Civ. y Com.) fijan plazos mínimos y máximos de las locaciones, otorgan derechos particulares a quienes ostenten trato familiar con el locatario, dan derechos particulares a los consumidores y consideran ciertas cláusulas como abusivas.

En el marco del derecho laboral, las leyes regulan la jornada de trabajo, el horario en que éste ha de cumplirse, las condiciones de salubridad que deben llenar los locales donde se trabaja, las indemnizaciones de despido y preaviso. Esta legislación está completada con los convenios colectivos de trabajo, a los cuales la ley confiere fuerza obligatoria para todos los obreros pertenecientes al mismo gremio y para todos los industriales de ese ramo. En verdad, tanto patrón como obrero no pueden ya hacer otra cosa que proponer o aceptar el trabajo; todo lo demás está regido por la ley o los convenios colectivos.

Más recientemente, ha aparecido una nueva posición: el llamado *análisis económico del derecho*, que intenta explicar el sentido o función de las instituciones jurídicas contractuales partiendo de la idea de que estas crean incentivos diversos y trata de determinar sus efectos en las conductas pasadas o futuras de los contratantes efectivos o potenciales observando si ese derecho inducirá o no resultados eficientes.

Como se puede advertir, el método del análisis económico del derecho se utiliza para analizar los efectos económicos de las normas jurídicas, es decir, estudiarlas con el objeto de comprobar si ellas constituyen respuestas eficientes a los problemas de asignación de recursos. Estos problemas están dados por la necesidad de repartir recursos escasos, o de resolver o mitigar la situación de una pluralidad de acreedores cuando no existen activos suficientes para satisfacerlos completamente. La comprobación de que las normas examinadas no contribuyen a la eficiencia del sistema suele traer como consecuencia la formulación de una propuesta *de lege ferenda* para sustituirlas por otras que permitan mejorarlo.

Se advierte de lo expuesto que el análisis económico del derecho coloca a la eficiencia como criterio supremo tanto para la interpretación de las normas como para la defensa de propuestas *de lege ferenda*. Sin embargo, ya hemos señalado (nro. 2) que el contrato debe conciliar la utilidad (o eficiencia) con la justicia. Como se ha dicho (GARRIDO, José María, *Garantías reales, privilegios y par conditio*, p. 16, Centro de Estudios Regionales, Madrid, 1999), la utilización de técnicas de análisis económico del derecho no puede ser excluyente, pues se corre el riesgo de degenerar en una falacia eficientista, en tanto que se interpretan las normas de acuerdo con el principio de eficiencia y se olvida que ellas, antes que nada, encarnan valores. A lo sumo, se añade que la eficiencia es uno de esos valores, pero nada indica que se trate del valor supremo al que supuestamente debe tender toda la regulación del derecho privado. Y, se concluye, "la función del Derecho es la de realizar valores, y el valor supremo al que tiende el ordenamiento jurídico es la justicia".

8. Naturaleza jurídica del contrato. Ubicación del contrato en la teoría general del acto jurídico. Su distinción de la ley, el acto administrativo y la sentencia

El contrato es un acto jurídico. Recordemos la definición del artículo 259: "El acto jurídico es el acto voluntario lícito, que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas". Obvio es que dentro de ese concepto cabe el contrato. En otras palabras, acto jurídico es el género, contrato la especie. El contrato es, entonces, un acto jurídico que tiene las siguientes características específicas: a) es bilateral, es decir, requiere el consentimiento de dos o más personas (sin perjuicio de lo que se dirá más adelante del auto-contrato, nro. 98); b) es un acto entre vivos; y c) tiene naturaleza patrimonial.

Para precisar la naturaleza del contrato, veamos sus puntos de contacto y sus diferencias con la ley, el acto administrativo y la sentencia.

a) Con la ley

Ley y contrato tienen un punto de contacto: ambos constituyen una regla jurídica a la cual deben someterse las personas. El artículo 4º dispone que "las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República", mientras que el artículo 959 establece que "todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes". Y, con vigor expresivo, el artículo 1197 del Código Civil afirmaba que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

Pero las diferencias son profundas y netas: la ley es una regla general a la cual están sometidas todas las personas; ella se establece teniendo en mira un interés general o colectivo; el contrato, en cambio, es una regla solo obligatoria para las partes que lo han firmado y sus sucesores; se contrae teniendo en mira un interés individual. De ahí que los contratos estén subordinados a la ley; las normas imperativas (también llamadas indisponibles) no pueden ser dejadas de lado por los contratantes, quienes están sometidos a ellas, no importa lo que hayan convenido en sus contratos. Además, la ley no requiere de prueba, y difiere del contrato en sus efectos y vigencia.

b) Con el acto administrativo

Son actos administrativos los que emanan de un órgano administrativo en el cumplimiento de sus funciones; son, pues, de la más variada naturaleza y, en principio, no exigen el acuerdo de voluntades propio del contrato, aunque hay actos administrativos de naturaleza contractual. Normalmente, los actos administrativos tienen efectos análogos a la ley, siempre que se dicten ajustándose a ella y a la Constitución.

Si se trata de actos administrativos de naturaleza contractual, hay que distinguir entre aquellos en los cuales el Estado actúa como poder público, esto es, como poder concedente (por ej., la concesión a un particular de la prestación de un servicio público), y aquellos otros en los que actúa como persona de derecho privado. En el primer caso, Estado y concesionario no se encuentran en un plano de igualdad: el Estado, como poder concedente, mantiene la totalidad de sus prerrogativas inalienables y en cualquier momento, sin que se haya extinguido el término contractual, puede ejercitar su derecho de intervención, exigir la mejora del servicio, su ampliación o modificación. En el segundo caso, o sea, cuando el Estado actúa en su calidad de persona de derecho privado, los contratos que celebra están regidos supletoriamente por el derecho civil, es decir que en aquello que no está específicamente regulado se aplicarán las normas de derecho común. Así ocurre, por ejemplo, cuando el Estado toma en alquiler la casa de un particular para instalar allí sus oficinas, escuelas, etc., en cuyo caso el contrato se rige por las normas administrativas y, en subsidio, por las de la locación, establecidas en el Código Civil y Comercial (art. 1193).

c) Con la sentencia

Tanto la sentencia como el contrato definen y precisan los derechos de las partes. Pero hay entre ellos profundas diferencias: 1) el contrato es un acuerdo de dos o más personas; la sentencia es la decisión del órgano judicial y, por lo tanto, un acto unilateral; 2) el contrato señala generalmente el comienzo de una relación jurídica entre dos o más personas (aunque también hay contratos extintivos); la sentencia da solución a las divergencias nacidas de ese contrato; 3) la sentencia tiene ejecutoriedad, es decir, puede pedirse su cumplimiento por medio de la fuerza pública; el contrato carece de ella, pues para que tenga ejecutoriedad es preciso que previamente los derechos que surgen de él hayan sido reconocidos por una sentencia; 4) la sentencia resuelve cuestiones patrimoniales y no patrimoniales, el contrato solamente tiene como objeto lo que sea susceptible de valoración económica.

Hay, sin embargo, una hipótesis en que la aproximación del contrato y la sentencia es bastante acentuada: la transacción que pone fin a un pleito por acuerdo de voluntades de los propios litigantes. La transacción, como la sentencia, pone fin a un pleito, define los derechos de las partes y, una vez homologada judicialmente, tiene ejecutoriedad. Subsiste empero una diferencia sustancial: que la transacción no emana, como la sentencia, de un órgano judicial.

9. El contrato como fuente de obligaciones. Su distinción respecto de otras áreas del derecho civil

Si bien existen varias fuentes de las obligaciones (el propio Cód. Civ. y Com. regula en el Libro Tercero, título V, la responsabilidad civil, la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de voluntad y los títulos valores, debiéndose añadir también a la ley, la costumbre, el abuso del derecho y la equidad), es claro que la fuente principalísima es el contrato.

Es necesario distinguir el contrato de otras áreas del derecho civil. Veamos:

a) De los derechos reales

El derecho real es el poder jurídico que se ejerce sobre el todo o una parte indivisa de una cosa, en forma autónoma, y que atribuye a su titular las facultades —entre otras— de persecución y preferencia (arts. 1882 y 1883). Son claras, entonces, las diferencias que existen con el contrato. Importa destacar, sin embargo, que el contrato es, muchas veces, antecedente del derecho real. Así, por ejemplo, la celebración de un contrato (compraventa, permuta o donación) es insuficiente para adquirir el dominio de un inmueble, pues se necesita además que se haga tradición de la cosa.

b) De los derechos personalísimos

Los derechos personalísimos son aquellos que son innatos al hombre como tal, y de los cuales no puede ser privado. Se trata de derechos no patrimoniales, imprescriptibles, irrenunciables e intransmisibles (derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, a la identidad, etc.). Con todo debe señalarse que existe algún punto de contacto con el contrato, desde que ciertos derechos personalísimos pueden ser dispuestos si el acto no es contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres (art. 55).

Es importante destacar que están prohibidos los actos de disposición sobre el propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (art. 56). Y para acentuar el carácter restrictivo se dispone que "los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales" (art. 17).

c) De los actos jurídicos familiares

Los actos jurídicos familiares difieren del contrato tanto en su naturaleza como en su objeto. Más allá de que para la celebración de aquellos actos se requiera también el consentimiento de las partes, la regulación jurídica se rige imperativamente por las pautas legales. Así, por ejemplo, una vez contraído el matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges se rigen exclusivamente por las disposiciones de la ley.

Hasta en el régimen patrimonial del matrimonio se ve lo dicho anteriormente. Es cierto que el Código Civil y Comercial regula las denominadas convenciones matrimoniales y que ellas permiten a los cónyuges optar entre uno de los dos regímenes patrimoniales que se establecen (arts. 446 y 463 y ss.), pero hasta allí llega el derecho de los cónyuges. Una vez elegido uno de los dos regímenes, se lo aplica enteramente, sin posibilidad alguna de que los cónyuges lo modifiquen parcialmente.

d) De los derechos hereditarios

La diferencia entre sucesión y contrato es clara. Aun cuando haya existido un testamento, no hay contrato. El testamento es un acto jurídico unilateral, por el que se dispone de los bienes y que necesita, con posterioridad al fallecimiento del testador, la aceptación del heredero para que pueda hacerse efectiva la transmisión de tales bienes.

Como regla, los pactos sucesorios están prohibidos (art. 1010), a menos que exista una disposición legal que lo autorice o se trate de un pacto relativo a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, que tenga en miras la conservación de la unidad de la gestión empresarial o la prevención o solución de conflictos, siempre que se establezcan compensaciones en favor de los otros legitimarios y no se afecten la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

§ 3.— Evolución del contrato

10. El contrato en el derecho contemporáneo. Opiniones acerca de su crisis

Uno de los fenómenos más notorios (y para muchos más alarmantes) del derecho contemporáneo es la llamada crisis del contrato. La voluntad ya no impera soberanamente como otrora; el Estado interviene en los contratos, modificando sus cláusulas, forzando a veces a celebrarlos a pesar de la voluntad contraria de los interesados o dispensándolos, otras, de cumplir sus promesas. Para muchos, ha dejado de ser una cuestión de honor el respeto de la palabra empeñada.

Muchas son las causas que han contribuido a desencadenar esta crisis. Ante todo, causas económicas. El reinado del contractualismo parte del supuesto de la libertad y la igualdad de las partes. Para que el contrato sea justo y merezca respeto, debe ser el resultado de una negociación libre. Pero la evolución del capitalismo ha concentrado cada vez mayores fuerzas en manos de pocos (sean particulares o empresas); la igualdad y la libertad de consentimiento subsisten hoy en el plano jurídico, pero tienden a desaparecer en el económico. Quien compra en nuestros días una máquina valiosa, un televisor, una radio, un automóvil, no discute con el industrial o con el vendedor las condiciones del contrato; tampoco puede hacerlo el que adquiere cualquier cosa en los supermercados o en los llamados hipercentros de consumo, o quien toma un medio de transporte público. Él no tiene sino una opción: lo toma o lo deja. Y si lo necesita, lo toma, por más inconvenientes que sean las condiciones del contrato. Una exigencia de

justicia reclama la intervención del Estado para evitar el aprovechamiento de una parte por la otra. No se cree ya que lo libremente querido sea necesariamente justo. El campo de acción de las leyes llamadas de orden público (contra las cuales el acuerdo de voluntades es impotente) tiende a ensanchar paulatinamente su radio de acción en la vida de los contratos.

Hay también causas políticas. El individualismo está dejando paso a una concepción social de los problemas humanos. Aun sin llegar al extremo del colectivismo (postura que se encuentra hoy en día en vías de extinción), hay una mayor preocupación por la justicia distributiva. El individuo (y su voluntad) ceden ante consideraciones sociales.

Hay razones de filosofía jurídica. Se ha puesto en duda el poder jurígeno de la voluntad. Si ella fuera la justificación exclusiva de la obligación contractual, no podría explicarse que los contratos siguieran obligando cuando ya no se desee continuar ligado a ellos. Ocurre, sin embargo, que más allá de que desaparezca la voluntad de permanecer obligado, es necesario resguardar la seguridad económico-social. No sería posible que los hombres tejieran la intrincada red de sus relaciones recíprocas si pudieran desligarse de sus compromisos a capricho. No se trata solo de la voluntad; hay también una cuestión de interés general comprometido en el respeto de los contratos.

Finalmente, hay razones de orden moral. La fuerza obligatoria de los contratos no se aprecia ya tanto a la luz del deber moral de hacer honor a la palabra empeñada como desde el ángulo que ellos deben ser un instrumento de la realización del bien común. No es que haya una declinación de la moral individual; es que esa moral tiene una mayor sensibilidad que otrora para la justicia conmutativa. El hombre moderno no está ya dispuesto a aceptar como verdad dogmática que lo que es libremente querido es justo. Quiere penetrar en lo hondo de la relación y examinar si la equidad —esa ley esencial de los contratos— ha sido respetada.

Esta llamada crisis del contrato se manifiesta principalmente a través de tres fenómenos: el dirigismo contractual (al que nos hemos referido antes, nro. 7), las nuevas formas del contrato (como los contratos por adhesión, de consumo y forzosos) y la intervención judicial en las relaciones contractuales para dejar a salvo la equidad de las contraprestaciones (como ocurre, por ejemplo, cuando se aplica la denominada teoría de la imprevisión).

Un importante sector de la doctrina ha acogido con alarma este fenómeno de la crisis de la noción clásica del contrato. Se señala que el dirigismo contractual y la intervención de los jueces en la vida de los contratos generan confusión, desorden y falta de confianza en la palabra empeñada. Todo ello va en desmedro de la seguridad jurídica y paraliza el esfuerzo creador. Bueno es que los hombres puedan contar con que han de ser amparados en el ejercicio de sus derechos y estén garantizados contra el riesgo de que sus previsiones no sean más tarde defraudadas por el intervencionismo legal o judicial.

Es necesario reconocer que esta alarma está en alguna medida justificada por la experiencia: cuando el Estado empieza a deslizarse por el plano inclinado del dirigismo o intervencionismo, difícilmente se detiene en el momento oportuno. En nuestro país, las leyes sobre locaciones urbanas agravaron el problema de la vivienda en vez de resolverlo. Las leyes dictadas para combatir el agio y la especulación causaron quizá más daño que beneficios; en muchos casos contribuyeron a desarticular la producción y, paradójicamente, a beneficiar a los comerciantes e industriales deshonestos en perjuicio de los honrados.

Pero al lado de estos inconvenientes, sin duda serios, el dirigismo contractual ha sido la solución de graves problemas que afectan el interés público. Esto es particularmente claro en lo que atañe al contrato de trabajo, lo que indica que el dirigismo no es en sí mismo malo; más aún, muchas veces es indispensable. Lo malo es su abuso.

En verdad, la llamada crisis del contrato es más bien una evolución reclamada por las circunstancias (particularmente económicas) en que actualmente se desenvuelven las relaciones jurídicas y por una mayor sensibilidad del espíritu moderno que se rebela contra toda forma de injusticia. El intervencionismo del Estado en el contrato de trabajo ha restablecido la igualdad de las partes; las nuevas formas contractuales permiten un ajuste más realista de las relaciones jurídicas a las circunstancias económicas; el contralor judicial, por vía de la lesión o de la teoría de la imprevisión, permite una mejor realización de la justicia conmutativa. Salvo algunos supuestos excepcionales (el más notorio de los cuales fue el de la locación) no se ha producido ni inseguridad ni pérdida de la confianza en el contrato como instrumento de regulación espontánea de las relaciones interpersonales. En ningún momento de la historia humana ha sido más activa e importante la contratación privada. No hay crisis del contrato; hay una evolución que debe ser saludada como un hecho auspicioso porque procura una más perfecta realización de la justicia.

Claro está que todo recurso para lograr una mejor justicia entre los hombres tiene necesariamente un mecanismo delicado. Eso es también lo que ocurre en nuestro caso. El dirigismo contractual, las nuevas formas de los contratos, la intervención judicial, deben ser manejados con suma prudencia para evitar graves males. En manos de un legislador demagogo, el dirigismo es funesto; también es malo que una excesiva preocupación por el valor justicia haga olvidar el valor seguridad, porque sin seguridad ni orden no hay justicia humana posible. Hecha esta indispensable reserva, debemos mirar la evolución del contrato con esperanzada confianza.

11. La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria y el efecto relativo en la realidad de nuestro tiempo

Si bien nos hemos de referir más adelante a estas cuestiones, es necesario dedicarnos a ellas ahora muy brevemente.

La autonomía de la voluntad, que etimológicamente importa el poder que tiene la voluntad de darse su propia ley, es la cualidad de la voluntad en cuya virtud el hombre tiene la facultad de autodeterminarse y de responsabilizarse por el cumplimiento de las obligaciones que asume.

La autonomía de la voluntad se vincula estrechamente con la fuerza obligatoria del contrato, en tanto lo que se procura es que el contrato libremente pactado (esto es, que haya sido celebrado con pleno discernimiento, intención y libertad, art. 260) obligue, sin más, a las partes. En otras palabras, el acuerdo contractual obliga a los contrayentes, pues si bien las personas son libres de obligarse o no, una vez que lo han hecho deben cumplir la obligación asumida o responder por su incumplimiento.

Finalmente, debe señalarse que los efectos generados por el contrato y, en general, por todo acto jurídico, recaen sobre las partes intervinientes y sobre sus sucesores (arts. 1021, 1023 y 1024). Son partes aquellos sujetos que, por sí o por representante, o a través de corredor o agente sin representación, se han obligado a cumplir determinadas prestaciones y han adquirido ciertos derechos.

Por otra parte, el Código Civil y Comercial consagra, en el artículo 1022, el principio *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest* ("Las cosas hechas entre otros, no pueden perjudicar ni aprovechar a los demás"); esto es, que los actos jurídicos obligan solamente a las partes y, consecuentemente, no producen efectos respecto de terceros. Sin embargo, hemos de ver, cuando nos refiramos en extenso a los efectos de los contratos, que esta cuestión no es tan lineal.

12. Intervención del Estado en las convenciones de los particulares

La intervención del Estado en los contratos se da a través del dictado de leyes o decretos que impactan en ellos, o con la intervención de los jueces en los casos llevados a los tribunales.

Numerosos ejemplos existen para demostrar la intervención del Estado a través de normas jurídicas. Sin duda, la más importante de las últimas ha sido el denominado proceso pesificador, iniciado con la ley 25.561 y el decreto 214/2002, que afectaron todos los contratos celebrados en moneda extranjera, disponiendo que debían ser cumplidos en moneda de curso legal en nuestro país, fijando una paridad cambiaria que no se correspondía con el valor de la moneda extranjera en el mercado.

El juez, por su parte, desempeña hoy el papel de guardián de la equidad en los contratos. Su contralor se desenvuelve a través de los siguientes recursos, entre otros:

1) La teoría de la *lesión*, que le permite reducir las prestaciones excesivas y, a veces, anular los contratos en los que las contraprestaciones resultan groseramente desproporcionadas.

2) La *teoría de la imprevisión*, que le permite restablecer la equidad gravemente alterada por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que han transformado las bases económicas tenidas en mira al contratar.

13. Contratos civiles y comerciales: unificación de sus normas en la doctrina y la legislación comparada. Antecedentes nacionales. Nuestro derecho positivo

Históricamente, el derecho privado argentino se reguló en dos cuerpos normativos: el Código Civil y de Comercio. Ellos incluían la mayoría de los contratos legislados e incluso, a veces, hasta los mismos contratos. Se siguió así el método que podemos llamar clásico en los países de derecho codificado. Pero desde fines del siglo XIX comenzó un movimiento cada vez más pujante en el sentido de la unificación del régimen de las obligaciones y contratos. En efecto, la legislación dual de los mismos contratos no parece justificarse. No hay diferencias de naturaleza, ni de estructura, ni de funcionamiento entre la compraventa, el mandato, la fianza, el depósito, el mutuo, etc., sean ellas legisladas en el Código Civil o en el de Comercio. Una regulación única no solo resulta así conforme con la naturaleza de las obligaciones y contratos, sino también con las necesidades modernas de las transacciones; además, esa unificación suprime discordancias que no se justifican entre las regulaciones de los contratos civiles y comerciales y, finalmente, evita las cuestiones de competencia en las jurisdicciones en las que se mantiene la competencia civil separadamente de la comercial.

El Código suizo de las obligaciones fue el primero que introdujo la unificación en el derecho positivo entre los países de derecho codificado; luego lo han seguido el Código de las obligaciones de Polonia de 1933, el Código italiano de 1942, el Código paraguayo de 1987 y el Código Civil brasileño de 2002. Es, también, el sistema del *common law* vigente en los países de derecho anglosajón.

Debe citarse también, como antecedente notable en este sentido, el Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones de 1928.

En nuestro país, la opinión francamente predominante era la de que el régimen de los contratos civiles y comerciales debía unificarse. Así lo postuló el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961 que propició la unificación del régimen de las obligaciones civiles y comerciales, elaborando un cuerpo único de reglas sobre obligaciones y contratos como libro del Código Civil. En el acta quedó constancia de que esa ponencia fue aprobada por unanimidad. También se pronunciaron en igual sentido el Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial y la Sexta Conferencia de Abogados. Y, finalmente, lo propiciaron los nuevos proyectos de reformas al Código Civil de los años 1987, 1993 (impulsado por el Poder Ejecutivo) y 1998.

Este camino ha concluido con la ley 26.994 que sancionó el llamado Código Civil y Comercial de la Nación, que regula en un cuerpo legal el derecho privado argentino y, consiguientemente, unifica el régimen de las obligaciones y de los contratos.

14. Contratos paritarios. Contratos por adhesión. Contratos de consumo

La forma clásica del contrato es aquella que supone una deliberación y discusión de sus cláusulas, hechas por personas que gozan de plena libertad para consentir o disentir. Es lo que se denomina *contrato paritario*. El Código Civil y Comercial ha tenido particularmente en mira este tipo de contrato, estructurando sobre él la parte general de los contratos.

Más allá de la importancia del contrato paritario, sobre todo cuando se analiza singularmente su contenido económico, el mundo moderno ha traído nuevas formas de contratar más masificadas —para decirlo de alguna manera—, pero no menos importantes.

Empecemos por *el contrato por adhesión* (llamado también con cláusulas generales predispuestas), que es aquel en el cual una de las partes fija todas las condiciones, mientras que la otra, solo tiene la alternativa de rechazar o consentir. Es el caso del contrato de transporte de larga distancia celebrado con una empresa de servicio público que fija el precio del pasaje, el horario, las comodidades que se brindan al pasajero, etc.; éste solo puede adquirir o no el boleto. Lo mismo ocurre con los contratos de seguro en los que la aseguradora fija todas las condiciones y el tomador del seguro solo podrá decidir entre celebrar el contrato o no, pero no podrá discutir las condiciones fijadas.

Dadas estas características del contrato por adhesión, se ha discutido la naturaleza contractual de tales relaciones jurídicas. Aunque hay quienes la han negado, sosteniendo que se trata de un acto unilateral de una persona o institución privada, cuyos efectos, una vez producida la aceptación, continúan produciéndose por la sola voluntad del ofertante, la doctrina predominante le reconoce carácter contractual. La circunstancia de que no haya discusión de las condiciones y de que una de las partes solo pueda aceptar o rechazar no elimina el acuerdo de voluntades, porque la discusión no es de la esencia del contrato: lo esencial es que las partes coincidan en la oferta y la aceptación.

El Código Civil y Comercial regula este tipo de contrato al referirse a la formación del consentimiento, pero dentro de las normas generales del contrato (arts. 984 a 989), lo que no parece acertado, pues debió ser tratado de manera autónoma respecto del contrato paritario. De alguna manera, el propio Código justifica la crítica desde que no se limita a dictar normas referidas a la forma de prestar el consentimiento, sino que define al contrato por adhesión, establece los recaudos que deben cumplir las cláusulas predispuestas a la que se debe adherir, incluye normas referidas a la interpretación del contrato y establece las sanciones que corresponde aplicar a las cláusulas que sean abusivas.

Es importante destacar, también, al llamado *contrato de consumo*, que muchas veces, erróneamente, es vinculado con el contrato por adhesión, pero que no pueden ser asimilados, toda vez que existen contratos de consumo que no son celebrados por adhesión y hay de estos últimos que no son de consumo.

El contrato de consumo tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios, normalmente parte débil de la relación contractual. Ahora bien, a partir de la reforma de 1994 de la Constitución Nacional (art. 42) comienza un proceso de ampliación de la noción de contrato de consumo, que ya existía en la ley 24.240 de defensa del consumidor, hasta abarcar a las llamadas relaciones de consumo.

El Código Civil y Comercial define al contrato de consumo como el "celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social" (art. 1093). También define a la relación de consumo como "el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor", lo que —como fácilmente se puede advertir—

excede el marco contractual (art. 1092). No está de más señalar que existe una infinidad de contratos de consumo; basta citar a las compraventas de mercadería en un supermercado o de electrodomésticos, para tener una idea.

Sin entrar a discutir la conveniencia de que el contrato de consumo sea incorporado al Código (la misma duda puede plantearse respecto de la relación de consumo), lo cierto es que ello ha ocurrido (Libro Tercero, título III), dándosele autonomía conceptual desde que ha sido separado de los contratos en general, regulados en el mismo Libro, pero en el título II.

Finalmente, podemos señalar que, en algunas oportunidades, pueden existir los llamados *contratos forzosos*. Ciertamente parece difícil hablar de consentimiento cuando la ley obliga a vincularse jurídicamente, aun en contra de la voluntad del interesado. Pero hay casos en que ello ocurre, en aras de un interés social que se considera prevalente.

Uno de ellos es el contrato de seguro automotor obligatorio previsto en el artículo 68 de la ley 24.449, que obliga a todo automotor, acoplado o semiacoplado, a tener un seguro de acuerdo con las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra los daños que puedan causarse a terceras personas, sean o no transportadas. Es clara la pretensión de dar protección al tercero damnificado. Otro ejemplo es el de los contratos que deben suscribir las compañías concesionarias de un servicio público (electricidad, gas, teléfonos, transportes) con los usuarios; ellas no pueden negarse a contratar con quien, sujetándose a las reglamentaciones generales, lo pretende. Si existiera tal facultad, podría colocarse al usuario en una situación inadmisiblemente de carencia de un servicio esencial que se ha querido garantizar a todos.

CAPÍTULO II - CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

15. La clasificación de los contratos. Distintos criterios

Existen diferentes formas de clasificar los contratos, todos ellos persiguiendo un mismo objetivo: encontrar los rasgos comunes de ellos.

Primero analizaremos la clasificación que el propio Código Civil y Comercial establece de manera expresa. También hemos de ver otras clasificaciones que surgen del propio ordenamiento legal aunque de manera no tan clara. Finalmente, hemos de revisar otra clasificación que se ha visto en la doctrina y en la legislación comparada que apunta al contenido económico y social de cada contrato.

A.— CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES

16. Concepto

Se llaman *contratos unilaterales* aquellos en los que una sola de las partes resulta obligada hacia la otra, sin que esta quede obligada, como ocurre en la donación, que

solo significa obligaciones para el donante; bilaterales son los contratos que engendran obligaciones recíprocas entre las partes (art. 966), como ocurre en la compraventa, la permuta y la locación.

El Código Civil y Comercial no ha recogido una clasificación que algunos autores habían aceptado pero que en general había sido rechazada: la de los contratos *bilaterales imperfectos*. En ellos solo se prevén obligaciones a cargo de una de las partes; sin embargo, y a pesar de que no hay una contraprestación pactada, la otra parte puede eventualmente resultar obligada por el acaecimiento de hechos posteriores; así, por ejemplo, ocurría en el Código Civil de Vélez con el contrato de depósito (arts. 2182 y ss.), en el que el depositante, entregada la cosa (lo que resultaba constitutivo del contrato) no tenía ninguna obligación a su cargo; sin embargo, debía reembolsar al depositario todos los gastos que hubiese hecho para la conservación de la cosa depositada e indemnizarle todos los perjuicios que se le hubieran ocasionado por el depósito. Nuestra doctrina ha sido generalmente adversa a la admisión de esta categoría intermedia, y que en el Código Civil y Comercial aparece aún menos justificable desde que ha desaparecido la clasificación de los contratos reales (véase nro. 38), como era el caso del contrato de depósito, en la que encajaban todos estos contratos bilaterales imperfectos.

17. Consecuencias

La doctrina clásica atribuye a esta clasificación las siguientes consecuencias jurídicas: 1) El Código Civil de Vélez exigía que los contratos bilaterales debían ser redactados en tantos ejemplares como partes hubiera con un interés distinto (art. 1021); este recaudo, conocido como el *doble ejemplar*, no era exigible en los contratos unilaterales porque bastaba con que la parte acreedora tuviera el contrato, pues es este título el que lo legitima para cobrar su crédito. El propio artículo 1022 del Código velezano permitía prescindir del doble ejemplar si, al momento de celebrar el contrato, una de las partes había cumplido enteramente las obligaciones a su cargo. 2) En los contratos bilaterales una de las partes no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la otra si ella misma no probara haber cumplido las suyas u ofreciera cumplirlas (art. 1031); caso contrario, la demandada puede oponerse al progreso de su acción fundada en el incumplimiento de la actora: es la llamada *exceptio non adimpleti contractus*. En los contratos unilaterales esta excepción no se concibe, ya que una de las partes nada debe. 3) La cláusula resolutoria, es decir, la resolución del contrato por efecto del incumplimiento de las obligaciones en que ha incurrido la otra parte solo funciona en los contratos bilaterales.

18. Crítica de esta clasificación

La clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales parece tener un significado jurídico relativo. Analicemos las diferentes consecuencias atribuidas por la doctrina clásica.

Empecemos por el doble ejemplar. Ante todo, como ya hemos dicho y conforme al artículo 1022 del Código de Vélez, el doble ejemplar no se exige cuando una de las partes ha cumplido con sus obligaciones en el momento de celebrar el contrato o antes. Pero, además, se trata de una exigencia que en la práctica carece de relieve jurídico, desde que la jurisprudencia ha admitido, con razón, que el ejemplar único puede servir de principio de prueba instrumental, y que en materia mercantil resulta inaplicable; en otras palabras: el ejemplar único sirve como prueba, sea el contrato unilateral o bilateral. Y, de hecho, el Código Civil y Comercial omite mencionar este recaudo del doble ejemplar.

El principio según el cual nadie puede exigir de otro el cumplimiento de sus obligaciones contractuales sin cumplir las suyas, es una regla elemental de seriedad y buena fe. Claro está que el problema no se presenta en los contratos unilaterales: en

estos, una parte no debe nada y tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento sin que pueda oponérsele la *exceptio non adimpleti contractus* precisamente porque nada debe y la otra nada puede reclamar porque la primera no ha asumido ninguna obligación. En otras palabras, no se trata de que se apliquen distintos principios a los contratos unilaterales y a los bilaterales; se trata, por el contrario, de idénticos principios que en su incidencia en los unilaterales hacen inaplicable la *exceptio*. No hay diferencia de tratamiento legal.

En cuanto a la cláusula resolutoria (antes llamada "pacto comisorio"), parece necesario distinguir entre la cláusula expresa y la implícita. Si fuera expresa, ella puede ser pactada tanto en los contratos bilaterales como en los unilaterales, pues el artículo 1086 establece de manera amplia la posibilidad de pactarla. En cambio, la cláusula resolutoria implícita solo es prevista para los contratos bilaterales (art. 1087); es que en ellos hay obligaciones en cabeza de ambas partes y, si alguna de tales obligaciones estuviera pendiente de cumplimiento, la parte acreedora puede estar interesada en la resolución.

19. El contrato plurilateral

Finalmente, existe el llamado contrato plurilateral, cuyos rasgos distintivos son los siguientes: i) las obligaciones no son correlativas para las partes, sino que cada una adquiere derechos y obligaciones respecto de todas las demás; ii) el vicio del consentimiento de uno de los contratantes afecta su adhesión pero no anula necesariamente el contrato; iii) son de tracto sucesivo; iv) las obligaciones de las partes pueden ser de objeto diferente que confluyen en un fin común (dar, aportar, hacer); v) admite el ingreso de nuevas partes o el retiro de alguna de ellas; vi) el incumplimiento de una de las partes no acarrea inexorablemente la resolución del contrato ni permite oponer la excepción de incumplimiento contractual.

Más allá de estas características propias del contrato plurilateral, el Código Civil y Comercial ha establecido que supletoriamente se le aplicarán las normas de los contratos bilaterales (art. 966).

B.— CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS

20. Concepto

Los contratos a título oneroso son aquellos en los cuales las partes asumen obligaciones recíprocas, de modo que se promete una prestación para recibir otra; tales son la compraventa (cosa por dinero), la permuta (cosa por cosa), la prestación de servicios (servicio por dinero) y la locación (goce de la cosa por dinero). Los contratos a título gratuito son aquellos en que una sola de las partes se ha obligado, en los que una sola asegura a la otra una ventaja, con independencia de toda prestación a su cargo: donación, comodato, depósito gratuito, etc. No deja de ser gratuito el contrato por la circunstancia de que eventualmente puedan surgir obligaciones a cargo de la parte que nada prometió; así, por ejemplo, el donatario está obligado a no incurrir en ingratitud. Pero esta obligación no tiene el carácter de contraprestación; no es, en el espíritu de las partes, una compensación más o menos aproximada de lo que prometió el donante ni la razón por la cual éste se obligó.

Algunos autores admiten un tercer género: los contratos neutros. El ejemplo corriente es la fianza. Se trata de contratos que vienen a insertarse en otros, de tal modo que lo

que sirve de causa a las obligaciones contraídas por la parte beneficiada en la fianza no es la promesa del fiador sino la del otro contratante. Nos parece una categoría artificiosa. Es verdad que la fianza es un contrato accesorio; pero se establece entre fiador y beneficiado por ella. En esas relaciones es un contrato gratuito, desde que el fiador se obliga sin promesa alguna de contraprestación. Solamente sería onerosa la fianza si el beneficiario de la fianza se obligara a pagar al fiador por el hecho de obligarse como tal.

21. Consecuencias

La distinción entre contratos a título gratuito y a título oneroso (art. 967) tiene una enorme repercusión jurídica. Las principales consecuencias son las siguientes:

a) Los adquirentes por título oneroso están mejor protegidos por la ley que los adquirentes por título gratuito; por consiguiente: 1) La acción de reivindicación tiene mayores exigencias cuando se dirige contra quien adquirió la cosa por título oneroso. 2) La acción revocatoria no exige la prueba del *consilium fraudis* (que es el conocimiento que el tercero tiene del fraude o, al menos, la posibilidad de conocerlo) cuando el tercero adquirió la cosa por título gratuito; pero es indispensable si la hubo por título oneroso. 3) La acción de reducción (tendiente a proteger la legítima de los herederos forzosos) procede contra las enajenaciones hechas por el causante a título gratuito pero no contra las onerosas. 4) La garantía de evicción y contra los vicios redhibitorios solo procede, en principio, en los contratos onerosos.

b) La acción de colación (tendiente a que se consideren las transmisiones de dominio hechas por el causante en favor de uno de sus futuros herederos como un adelanto de herencia) solo funciona respecto de los actos gratuitos.

c) La aplicación de la lesión no se concibe en los contratos gratuitos.

d) Las cláusulas dudosas en los contratos onerosos deben ser interpretadas en el sentido que produzcan un ajuste equitativo de los intereses de las partes; en los contratos gratuitos, en el sentido más favorable al deudor.

C.— CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS

22. Concepto

Son contratos *conmutativos* aquellos en los cuales las obligaciones mutuas están determinadas de una manera precisa; de alguna manera, estas contraprestaciones se suponen equivalentes desde el punto de vista económico. De ahí la calificación de conmutativos con la que se quiere expresar que las partes truecan o conmutan valores análogos. Ejemplos: la compraventa (salvo la hipótesis que en seguida veremos), la permuta, la prestación de servicios, el contrato de obra, etc. Son *aleatorios* los contratos en los que las ventajas o las pérdidas, para al menos una de las partes, dependen de un acontecimiento incierto (art. 968). Tal es el caso de una renta vitalicia, en la cual una de las partes entrega un capital a cambio de una renta que durará mientras viva la persona cuya vida se ha tenido en cuenta. El alcance económico de la promesa hecha por el deudor de la renta es impreciso; depende de la duración de la vida contemplada. Y el contrato será más o menos ventajoso según esta persona viva poco o mucho tiempo. Otro ejemplo de contrato aleatorio es la venta de cosa futura, cuando el comprador toma sobre sí el riesgo de que la cosa no llegare a existir (art. 1131), como también la venta de cosa existente, pero sujeta a un riesgo cuando el comprador toma el riesgo a su cargo (art. 1130).

Los contratos conmutativos y aleatorios son una subespecie de los onerosos.

23. Importancia

En principio, solo los contratos conmutativos están sujetos a resolución o reducción de las prestaciones excesivas por causa de lesión. En los aleatorios, las partes asumen deliberadamente el riesgo de que el contrato pueda resultar desventajoso, especulando con la posibilidad contraria. Nadie puede quejarse, por tanto, de falta de equilibrio económico entre las contraprestaciones definitivamente resultantes. Por excepción, puede admitirse la aplicación de la lesión también a los contratos aleatorios cuando la diferencia de las contraprestaciones sea de tal carácter que ni el alea mismo pueda justificarla. Así, por ejemplo, cuando se compra una cosa que puede llegar o no a existir y se paga mucho más de lo que ella valdría existiendo. En efecto, cuando el comprador asume el alea de que la cosa no exista, se supone que ofrecerá menos precio que el que ella vale. Pedro ofrece 100 por una cosa que, de existir, valdrá 200. El contrato es normal: ninguna de las partes podrá invocar la lesión. Pero si ofrece 200 por lo que, aun existiendo, vale 100, el contrato puede resolverse por lesión, porque desde el punto de vista del vendedor no ha habido alea; el contrato le será siempre ventajoso.

Tampoco es aplicable a estos contratos, en principio, la teoría de la imprevisión cuando el desequilibrio ha resultado del alea normal del contrato. Supongamos que se suscribe un contrato de renta vitalicia, contemplando la vida de una persona que —al momento de celebrarse el contrato— tiene 70 años, calculando que ha de vivir unos diez o quince años más. Luego resulta que vive treinta años más. El contrato resultaría desastroso para el deudor de la renta; pero no podrá hacer jugar la imprevisión. En cambio, si se ha producido durante ese tiempo una inflación de ritmo violento e imprevisible, que convierte la renta en un valor despreciable, el juego de la teoría de la imprevisión permite reclamar un reajuste de ella. Expresamente, el artículo 1091 dispone que esta teoría es aplicable al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.

D.— CONTRATOS FORMALES Y NO FORMALES

24. Concepto; distintas clases de formas

Se llaman contratos *no formales* aquellos cuya validez no depende de la observancia de una forma establecida en la ley; basta el acuerdo de voluntades, cualquiera que sea su expresión: escrita, verbal y aun tácita. Son *formales* los contratos cuya validez depende de la observancia de la forma establecida por la ley.

Dentro de la categoría de contratos formales (art. 969), hay que hacer una distinción de la mayor importancia: los contratos cuya forma es requerida a los fines probatorios y aquellos en los cuales la formalidad tiene carácter constitutivo o solemne. Las formas solemnes (también llamadas *ad solemnitatem*), a su vez, se dividen en absolutas y relativas. El incumplimiento de la forma solemne absoluta trae aparejado la nulidad del acto celebrado; así, la donación de un inmueble debe hacerse por escritura pública inexorablemente (art. 1552). En cambio, el incumplimiento de la forma solemne relativa no acarreará la nulidad del acto sino que permitirá exigir el cumplimiento de la forma establecida por la ley; v.gr., la omisión de celebrar una compraventa inmobiliaria por escritura pública permite a cualquiera de las partes exigir la escrituración (arts. 285 y 1018). Finalmente, cuando se trata de una forma probatoria, ella solo tiene importancia a los efectos de la prueba del acto jurídico; por ejemplo, el contrato de locación, sus

prórrogas y modificaciones debe ser hecho por escrito (art. 1188), pero si se hubiera incumplido con esta forma, el contrato valdrá de todos modos si existe principio de ejecución o principio de prueba instrumental (art. 1020).

25. El carácter excepcional de la forma

Las formas tienen carácter excepcional en nuestro derecho. Salvo disposición expresa en contrario, los contratos no requieren forma alguna para su validez. En efecto, solo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada (art. 1015).

E.— CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS

26. Concepto

Son contratos *nominados* los que están previstos y regulados especialmente en la ley. Son los contratos más importantes y frecuentes y por ello han merecido una atención especial del legislador. Su regulación legal, salvo disposiciones excepcionales, solo tiene carácter supletorio; esto es, se aplica en caso de silencio del contrato, pero las partes tienen libertad para prescindir de la solución legal y regular de una manera distinta las relaciones. Por lo tanto, el propósito del legislador no es sustituir la voluntad de las partes por la de la ley; simplemente desea evitar conflictos para el caso de que las partes no hayan previsto cierto evento, lo que es muy frecuente. Para ello dicta normas inspiradas en lo que es costumbre convenir o que están fundadas en una larga experiencia o en una detenida consideración acerca de cómo puede ser hallado un equilibrio tolerable entre ambas partes y exigible en justicia a cada una de ellas.

Los contratos *innominados* no están legislados y resultan de la libre creación de las partes. No pierden su carácter de innominados por la circunstancia de que en la vida de los negocios se los llame de alguna manera, tal como ocurre, por ejemplo, con el contrato de garaje, el de espectáculo público, de excursión turística, etc.; lo que los configura jurídicamente como nominados es la circunstancia de que estén legislados. Muchas veces ocurre que nuevas necesidades van creando formas contractuales que tienden a tipificarse espontáneamente y a llevar una denominación común; cuando esa forma contractual adquiere importancia suficiente como para merecer la atención del legislador, éste la reglamenta: el contrato queda transformado en nominado.

27. Interés de la distinción

En el derecho romano, esta clasificación tenía una enorme importancia, porque solo los contratos nominados tenían fuerza obligatoria (véase nro. 6); no ocurre eso en nuestros días, pues los contratos innominados obligan lo mismo que los nominados. La importancia de la distinción reside hoy en que, si el acuerdo celebrado entre las partes configura una de las variedades previstas en la ley, puede aplicarse el conjunto de normas que lo regulan, en tanto que no hay leyes supletorias para los contratos innominados.

28. Uniones de contratos y contratos mixtos

Puesto que en materia contractual impera el principio de la libertad de las convenciones, nada se opone a que las partes acuerden contratos con elementos de varios contratos nominados o de contratos nominados e innominados. Estas

combinaciones pueden asumir las formas más complejas, que pueden clasificarse de la siguiente manera:

29. a) Uniones de contratos

1) *Unión externa*. Se trata de dos contratos perfectamente separados y solo unidos por el instrumento de celebración; por ejemplo, si en el mismo acto dos personas celebran dos contratos, uno de compraventa y otro de locación.

2) *Unión con dependencia unilateral o bilateral*. Los contratos son distintos pero unidos en la intención de las partes, de tal modo que no se desea uno sin el otro; así, por ejemplo, se compra un automóvil y el vendedor se compromete a repararlo, mediante una retribución fijada en el contrato, por el término de un año. Se encuentran unidos una compraventa y un contrato de obra. La dependencia será unilateral si solo interesa a una de las partes y bilateral si interesa a las dos.

3) *Unión alternativa*. Se acuerda la celebración de dos contratos en forma alternativa, de modo que, cumplida cierta condición, solo uno de ellos queda subsistente. Ejemplo: un diplomático compra un automóvil con la condición de que, si es cambiado de destino en un plazo menor de tres meses, la compra queda convertida en locación.

30. b) Contratos mixtos

1) *Contratos combinados o gemelos*. Una de las partes se obliga a distintas prestaciones (que corresponden cada una de ellas a un contrato típico distinto) a cambio de una prestación unitaria. Por ejemplo: se promete vender una cosa y prestar un servicio a cambio de un solo precio en dinero.

2) *Contratos mixtos en sentido estricto*. Son los que contienen un elemento que a la vez representa un contrato de otro tipo. Ejemplo: un contrato de prestación de un servicio, que a la vez supone uno de sociedad. En verdad, en este caso la tarea del intérprete consiste en precisar la verdadera naturaleza del contrato por encima del lenguaje utilizado por las partes y aplicarle el régimen legal correspondiente.

3) *Contratos de doble tipo*. Se trata de contratos que pueden encajar tanto dentro de un tipo de contrato nominado como dentro de otro. Esta situación suele producirse en esa zona gris en que los contratos distintos suelen colocarse y confundirse.

4) *Contratos típicos con prestaciones subordinadas de otra especie*. Se trata de un contrato nominado, al cual las partes han añadido obligaciones accesorias que no corresponden a ese tipo. El ejemplo clásico es el contrato de locación de un departamento, en el que el dueño toma a su cargo proveer de calefacción, agua caliente, servicio de portería, etc. Estas prestaciones accesorias no desdibujan la tipicidad del contrato principal, al que deben aplicarse las reglas legales correspondientes a dicho contrato.

De lo expuesto se desprende que en la *unión de contratos* hay combinación de varios contratos completos; en los *contratos mixtos* hay combinación de elementos contractuales.

31. Reglas aplicables a los contratos innominados

¿Qué reglas han de aplicarse a los contratos innominados? El artículo 970 dispone que deberán regirse en el siguiente orden: i) la voluntad de las partes; ii) las normas generales sobre contratos y obligaciones; iii) los usos y prácticas del lugar de celebración, y iv) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que sean compatibles y se adecuen a su finalidad. Cabe señalar que cuando la norma se refiere a la voluntad de las partes se abarca tanto la voluntad expresa como la tácita de los contratantes. Por consiguiente, el silencio del contrato debe ser llenado por los jueces, acudiendo a las normas generales de los contratos y de las obligaciones, luego atendiendo a los usos y prácticas del lugar de celebración y, finalmente, si fuera

necesario, a las normas de los contratos nominados que sean afines y que se adecuen a la finalidad económica o práctica perseguida por el contrato.

Si se trata de una unión de contratos, se aplicarán las reglas relativas a cada uno de los contratos unidos. En los contratos mixtos, el juez debe, sobre todo, atender a una sana composición de los intereses legítimos de las partes. No se puede reducir a reglas fijas la materia fluida y múltiple sobre la que se proyecta la interpretación judicial. La equidad y el resultado valioso de la solución (mirado tanto desde el punto de vista individual de los contratantes como del social) serán, en definitiva, decisivos en el espíritu del juez.

Una cuestión compleja se plantea con los contratos que están vinculados entre sí, por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global. Ellos deben ser interpretados los unos por medio de los otros y atribuirles el sentido apropiado al conjunto de la operación. Ejemplos de estos grupos de contratos, también llamados *negocios* o *contratos conexos*, son los contratos de tarjeta de crédito, de paquetes turísticos, de servicios de salud, de tiempo compartido, de transporte multimodal o los vinculados con los hipercentros de consumo. Por el momento (nos hemos de referir a estos contratos más adelante, en este mismo capítulo), basta señalar que los contratos que integran cada grupo no pueden ser interpretados aisladamente sino, por el contrario, de manera conjunta con los demás contratos que integran ese grupo, pues todos ellos tienen en vista un único objetivo: el desarrollo integral del negocio. Por ello, necesariamente, estos contratos unidos propagan sus efectos, unos a otros.

F.— *CONTRATOS DE CUMPLIMIENTO INMEDIATO, DIFERIDO, SUCESIVO O PERIÓDICO. EL CONTRATO DE LARGA DURACIÓN*

32. Concepto

Con respecto al momento del cumplimiento, los contratos pueden clasificarse de la siguiente manera:

a) De *ejecución inmediata*: las partes cumplen con todos sus derechos y obligaciones en el momento mismo del contrato; tal es el caso de la compraventa manual, en el que la cosa y el precio se entregan en el mismo instante de contratar.

b) De *ejecución diferida*: las partes postergan el cumplimiento de sus obligaciones para un momento o varios momentos ulteriores; así ocurre en la venta hecha con condición suspensiva o cuyo pago se pacta en varias cuotas, las que comienzan a vencer al cabo de cierto tiempo pactado.

c) De *ejecución instantánea*: las partes cumplen sus obligaciones en un solo instante, momento este que puede ser el de la celebración del contrato o posterior a él.

d) De *ejecución continuada o periódica o de tracto sucesivo*: las relaciones entre las partes se desenvuelven a través de un período más o menos prolongado; tal es el contrato de prestación de servicios, la locación, la sociedad, etc. Dentro de esta especie deben ubicarse ciertos contratos en los cuales una de las partes cumple todas sus obligaciones desde el comienzo, quedando pendientes las de la otra parte. Así ocurre, por ejemplo, con la venta a plazos en la que la cosa se entrega al contratar, quedando el precio para ser satisfecho en cuotas periódicas hasta su extinción total; cosa parecida ocurre en el contrato oneroso de renta vitalicia.

Los contratos de tracto sucesivo y de cumplimiento diferido constituyen el dominio de acción de la teoría de la imprevisión: las cláusulas de una convención, que pueden haber sido equitativas en el momento de contratar, pueden resultar injustas debido a la transformación de las condiciones económicas entonces imperantes. Ya veremos más adelante cómo se resuelve este problema (véanse nros. 331 y ss.); por el momento solo hemos querido destacar el interés práctico de esta clasificación.

También es remarcable la diferencia que existe en torno de la cláusula resolutoria. En los contratos bilaterales se entiende implícita la facultad de resolverlos si una de las partes no cumpliera su obligación (art. 1087); sin embargo, si se trata de un contrato de tracto sucesivo, las prestaciones que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes si resultan equivalentes, son divisibles y han sido recibidas sin reserva respecto del efecto cancelatorio de la obligación (art. 1081, inc. b)).

33. Contratos de larga duración

La irrupción de los contratos de larga duración ha permitido advertir que, en muchos casos, el contrato no es un acto aislado sino que configura un verdadero proceso. En este punto, es necesario insistir en la importancia de estar dispuestos a una continua renegociación, en donde se contemplen no solo las posibles y muchas veces abruptas variaciones de precios (sea por devaluaciones monetarias, sea por cambios de cotización de productos o materias primas), sino también las innovaciones tecnológicas y los nuevos requerimientos de la comunidad (piénsese en el equilibrio que debe existir en la prestación de servicios, que debe ofrecer precios adecuados pero a la vez brindar prestaciones de avanzada).

El artículo 1011 establece que *en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Por tal motivo, las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.*

La norma apunta a la importancia que tiene el factor tiempo en los contratos de larga duración, lo que pone de manifiesto las dificultades que se ciñen sobre los contratos cuando se los pretende inmodificables, quedando obligadas las partes inexcusablemente en los términos convenidos.

El mundo contemporáneo genera numerosos negocios jurídicos que vinculan a las partes por muchos años. Son, entre otros, los ejemplos de los contratos de concesión de servicios públicos o de obras viales, servicios de salud, tiempo compartido, *leasing*, fideicomiso y obras públicas (como construcción de represas).

Está claro que estos contratos no permiten situaciones cristalizadas. Se hace necesario admitir un proceso de permanente renegociación y de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones contractuales, para alcanzar la finalidad perseguida dentro de un marco de justicia contractual. Para ello, para alcanzar tales soluciones justas, será necesario atender a la calidad y eficiencia de las prestaciones prometidas, la competitividad de la economía, las inversiones y la rentabilidad empresarial, entre otros aspectos.

De allí la importancia de la norma legal citada (art. 1011), en cuanto impide extinguir sin más el contrato ante un incumplimiento, si es de larga duración, debiendo otorgar a la otra parte la oportunidad de renegociar de buena fe las pautas contractuales para no incurrir en un ejercicio abusivo de los derechos.

Sin embargo, debemos señalar que la operatividad de esta norma no resulta clara en algunos contratos de larga duración. En efecto, en los contratos por tiempo

indeterminado de suministro (art. 1183), agencia (art. 1492) y franquicia (art. 1522), el Código prevé un sistema de extinción contractual que no hace mención alguna a las pautas del artículo 1011. La prevalencia de las normas especiales sobre la norma general o la interpretación armónica de todas ellas será una cuestión a decidir teniendo en cuenta las particularidades del caso en concreto.

G.— OTRAS CLASIFICACIONES

34. Contratos principales y accesorios

Al estudiar los contratos mixtos hemos visto que a veces hay entre ellos una relación de subordinación. Uno de ellos es principal, es decir, puede existir por sí solo; el otro es accesorio y su existencia no se concibe sin el principal, de tal modo que, si éste fuera nulo o quedara rescindido o resuelto, también quedaría privado de efectos el accesorio. El ejemplo típico de contrato accesorio es la fianza.

35. Contratos de cambio y de asociación

En los primeros, una de las partes da o hace algo para recibir del cocontratante otra cosa o servicio. Por ejemplo, la compraventa, la permuta, la locación, el contrato de obra, la prestación de servicios, el transporte, etc. En estos contratos hay intereses contrapuestos (por ejemplo, en la compraventa el vendedor pretende vender más caro, el comprador pagar menos) que se concilian en el acuerdo.

En los contratos de asociación, en cambio, no hay intereses contrapuestos, sino, por el contrario, coincidentes. Ejemplo típico, la sociedad. Los socios unen sus esfuerzos e intereses para el logro de un beneficio común.

36. Contratos según su función económica y social

Los contratos pueden ser distinguidos según la función económica y social que tengan.

Hay contratos que tienen una función de crédito. Son los contratos de préstamo, sean estos de consumo o de uso. El contrato de mutuo es un préstamo de consumo, pues lo que se da es un bien fungible o consumible, de modo que quien recibe el préstamo no está obligado a devolver la misma cosa, sino otra de igual calidad y especie. Es el caso del préstamo de dinero. En cambio, en el contrato de uso, como en el de comodato, lo que se presta es una cosa cierta y determinada que obliga a quien la recibe a devolver esa misma cosa.

Hay contratos que tienen una función de garantía; esto es, tienen como fin asegurar el cumplimiento de una obligación. Es el caso del contrato de fianza, por el cual el fiador asegura que el deudor cumplirá su obligación para con el acreedor, pero si ello no ocurriera, aquél deberá satisfacer el crédito.

Hay contratos que tienen una función de custodia o cuidado. Es el caso del contrato de depósito, por el cual quien recibe una cosa se obliga a cuidarla durante el tiempo fijado en el contrato y a entregarla sin daño a quien se la ha dado.

Hay contratos que tienen una función de cooperación, como ocurre con el contrato de sociedad, en el que los socios tienen diferentes obligaciones, pero todas ellas tienden a alcanzar el fin social previsto.

Hay, finalmente, contratos que tienen una función de previsión. En efecto, frente a daños que pueden llegar a producirse, se busca protección recurriendo —por ejemplo— al contrato de seguro, mediante el cual la compañía aseguradora, que debe tener solvencia patrimonial conforme disposición legal, cubrirá tal eventualidad, dejando incólume el patrimonio del asegurado.

37. Los contratos conexos

Ya nos hemos referido a las uniones de contratos y a los contratos mixtos. Ahora es necesario destacar que la teoría moderna profundiza el estudio de estas dependencias contractuales y apunta a la idea de conexidad o de redes contractuales. En este caso se advierte que existe una pluralidad de contratos, donde se conserva la individualidad del negocio, pero en los cuales las vicisitudes de uno de ellos pueden repercutir en el otro u otros. Esto es así, pues la ineficacia de un contrato puede arrastrar la del otro, pero a la vez puede ocurrir que un negocio perviva a pesar del incumplimiento de uno de los contratos.

Estos contratos conexos tienen como característica la coexistencia de dos o más contratos con una común finalidad económica (en otras palabras, un único negocio fraccionado jurídicamente), en donde intervienen más de dos sujetos (personas humanas o jurídicas) pero uno de ellos (parte o tercero) ejerce una posición dominante (ejemplo claro, el del contrato de medicina prepaga).

Esto refleja que existen contratos autónomos pero que suelen estar puestos en red (piénsese en las redes de distribución, como los concesionarios de automotores, y de colaboración, como la unión de intereses desarrollada en los hipercentros de consumo, en el transporte multimodal o en las tarjetas de crédito).

Esta conexidad trajo aparejada una importante discusión sobre la responsabilidad de quien no celebró el contrato.

Se pregonó la ausencia de responsabilidad, fundada en que se trataban de contratos distintos y celebrados por personas diferentes, en donde los contratantes actúan en su propio nombre e interés, y en que debía aplicarse la regla *res inter alios acta* y tener en cuenta la improcedencia de la acción directa ante la falta de texto legal que la autorice. Sin embargo, en la actualidad no se discute la existencia de tal responsabilidad fundada en normas expresas (como las que se prevén en la ley de defensa del consumidor) y en distintas circunstancias que deben ser valoradas: la preponderancia del negocio sobre el contrato, la existencia de grupos económicos integrados por empresas controlantes y controladas, la importancia de la actividad financiera, la necesidad de generar nuevos negocios y la posibilidad de que se produzca un verdadero abuso del derecho con el consiguiente deber de reparar. A ello, súmense ciertos hechos que ponen en evidencia la necesidad de expandir la responsabilidad, como ocurre con el uso de emblemas o la inexistencia de bocas de expendio propias (tal es el caso de las concesionarias automotrices).

El Código Civil y Comercial ha desterrado toda duda sobre la existencia de estos contratos conexos, desde que afirma que hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida (sea por la ley, sea por voluntad de las partes, sea por surgir de una razonable interpretación del negocio), de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido (art. 1073).

Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido (art. 1074).

Esta finalidad común habilita a uno de los contratantes a oponer la excepción de incumplimiento contractual, aun frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. E, incluso, podrá requerir la extinción del contrato por él celebrado si la

extinción de otro de los contratos conexos produce la frustración de la finalidad económica común (art. 1075).

Veamos con algún detalle tres casos de contratos conexos.

En el negocio de *tarjeta de crédito* (regulado por la ley 25.065), se advierte que existe un negocio único y una finalidad económico-social compartida, pero hay pluralidad de relaciones contractuales. Hay un contrato principal, celebrado entre la empresa emisora y el titular de la tarjeta que habilita a éste a usarla. Pero hay otros contratos más: i) el que une a la empresa emisora con los comercios adheridos; ii) el que se celebra entre el comercio adherido y el titular de la tarjeta cuando éste realiza la compra, y iii) el que se celebra entre la empresa emisora y alguna entidad financiera o bancaria que la respalde.

Cuando se piensa en los denominados *paquetes turísticos*, hay que incluir una pluralidad de contratos que tienen como eje al organizador del negocio. Al contrato principal que une al organizador o agencia con su cliente (el turista), hay que añadir los contratos que aquél celebra: i) con los hoteles, para permitir el alojamiento del turista, (ii) con los medios de transporte, en los que viajará el turista, (iii) con otras empresas (como las de espectáculos públicos) que se ofrecerán al turista para su esparcimiento. Hay que destacar que el turista no celebra cada uno de estos contratos, sino que todos ellos son negociados por el organizador, quien asume la consiguiente responsabilidad por la mala prestación del servicio.

Para no abundar en ejemplos, cerraremos esta lista con el *contrato de medicina prepaga*. La empresa de medicina prepaga celebra el contrato principal con el afiliado, pero también celebra contratos con las clínicas, con los médicos, con las empresas de emergencia, etc., organizando todos estos componentes de modo de asegurar la correcta prestación del servicio requerido por el afiliado.

H.— CONTRATOS CONSENSUALES Y REALES. SU DESAPARICIÓN

38. Concepto

Son contratos *consensuales* los que quedan concluidos por el mero consentimiento, sea o no formal. Son *reales* los que quedan concluidos solo con la entrega de la cosa sobre la cual versa el contrato. Así los definía el Código Civil de Vélez Sarsfield en los arts. 1140 y 1141.

De acuerdo con el concepto antes expresado, los contratos reales requieren como condición de su existencia la entrega de la cosa. El mero acuerdo de voluntades es ineficaz para obligar a las partes. Pero esta categoría parece carecer de sentido en el derecho moderno, en el que impera el principio de la autonomía de la voluntad; basta el acuerdo de voluntades expresado en la forma señalada por la ley para que el contrato tenga fuerza obligatoria, sin otro límite que la legitimidad de la causa y el objeto. Bien puede decirse que la categoría de contratos reales es hoy un anacronismo.

Por eso, ha hecho bien el Código Civil y Comercial en suprimir esta clasificación. Sin embargo, deben hacerse un par de acotaciones.

La primera, que inadvertidamente se han consagrado supuestos de contrato real. En efecto, al regularse el derecho real de prenda, se establece que se constituye por contrato formalizado en instrumento público o privado y *tradición* al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes (art. 2219). Como se ve, se exige contrato y

entrega de la cosa como elemento constitutivo, lo que es propio del contrato real. Lo mismo cabe decir del contrato de depósito bancario de dinero (art. 1390) y de cesión de derechos (art. 1614).

La segunda, que debieron contemplarse algunos supuestos particulares. Es el caso del contrato de comodato o préstamo de uso, que siempre es gratuito. Tal gratuidad debería tenerse en cuenta para autorizar al comodante a negarse a entregar la cosa, sin que ello pueda legitimar a la otra parte a exigir su entrega o a reclamar una indemnización por daños. Así lo preveía el artículo 2256 del Código Civil de Vélez. Lamentablemente, el Código Civil y Comercial no prevé una norma similar; por el contrario, impone al comodante la obligación de entregar la cosa en el tiempo y lugar convenidos, sin excepción alguna (art. 1540, inc. a)).

I.— LAS LLAMADAS RELACIONES CONTRACTUALES DE HECHO

39. Teoría de Haupt

Este jurista alemán llamó la atención sobre ciertas relaciones jurídicas que tradicionalmente se han considerado como contratos y que, a su criterio, no encajan dentro de ese concepto sino forzando la realidad. Ilustra su idea con el ejemplo del aviador deportivo que utiliza una pista pública de aterrizaje, por la cual tiene que pagar la correspondiente tarifa. Sostiene que no hay contrato; no hay oferta ni aceptación ni mutuo consentimiento; el aviador se limita a aterrizar y por ese solo hecho está obligado a pagar el servicio. HAUPT las llama *relaciones contractuales fácticas*; contractuales porque tienen los mismos efectos que tendría un contrato celebrado con ese objeto; fácticas porque se originan no en un contrato, sino en una conducta de hecho. Enumera como ejemplos la obligación que tiene el titular de un comercio de pagar los daños y perjuicios sufridos por un cliente que todavía no ha comprado nada, es decir, que aún no ha contratado; el transporte de favor; la situación jurídica resultante de un contrato de sociedad que luego se declara nulo; las relaciones resultantes de la utilización de transportes colectivos u otros servicios públicos tarifados.

Esta teoría, sin embargo, no ha merecido buena acogida en Alemania, ni ha tenido repercusión en otros países. Las categorías y ejemplos de HAUPT parecen tener cómoda cabida dentro de la teoría de los hechos ilícitos (daños ocasionados al cliente de un establecimiento comercial, daños producidos con ocasión de un transporte benévolo) o de los contratos (ejemplos restantes). Quizás el supuesto más complejo sea el de las relaciones resultantes de la utilización de un servicio público tarifado; en efecto, cuando una persona toma un ómnibus, por ejemplo, no le importa contratar sino ser transportada de un lugar a otro; se limita a subir al ómnibus para ser llevada a su destino.

No obstante, aun en este caso, esta doctrina no resulta convincente. Es cierto que quien sube a un ómnibus no piensa en realizar un contrato, sino en ser llevado de un lugar a otro; tampoco piensa en contratar el espectador que va a ver una película o la persona que adquiere un diario. Ellos se proponen gozar del espectáculo o de la lectura y no por eso ha de decirse que no han contratado. Sin embargo, incluso en los contratos más típicos y formales la situación es igual; cuando yo compro una casa, el propósito que me guía no es firmar una escritura de compraventa, sino adquirir un bien en el que he de vivir o me ha de producir una renta. El fin último del contrato es siempre o casi siempre económico, lo que no excluye la voluntad de contratar para lograrlo. Y cuando una persona sube a un ómnibus sabe que tiene obligación de pagar el boleto y que solamente ese pago le da derecho a ser transportada a su destino; es decir, tiene la

conciencia clara de que celebra un contrato, de que acepta un servicio que se le ofrece adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones, por más que la habitualidad y frecuencia de tales viajes la lleve a conducirse casi mecánicamente y sin pensar en cada caso que está celebrando un contrato.

CAPÍTULO III - ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS. EL CONSENTIMIENTO

40. Elementos de los contratos

La doctrina clásica distingue tres clases de elementos de los contratos: esenciales, naturales y accidentales:

a) Elementos *esenciales* son aquellos sin los cuales el contrato no puede existir. Ellos son: el consentimiento, la causa y el objeto. En apretada síntesis, el consentimiento es la conformidad o el acuerdo que resulta de manifestaciones intercambiadas por las partes, el objeto es la prestación (bien o hecho) prometido por las partes y la causa es la finalidad perseguida por las partes y que ha sido determinante de su voluntad.

b) Elementos *naturales* son aquellas consecuencias que se siguen del negocio, aun ante el silencio de las partes; así, la gratuidad es un elemento natural de la donación; las garantías por evicción y por vicios redhibitorios, un elemento natural de los contratos a título oneroso.

c) Elementos *accidentales* son las consecuencias nacidas de la voluntad de las partes, no previstas por el legislador. Por ejemplo, la condición, el plazo, el cargo.

Algunos ordenamientos legales extranjeros incluyen otros elementos esenciales. Así, el Código Civil francés menciona la capacidad de los contratantes (art. 1108) y el italiano (art. 1325) la forma cuando ella es requerida bajo pena de nulidad. Veamos cada caso.

La capacidad no constituye un elemento del contrato, sino un presupuesto del consentimiento. En efecto, el consentimiento no puede ser dado válidamente sino por quien tiene capacidad para obligarse. En otras palabras, si la persona no es capaz para otorgar un acto jurídico en particular, el consentimiento que preste será nulo.

En cuanto a la forma, es cierto que, si las partes la incumplen, el acto jurídico celebrado será nulo, pero ello ocurrirá solamente en los pocos casos en los que la ley así lo establece (art. 969). En la mayoría de los contratos, el incumplimiento de la forma no acarrea la nulidad (art. citado). Por ello, no parece posible incluir a la forma dentro de los elementos esenciales del contrato en general porque, insistimos, el incumplimiento de ella no trae como regla la nulidad del acto, sino solo en los casos en que la ley así lo prevé expresamente.

§ 1.— Voluntad y declaración

41. El problema de las divergencias entre la intención y la declaración de la voluntad

Si bien lo normal en un acto jurídico es que la intención coincida con la declaración de la voluntad, suelen presentarse algunas hipótesis de desencuentro entre ambas: a) cuando por *error* se manifiesta una cosa distinta de la que en realidad se desea; b) en el caso de *reserva mental*, o sea cuando deliberadamente se hace una manifestación que no coincide con la intención, haciendo reserva interior de que no se desea lo que se manifiesta desear; c) cuando se hace una declaración con espíritu de broma o sin entender obligarse, como, por ejemplo, las palabras pronunciadas en una representación teatral; d) cuando se simula un acto jurídico; e) cuando la declaración ha sido causada por violencia o ha resultado de un engaño.

La comprobación de la posibilidad de desacuerdo entre la intención y la declaración hace inevitable este interrogante: ¿debe darse prevalencia a la intención sobre la declaración o a esta sobre aquella?

Digamos, desde ya, que esta cuestión no ofrece interés práctico en algunas de las hipótesis señaladas; así, por ejemplo, en materia de dolo y de violencia, en que la nulidad del acto se funda en el hecho ilícito. En cambio, tiene importancia decisiva en otros casos, tal como en el error y muy particularmente en el delicado problema de la interpretación de los actos jurídicos.

42. Teoría de la voluntad

La teoría clásica sostenía el imperio absoluto de la voluntad interna. Según ella, el origen íntimo y verdadero de toda vinculación contractual es la voluntad de las partes. "Implicando la noción del contrato —dice CELICE— el concurso de dos voluntades internas, lo que hay que interpretar son esas voluntades: todo lo que las acompaña, gestos, palabras, escritos, etcétera, no son más que despreciables vestigios de los procesos por los cuales se han dado a conocer". La declaración solo sería una cuestión formal, accidental, y la noble tarea judicial consiste en desentrañar la verdadera voluntad de las partes y hacerle producir efectos.

Esta teoría imperó sin contradicción hasta principios del siglo XIX, en el que los juristas alemanes la hicieron objeto de duros ataques, sosteniendo, por su parte, una doctrina objetiva sustentada en la declaración de la voluntad.

43. Teoría de la declaración de la voluntad

Dejando de lado algunas exageraciones que condujeron a negar todo papel a la voluntad en la formación de los actos jurídicos, es preciso destacar cuál fue el mérito principal de la doctrina alemana: poner de relieve la importancia principalísima de la declaración en la formación de los actos jurídicos. No es exacto que la declaración sea un despreciable vestigio de la voluntad interna; por el contrario, forma con esta un todo indisoluble, a tal punto que no puede concebirse una sin la otra. Para que la intención se transforme de fenómeno de conciencia en fenómeno volitivo es indispensable la exteriorización; de ahí que esta sea necesaria para la existencia misma de la voluntad y que, por consiguiente, es falso e impropio hablar de voluntad interna.

Por lo demás, y planteando la cuestión en un terreno estrictamente teórico, es necesario reducir a sus justos límites el papel de la voluntad en lo que atañe a los efectos de los actos jurídicos. Es preciso afirmar que la fuerza obligatoria de los contratos no deriva de la voluntad de las partes, sino de la ley. Es verdad que, al atribuir esa obligatoriedad, la ley tiene en cuenta de modo muy primordial el respeto por la voluntad del hombre, pero también considera otros factores no menos importantes: la obligatoriedad de los contratos es una exigencia ineludible del comercio y de la vida social; media inclusive una razón de orden moral en el cumplimiento de la palabra empeñada.

Pero es en la faz práctica en la que la teoría clásica revela toda su debilidad. Es evidente que la intención o voluntad íntima (como tan impropriamente se llama), justamente por ser puramente psicológica e interna, es inaccesible a los terceros y no puede ser la base de un negocio jurídico, que por ser fuente de derechos y obligaciones, quizá gravosas, debe tener un fundamento concreto, seguro y serio, condiciones que no podían encontrarse en la simple intención.

Resulta así evidente que la formación de los contratos en general no puede surgir sino de la coincidencia de las voluntades declaradas, únicas que pueden conocer y apreciar las partes. Ni estas ni el juez llamado a entender en un litigio pueden ni deben intentar vanas investigaciones psicológicas, destinadas siempre a resultados inciertos.

No debe pensarse, por ello, que la teoría de la declaración menosprecia la intención; por el contrario, su aplicación conduciría a respetarla en la enorme mayoría de los casos, porque lo normal es que las palabras de una persona coincidan con su intención, tanto más cuanto que se trata de negocios jurídicos en que, precisamente por ser fuente de derechos y obligaciones, las partes ponen un especial esmero en traducir con fidelidad su pensamiento.

En conclusión: la buena fe, la seguridad de los negocios, la confianza que debe presidir las relaciones humanas, están interesadas en que los actos jurídicos reposen sobre una base cierta y segura, que no puede ser otra cosa que la voluntad declarada: *las intenciones que no existen sino en el espíritu de las partes no entran en el dominio del derecho*. Bien claro que por declaración de voluntad no debe entenderse tan solo la palabra hablada o escrita, sino *toda conducta o proceder, incluso el silencio en ciertos casos, que de acuerdo con las circunstancias y apreciada de buena fe, permita inferir la existencia de una voluntad de obligarse*.

44. Medios de manifestación del consentimiento

Dispone el artículo 971, al establecer cómo se produce la formación del consentimiento, que los "contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia del acuerdo".

El consentimiento es una declaración de voluntad, por lo que resultan aplicables las normas que regulan la manifestación de la voluntad. La voluntad puede manifestarse de manera expresa o tácita; es expresa cuando se exterioriza de manera oral, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material (art. 262); es tácita cuando resulta de actos que permitan conocer la voluntad con certidumbre y siempre que la ley no exija una manifestación expresa (art. 264). Incluso, en limitados casos, el silencio puede importar una manifestación de la voluntad. Ello ocurre cuando se opone el silencio a un acto o una interrogación y existe un deber de expedirse que resulta de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (art. 263).

§ 2.— Formación del contrato

A.— OFERTA

45. Concepto

Oferta es una proposición unilateral que una de las partes dirige a otra para celebrar un contrato. O, como lo define el Código Civil y Comercial, es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada (art. 972). No es un acto preparatorio del contrato, sino una de las declaraciones contractuales. Así, pues, solo hay oferta cuando el contrato puede quedar concluido con la sola aceptación de la otra parte, sin necesidad de una nueva manifestación del que hizo la primera proposición.

En consecuencia, la oferta debe ser distinguida:

a) De la *invitación a oír ofertas*, en la cual una persona se limita a hacer saber que tiene interés en celebrar cierto negocio y que escucha ofertas. Ejemplo típico es el de la subasta pública, en la que el martillero invita a formular propuestas, pero el contrato no queda concluido sino cuando hace la adjudicación a la más alta.

b) De la llamada *oferta al público* que ordinariamente no constituye sino una invitación a oír ofertas. Como es hecha a persona indeterminada no obliga al ofertante *excepto que de sus términos o de las circunstancias de emisión resulte la intención de contratar del oferente*, en cuyo caso se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos (art. 973).

Por ello, a menos que se trate de la excepción prevista, se requiere una declaración de voluntad del interesado y una ulterior aceptación de quien hizo la oferta general.

En línea con lo establecido en el Código Civil y Comercial, la ley 24.240, llamada de defensa del consumidor, establece desde que fue promulgada que la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones (art. 7°).

Asimismo, configura una declaración obligatoria para el que la emite la oferta de objetos por medio de un aparato automático, en cuyo caso el contrato queda concluido con la conducta del comprador que introduce la moneda haciendo funcionar el mecanismo.

c) De la *opción contractual*, que es un contrato por el cual una de las partes hace una oferta con carácter irrevocable durante un cierto tiempo y la otra acepta la irrevocabilidad propuesta y se obliga a aceptar la oferta o rechazarla en ese mismo tiempo (véase nro. 78). En esta hipótesis hay algo más que una promesa unilateral, desde que ha mediado ya un acuerdo de voluntades.

d) Finalmente, debe distinguirse de las *tratativas previas* al contrato y aun de los *contratos preliminares* (véanse nros. 70 y 76). En estos no hay todavía una voluntad definitiva de vincularse jurídicamente; se está solo en tanteos y negociaciones más o menos adelantadas, pero que no han llegado a la concreción de una propuesta firme y definitiva.

46. Requisitos de la oferta

Según el artículo 972, para que haya oferta válida es necesario:

a) Que se dirija a *persona o personas determinadas o determinables*. Por ello es que la oferta al público, como ya hemos dicho, no es en principio obligatoria, sino que debe más bien considerarse como una invitación a oír ofertas, a menos que se trate: i) de la excepción prevista en el artículo 973 (cuando de sus términos o de las circunstancias de emisión resulte la intención de contratar del oferente, en cuyo caso se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos) o ii) de una oferta a celebrar un contrato de consumo la oferta al público obliga de tal modo que, si no se hiciera efectiva, el oferente será sancionado conforme las pautas fijadas por la propia ley (art. 7º, ley 24.240, ref. por ley 26.361).

Por lo dicho precedentemente, el ofrecimiento público de mercaderías, hecho por los comerciantes con indicación de precio en escaparates, vidrieras u otros medios, constituye una oferta cuya aceptación obliga a vender. Es un típico caso de contrato de consumo.

Por último, ¿cuándo la oferta es dirigida a persona determinable? Cuando la oferta contenga un procedimiento claro para la determinación de la persona a la cual se dirige, en cuyo caso es obligatoria para el oferente; tal como ocurre con la promesa de recompensa a quien encuentre y devuelva un objeto.

b) Que tenga por objeto un contrato determinado, *con todos los antecedentes constitutivos de los contratos*. O, con palabras del Código Civil y Comercial, que tenga las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada. Es decir, la propuesta debe contener todos los elementos necesarios como para que una aceptación lisa y llana permita tener por concluido el contrato. Así, por ejemplo, si se trata de una compraventa, será necesario que la oferta contenga la determinación de la cosa y el precio; faltando cualquiera de estos elementos, no habrá oferta válida, pues ellos son esenciales en dicho contrato.

c) Que exista *intención de obligarse*. Todo acto jurídico (y la oferta lo es) requiere que sea ejecutado con intención para ser válido (art. 260). Por ello, si no hay verdadera intención de obligarse, no hay oferta. Es el caso de la oferta hecha con espíritu de broma o sin entender obligarse, como, por ejemplo, las palabras pronunciadas en una representación teatral.

47. Oferta alternativa

Si la oferta fuera alternativa, vale decir, si se ofrece un contrato u otro, la aceptación de uno de ellos basta para que el acuerdo de voluntades quede perfecto. La misma solución es aplicable al caso del ofrecimiento de cosas que pueden separarse; por ejemplo, una persona ofrece a otra un lavarropas a \$ 5.000 y un televisor a \$ 8.000. Estas deben considerarse como ofertas separadas y como tales pueden aceptarse. En cambio, será inseparable el ofrecimiento de un juego de comedor no obstante se haya fijado precio separado por la mesa y cada una de las sillas. Que las cosas puedan separarse puede depender de su misma naturaleza; pero más seguro es atender a la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, en el supuesto del lavarropas y televisor, puede ocurrir que el vendedor exija como condición de venta que el comprador se lleve ambos objetos: estas cosas deben considerarse inseparables, a pesar de que son separables por naturaleza. De igual modo, el dueño podría vender separadamente cada una de las sillas que integran un juego.

Si las cosas no pudieren separarse y no obstante ello el receptor de la oferta acepta una sola, esta aceptación importará la oferta de un nuevo contrato (art. 978) que el oferente originario podrá aceptar o rechazar.

48. Contrato plurilateral

El artículo 977 dispone que si el contrato ha de ser celebrado por varias partes, y la oferta emana de distintas personas o es dirigida a varios destinatarios, no hay contrato sin el consentimiento de todos los interesados, excepto que la convención o la ley

autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión solo entre quienes lo han consentido. En otras palabras, cuando la oferta emana de diferentes personas y es dirigida a varios destinatarios, es necesario como regla (a menos que por convención o que la ley permitieran otra cosa) el consentimiento de todos para que exista contrato.

49. Duración de la oferta; revocación; caducidad

¿En qué medida queda obligado el oferente por su sola oferta?

La regla primaria es que la oferta obliga al proponente. Con otras palabras, quien emite una oferta se está obligando a cumplir con las prestaciones prometidas si el destinatario de ella la acepta.

Desde luego, esta fuerza obligatoria de la oferta puede tener limitaciones, las que, a tenor de lo que dispone el artículo 974, párrafo 1º, nacen de los términos de la oferta (como ocurriría cuando se establece un límite de vigencia de la oferta), de la naturaleza del negocio (es el caso de la oferta contractual que tiene por objeto una cosa que está sujeta a un riesgo) o de las circunstancias del caso (cuando se ofrece, por ejemplo, un hacer que importa una obligación *intuitu personae*).

El Código Civil y Comercial (art. 974, párrs. ss.) distingue entre la oferta con y sin plazo de vigencia. A su vez, en este último caso, diferencia entre ofertas hechas a persona presente o formulada por un medio de comunicación instantáneo y a personas que no están presentes.

Si en la oferta se establece un plazo de vigencia, la oferta valdrá solo por ese plazo, el que comenzará a correr desde la fecha de su recepción excepto que contenga una previsión diferente.

Si en la oferta no se establece un plazo de vigencia y ella es hecha a persona presente o se la formula por un medio de comunicación instantáneo, solo puede ser aceptada de inmediato. Si ello no ocurre, la oferta caduca.

En cambio, si la oferta se hace a una persona que no está presente, sin que se haya fijado un plazo para su aceptación, el oferente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por el aceptante por los medios usuales de comunicación.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que si la oferta es dirigida a una persona determinada, ella puede ser retractada. Para ello, es necesario que la comunicación del retiro de la oferta sea recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la propia oferta (art. 975).

Finalmente, existen supuestos de caducidad de la oferta; esto es, que pierde su fuerza obligatoria. Ello acaece cuando el proponente o el destinatario de la oferta fallecen o se incapacitan antes de la recepción de su aceptación. Con todo, se le reconoce un derecho a quien aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente: si a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación (art. 976). La indemnización se limita al daño emergente y no comprende el llamado lucro cesante, o sea, lo que el aceptante hubiera podido ganar de haberse concluido válidamente el contrato. Es claro que si la caducidad se produce por la muerte del oferente, la acción deberá ser dirigida contra sus herederos (art. 1024).

50. Concepto

La aceptación de la oferta consuma el acuerdo de voluntades. Para que se produzca su efecto propio (la conclusión del contrato) es preciso: a) que sea *lisa y llana*, es decir, que no esté condicionada ni contenga modificaciones de la oferta; b) que sea *oportuna*; no lo será si ha vencido ya el plazo de la oferta, que puede ser expreso o resultar de los usos y costumbres o de un tiempo que pueda considerarse razonable para recibir la respuesta.

La aceptación debe referirse a todos los puntos de la propuesta; basta el desacuerdo con uno solo de ellos, aunque sea secundario, para que el contrato quede frustrado.

Hay aceptación cuando existe una declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta. Incluso, el silencio, si bien como regla no puede ser tenido como una aceptación, sí lo será si existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes —porque así lo han pactado—, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (art. 979).

51. Modificación de la oferta

Si la oferta se aceptara con modificaciones, el contrato no queda concluido y la aceptación se reputa como una nueva oferta (llamada *contrapropuesta* o *contraoferta*) que debe considerar el oferente originario. Sin la aceptación de éste, no hay contrato.

El artículo 978 añade que las modificaciones hechas por el aceptante pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica a aquél de inmediato. En verdad, poco importa que la aceptación del oferente sea de inmediato. Aunque ello no ocurra, es claro que, si el oferente acepta los cambios introducidos por el aceptante, habrá contrato. Es que, en este caso, la modificación hecha por el aceptante importa colocarlo a él como oferente y el oferente inicial, al aceptar la propuesta recibida, se ha convertido en aceptante del contrato.

52. Perfeccionamiento del contrato

La aceptación perfecciona el contrato. Pero debe diferenciarse según se trate de un contrato entre presente o entre ausentes.

En el primer caso, la aceptación perfecciona el contrato cuando ella es manifestada; en el segundo caso, la aceptación perfecciona el contrato cuando ella es recibida por el proponente, siempre que ello ocurra dentro del plazo de vigencia de la oferta (art. 980).

53. Oferta hecha a persona presente o por un medio de comunicación instantáneo

La oferta hecha a persona presente o por un medio de comunicación instantáneo, como puede ser el teléfono o un sistema informático *online*, no se juzgará aceptada si no lo fuese inmediatamente (art. 974). Es un supuesto en que el receptor de la oferta no goza de plazo, a menos que se le concediera expresamente. Se trata de una disposición razonable, fundada en lo que es corriente en la vida de los negocios.

54. Oferta hecha por mensajero

Si la oferta ha sido hecha por medio de un mensajero o nuncio, no se juzgará aceptada si éste volviese sin una aceptación expresa y la transmitiese al oferente. El Código Civil de Vélez contenía una norma expresa en tal sentido (art. 1151); el Código Civil y Comercial no tiene una disposición similar, pero el artículo 980 establece que, en el contrato entre ausentes, el perfeccionamiento se da cuando la aceptación es recibida por el proponente. Es importante aclarar que el mensajero no es un mandatario con

representación; este último obra en nombre y por cuenta de su mandante. En este caso, y justamente por el carácter representativo que ostenta el mandatario, habrá contrato desde que éste recibe la aceptación de la oferta. No es más que la aplicación de las reglas generales del contrato de mandato.

55. Contratos por teléfono

¿Los contratos concluidos por teléfono deben considerarse celebrados entre presentes o ausentes? Esta cuestión, que otrora dio origen a controversias, puede hoy considerarse superada. Se acepta generalmente la necesidad de hacer el siguiente distinguo:

a) En lo relativo al *momento* de la conclusión del contrato, se reputa celebrado entre presentes. Por consiguiente, la aceptación debe seguir inmediatamente a la oferta (Código Civil alemán, art. 147; de las Obligaciones suizo, art. 4º; brasileño, art. 428; mexicano, art. 1805; paraguayo, art. 675).

b) En lo relativo al *lugar* de la conclusión se lo reputa entre ausentes. Por consiguiente, la forma del contrato se regirá por las leyes y usos vigentes en el lugar de la aceptación (arg. art. 2649), que es el lugar en que quedó perfeccionado el contrato.

56. Contratos celebrados por fax y a través de sistemas informáticos

En materia comercial, es frecuente que tanto la oferta como la aceptación de un contrato se hagan por fax. Tales contratos deben reputarse hechos entre ausentes, tanto en lo relativo al momento como al lugar de la celebración.

Alguna diferencia existe, en cambio, si se trata de contratos celebrados a través de medios digitales entre personas que están comunicadas a través de sistemas informáticos interconectados. La manifestación se realiza mediante un simple clic del *mouse*. Este contrato podrá ser juzgado como celebrado entre ausentes o presentes según las circunstancias del caso. Así, si el negocio se concreta por operaciones *online* (comunicación interactiva o simultánea), se entenderá que el contrato ha sido celebrado entre presentes, pues la aceptación es inmediatamente conocida (por ej., la reserva de un pasaje aéreo); por el contrario, se juzgará como celebrado entre ausentes si la aceptación no es emitida *online* o requiere de una confirmación posterior por el oferente enviada por otro medio (sea fax, teléfono o correo electrónico). Es a esa comunicación *online* a la que se refiere el artículo 974 cuando, hablando de la oferta formulada por un medio de comunicación instantáneo, sin fijación de plazo, dispone que ella solo puede ser aceptada inmediatamente.

57. Contratos celebrados por máquinas

El maquinismo moderno y el fenómeno de la contratación en masa han hecho surgir un nuevo modo de contratación. Se trata de máquinas expendedoras automáticas. Estas máquinas, puestas a la vista pública, importan una oferta de contrato; una vez que el particular ha introducido la ficha, el contrato ha quedado celebrado y el ofertante queda obligado a entregar la cosa.

Estas máquinas colocadas en un lugar público importan una promesa de contrato de carácter vinculante, de modo que el dueño solo puede desobligarse de contratar retirando la máquina.

58. Retracción de la aceptación

La aceptación puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que ella (art. 981). Como puede advertirse, se sigue un criterio idéntico al de la retractación de la oferta.

C.— CONTRATOS ENTRE AUSENTES

59. Momento en que se reputa concluido el contrato; distintos sistemas

¿Cuándo debe reputarse concluido el acuerdo de voluntades en los contratos entre ausentes? La cuestión ha dado origen a distintos sistemas sostenidos en la doctrina y la legislación comparada:

a) Según el sistema de la *declaración*, el contrato queda concluido en el momento en que el aceptante ha manifestado de alguna manera su voluntad de aceptar, aunque esa declaración no haya sido remitida al oferente, como ocurriría si hace una anotación en ese sentido en sus libros de comercio o en otros documentos dirigidos a terceros. Esta declaración, aunque no dirigida al ofertante, prueba que el aceptante tuvo intención de aceptar, con lo cual el acuerdo de voluntades quedó concluido.

b) Según el sistema de la *expedición*, es preciso que la declaración de aceptación haya sido remitida al oferente (Cód. de las Obligaciones suizo, art. 10; Cód. Civil brasileño, art. 434; paraguay, art. 688; japonés, art. 526). Fue el sistema seguido como regla en el Código Civil de Vélez, aunque con algunas concesiones a la denominada teoría de la información (arts. 1149, 1154 y 1155).

c) Según el sistema de la *recepción*, sería necesario que el oferente haya recibido la aceptación (Cód. Civil alemán, art. 130; mexicano, art. 1807).

d) Finalmente, según el sistema de la *información*, no basta con que el oferente haya recibido la aceptación, sino que es necesario que haya tomado conocimiento de ella (Cód. Civil italiano, art. 1326; venezolano, art. 1137). Como puede apreciarse, la diferencia entre los dos últimos sistemas es bastante sutil, desde que la recepción de la respuesta normalmente hace presumir su conocimiento (Cód. Civil peruano, arts. 1373 y 1374). La diferencia práctica consiste sobre todo en que el sistema de la recepción facilita la prueba e impide alegar la falta de conocimiento no obstante la recepción.

60. Sistema del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial, apartándose del precedente Código Civil, ha consagrado la teoría de la recepción (art. 971).

Debe señalarse que se considera que la manifestación de voluntad de una de las partes (sea la oferta, sea la aceptación) es *recibida* por la otra parte, cuando esta última *la conoce o debió conocerla*, trátase de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente o de otro modo útil (art. 983).

Si bien se habla del conocimiento de la manifestación de la voluntad, lo que podría dar a entender que estamos ante una aplicación de la teoría de la información, la ley presume tal conocimiento cuando el receptor de tal manifestación debió conocerla. Y ello solo puede ocurrir a partir del momento en que la recibió. Basta, entonces, la recepción para que se tenga por conocida la manifestación de voluntad.

El Código vigente ha consagrado, así, lo que venían proponiendo diferentes proyectos de reforma, fijando en un solo momento (la recepción) la conclusión del contrato, con todos los efectos consiguientes para ambas partes (Proyectos de 1987, art. 1144; de 1993, art. 858; y de 1998, art. 917).

D.— ACUERDOS PARCIALES

61. La teoría de la *punktation*

La denominada teoría de la *punktation*, proveniente del derecho germánico, postula que debe considerarse que un contrato se ha concluido cuando las partes han acordado los aspectos principales del negocio, aun cuando no hayan alcanzado una conformidad total sobre todas las cuestiones.

Con otras palabras, la teoría de la *punktation* le da fuerza vinculante a los acuerdos parciales que se van generando en la formación progresiva de un negocio y que se van documentando, por lo que constituyen verdaderos contratos aunque queden puntos secundarios por acordar, los cuales podrán ser fijados por el juez de acuerdo con la naturaleza del negocio, a los usos y costumbres o utilizando los métodos de interpretación e integración del contrato que ofrezca el cuerpo normativo que los regula.

62. Los acuerdos parciales en el derecho argentino

El artículo 982 establece que *los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación, el contrato queda integrado conforme a las reglas del Capítulo 1. En la duda, el contrato se tiene por no concluido. No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos.*

La disposición debe ser leída junto con el artículo 964, ubicado en el mencionado capítulo 1, que regula la integración del contrato y establece que *el contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.*

Es claro que, para el artículo 982, aquel acuerdo parcial en el que las partes expresen su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares del contrato vale como un contrato concluido. La norma, con nitidez, otorga al acuerdo parcial, reunidos ciertos recaudos, carácter de contrato definitivo y no un mero valor vinculante. Las lagunas que puedan existir serán integradas con las normas indisponibles, las supletorias y los usos y prácticas del lugar de celebración, de acuerdo con la remisión que se hace a las reglas del capítulo 1.

63. Valoración de los acuerdos parciales

Estimamos que esta figura es inconveniente. Para demostrar esta afirmación, tomemos como ejemplo al contrato de compraventa.

Adviértase, ante todo, que el artículo 982 se limita a establecer que hay contrato si las partes expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. Que quede claro, entonces, que la norma no se refiere a los elementos esenciales de los contratos (consentimiento, objeto y causa), sino a los elementos esenciales del contrato en particular.

Si vamos al capítulo en que se regula la compraventa (título IV, capítulo 1), veremos que no hay una norma expresa que establezca cuáles son los elementos esenciales

particulares del contrato sobre los cuales debería haber conformidad para establecer — luego de la debida integración— que hay contrato. Pero afirmemos que tales elementos esenciales son la cosa y el precio, lo que constituye el objeto del contrato, más allá de agregar que se trata de un negocio causado.

Ahora, ¿es suficiente que haya acuerdo sobre la cosa y el precio, y que exista la causa, para que se tenga por concluido el contrato? Nos parece claro que, si las partes reconocen que lo que hay es un acuerdo parcial, están afirmando que no hay todavía un acuerdo integral o pleno; por lo tanto, no hay contrato. Es necesario recordar que el artículo 978 dispone que, para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta; esto es, con todas las cláusulas que se propongan, sean principales, sean accesorias.

En otras palabras, avanzando sobre la autonomía de la voluntad de las partes, se está creando un contrato al que ellas todavía no califican de esa manera y que, además, nace incompleto, lo que necesitará la inmediata intervención del juez para integrarlo, en caso de desacuerdo de las partes, conforme con las pautas enumeradas en el artículo 964.

Por lo demás, hasta que no haya un acuerdo integral, no puede hablarse de contrato. A las partes les interesa no solamente acordar —siguiendo el ejemplo de la compraventa— lo que se quiere comprar o vender, o el precio a pagar. También les importa determinar el lugar de cumplimiento, la fecha de pago, si el pago será al contado o en cuotas, si la entrega de la cosa se hará antes o después del pago, si el saldo de precio será garantizado, si la garantía será real o personal, etc. No está de más señalar que las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013) declararon —por mayoría— que "es inconveniente incorporar la teoría de la *punktation* como regla general de los contratos" (conclusión 4) y que el Anteproyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de 2018 ha propiciado lisa y llanamente la derogación del artículo 982, por ser ajena a nuestra tradición jurídica, incongruente con el artículo 978, e inconveniente pues se erige en un factor de litigiosidad.

64. Aplicación de los acuerdos parciales

No creemos que los acuerdos parciales tengan mayor trascendencia jurídica.

Cierto es que la norma que los incorpora existe, pero también es cierto que i) el artículo 978 exige que, para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta, y ii) el mismo artículo 982, en su parte final, establece que en "la duda, el contrato se tiene por no concluido" y que "no se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos".

Respecto del punto i) debemos destacar la clara contradicción que existe entre los artículos 978 y 982. El primero exige plena conformidad con la oferta para que se tenga por concluido el contrato; el segundo, da valor de contrato a los acuerdos parciales siempre que exista conformidad con los elementos esenciales particulares, aunque no haya plena conformidad.

Y en cuanto al punto ii), parece difícil pensar que los jueces que tengan que decidir sobre si un acuerdo parcial puede o no ser considerado un contrato definitivo no tengan duda alguna. Las discordancias mismas que los contratantes expresan son un argumento contundente sobre la inexistencia de una conformidad plena contractual. Asimismo, si la confección de una minuta no configura un acuerdo parcial, no parece existir espacio para que estos existan.

Por lo demás, no podemos olvidar al principio general de la buena fe que debe gobernar el contrato (art. 961). Y solo se puede garantizar la buena fe cuando se tenga por concluido el contrato, únicamente si las partes así lo manifiestan.

E.— CONTRATOS POR ADHESIÓN

65. Noción

Los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, también llamados contratos prerredactados, son aquellos contratos en los que uno de los contratantes presta su conformidad o, con fuerza expresiva, adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción (art. 984).

Como es fácil advertir, las partes no se encuentran en un mismo plano de igualdad jurídica a la hora de celebrar el contrato, como ocurre en el llamado contrato paritario, en el que tienen la posibilidad real de discutir el contenido contractual, pues no existe entre ellas desigualdad jurídica o, al menos, esta no es notoria. En cambio, en los contratos por adhesión, las diferencias se patentizan en el hecho de que la redacción del contrato es impuesta por una de las partes y a la otra no le queda otra opción que aceptarla o no contratar.

Estos contratos por adhesión constituyen el grueso de los negocios contractuales modernos. Piénsese en los contratos de seguro, tarjeta de crédito, apertura de cuenta corriente bancaria, compraventa de automotores sin uso, compraventa de cosas mediante planes de ahorro previo, clubes de campo, cementerios privados, tiempo compartido, *leasing*, servicio de medicina prepaga, etcétera.

En algunos casos, dentro de este contrato prerredactado, existe un cuerpo de disposiciones impuestas por el estipulante que están concebidas para la generalidad de los negocios que ese sujeto pueda celebrar en el futuro, más allá del contrato en sí mismo que se quiere realizar. Justamente por ello, cuando estas disposiciones están concebidas para una generalidad de negocios se les reconoce caracteres de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad, y se les da el nombre de *condiciones generales de contratación*.

66. Requisitos

La ley exige que las cláusulas generales predispuestas sean comprensibles y autosuficientes. También exige que la redacción sea clara, completa y fácilmente legible. Por ello, se tienen por no convenidas aquellas cláusulas que efectúan un reenvío a textos o a documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato (art. 985).

Las precedentes reglas se aplican también a otros tipos de contratación, como la que se lleva a cabo por vía telefónica o electrónica o por cualquier otro medio de comunicación similar (art. citado).

67. Cláusulas particulares

En el marco de los contratos por adhesión, se llaman *cláusulas particulares* a aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general (art. 986). Añade la norma que, en caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

Es cierto que normalmente la cláusula particular debe prevalecer sobre la general, pues cabe inferir que la cláusula particular ha sido negociada por las partes y no ha sido impuesta por una de ellas. Sin embargo, hay casos en que esta disposición resulta inaplicable. Así ocurre cuando la condición general resulta para el adherente más

beneficiosa que la particular. La debilidad en que generalmente se encuentra el adherente justifica la solución.

También debe señalarse que las cláusulas manuscritas o mecanografiadas prevalecen sobre las impresas, que las cláusulas incorporadas prevalecen sobre las preexistentes y que los usos y costumbres no pueden ser valorados como en los contratos paritarios, pues pueden responder a prácticas abusivas del predisponente o pueden modificar la economía del negocio.

68. Cláusulas abusivas

De manera expresa, el Código Civil y Comercial ha establecido que ciertas cláusulas, consideradas abusivas para el adherente, se deben tener por no escritas (art. 988). Expresamente se enuncia como abusivas a las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; a las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias, y a las que por su contenido, redacción o presentación no son razonablemente previsibles.

Aunque no han sido expresamente previstas en nuestra legislación, también deben considerarse abusivas las cláusulas que limiten la responsabilidad del predisponente y las que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del adherente.

69. Interpretación y control judicial

Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente (art. 987).

Se trata de una clara aplicación del principio general de la buena fe, que incorpora la regla *contra proferentem*. Esta regla protege al adherente, quien no tiene otra opción que adherir a la propuesta redactada por la otra parte o no contratar, y por ello es lógico que quien redactó el contrato, si lo hizo sin claridad, con ambigüedad o términos abusivos, se haga cargo de las consecuencias indeseables de tal tipo de redacción.

Es importante destacar que la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Así, por ejemplo, la aprobación de ciertas cláusulas en un contrato prerredactado de seguros por la Superintendencia Nacional de Seguros no obsta a la posibilidad de su control judicial.

En estos casos, cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar si no puede subsistir sin comprometer su finalidad (art. 989).

CAPÍTULO IV - TRATATIVAS PRECONTRACTUALES

§ 1.— Tratativas preliminares

70. La negociación contractual. *Tratativas preliminares o pour parlers*

En la vida diaria, los contratos se celebran sin una negociación previa. En efecto, la compra de mercadería en un supermercado o en un kiosco o en una librería o de un pasaje en cualquier medio de transporte o de una entrada para un espectáculo público, entre otros muchísimos ejemplos que podrían citarse, no requieren de una negociación previa. Basta conocer el precio y pagarlo.

Pero otros contratos, quizás los que individualmente tengan una mayor importancia económica, necesitan de esta negociación, que podrá llevar finalmente a concretar su celebración o no. La contratación de un servicio profesional, la compra de un inmueble, la concertación de un contrato de larga duración, por dar algunos casos, necesitan de esa negociación previa, que finalmente podrá ser fructífera o no, según se logre o no el acuerdo contractual.

Por eso, se puede decir que cuando se trata de estudiar el contrato existen básicamente dos etapas: la primera, que abarca todos los actos que pueden realizarse durante el período previo a la celebración del contrato, que llamaremos *tratativas preliminares*; y, la segunda, que comienza con la celebración del contrato y llega hasta su plena ejecución.

La etapa anterior a la celebración del contrato —que alcanza incluso el momento en que se emite la oferta y hasta el momento de la aceptación— comienza con las conversaciones que van preparando el terreno para hacer la propuesta y se la llama *tratativas, pour parlers, tratativas precontractuales o tratativas preliminares*. En esta etapa pueden darse conversaciones sobre aspectos circunstanciales o secundarios sin que ellas, todavía, tengan verdadera esencia contractual.

Durante todo este período las partes deben: i) obrar de buena fe, ii) mantener el secreto de todo lo que sea confidencial, iii) dar la información necesaria y iv) mantener y conservar los elementos materiales que resulten el sustrato del futuro acuerdo. Además, no pueden abandonar los tratos de manera abrupta y sin causa.

Este último de los aspectos reseñados es el más complejo. Por un lado, no es admisible un obrar contrario a la buena fe, como lo sería la ruptura intempestiva de la negociación, pero, por otro lado, es preciso resguardar la libertad de contratar, que permite, finalmente, contratar o no contratar. Si bien existe cierto margen de discrecionalidad para abandonar las tratativas, no es admisible que se las abandone de manera dolosa, culposa o de mala fe, como ocurriría si se alegasen circunstancias que se conocían al momento de iniciar la negociación.

Es posible diferenciar entre *tratativas preliminares* y *tratativas preliminares avanzadas*. En las primeras, ambas partes deben cumplir con los deberes de información, seguridad, confidencialidad y custodia (véase nro. 74) y, si los violan, deberán reparar el daño causado.

Pero cuando se habla de *tratativas preliminares avanzadas* se hace hincapié no solamente en esos deberes, sino también en la necesidad de no romper intempestivamente, sin justificación alguna y de manera incausada la negociación que, por su desarrollo, ha permitido generar en las partes una confianza cierta de que el negocio se formalizará.

Es el caso, tantas veces admitido por nuestros jueces, del derecho de los arquitectos a cobrar los gastos y honorarios por sus trabajos, planos, etc., que sirvieron de base a las tratativas para la realización de una obra que luego el dueño resolvió no hacer, si las relaciones fueron interrumpidas bruscamente y sin causa razonable alguna por la contraparte. La frustración injustificada del negocio responsabiliza a su autor si es que se causa daño a la otra parte.

Como puede advertirse, esta responsabilidad no deriva de la obligación de celebrar un contrato futuro (obligación que no existe), sino de la injusta frustración de las tratativas contractuales avanzadas, que perjudica los intereses de la contraparte.

Esa confianza cierta no es un mero dato subjetivo de la persona que la alega, sino que ella debe resultar objetivamente de los actos que el conegociador haya realizado. El conegociador que alega la responsabilidad precontractual debe acreditar hechos o conductas de su contraparte susceptibles de generar esa confianza o expectativa y, por supuesto, para su configuración se deben tomar elementos objetivos, es decir, valorables por sí mismos.

De allí que el artículo 991 dispone que durante las tratativas preliminares, aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. Y añade que el incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato. No está de más señalar que el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de 2018 adopta una fórmula más restrictiva al modificar la norma indicada, pues deja de lado la referencia a la frustración injustificada de las tratativas como pauta para resarcir el daño, y en su lugar exige que haya mala fe de la parte que negocia, esto es, que no tiene intención de llegar a un acuerdo.

71. Cartas de intención

Durante la etapa precontractual, en el curso de las tratativas preliminares, las partes suelen celebrar ciertos acuerdos que, sin llegar a constituir un contrato, generan ciertas consecuencias.

Uno de estos acuerdos es la denominada *carta de intención*, que es el instrumento mediante el cual una parte, o todas ellas, expresan su consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato (art. 993). La voluntad exteriorizada en una carta de intención se halla dirigida, entonces, a producir un efecto provisorio que se agota en la preparación del contrato, no constituyendo de por sí el instrumento contractual, ni obligando a quien la emite. Claramente, la carta de intención no configura un contrato y, por ello, debe ser interpretada restrictivamente (art. citado).

Como regla, la carta de intención no constituye una oferta ni tiene su fuerza obligatoria, a menos que reúna los recaudos propios de la oferta (art. 993).

Ahora bien, el hecho de que no sea un contrato, ni constituya una oferta, no significa que se pueda interrumpir la negociación de manera intempestiva o abusiva. En efecto, como regla, la ruptura unilateral de las negociaciones habilitadas por una carta de intención constituye un supuesto de interrupción de la tratativa preliminar, que puede generar —si es abusiva— el derecho en cabeza de la contraparte a reclamar la reparación del daño sufrido, a menos que se hubiera pactado en la misma carta de intención, de manera expresa, que la falta de acuerdo de voluntades en cuanto a la suscripción del contrato "definitivo" no genera derecho a reclamo alguno por ningún concepto a favor de ninguna de las partes. Esta se trataría de una cláusula de irresponsabilidad, que determina la improcedencia de todo reclamo indemnizatorio.

72. Acuerdos de confidencialidad

Uno de los acuerdos que suelen celebrarse durante las tratativas preliminares es el llamado convenio de confidencialidad, mediante el cual las partes se obligan a no revelar la información confidencial o reservada que se reciba durante la negociación y a no usarla inapropiadamente en su propio interés.

Más allá de que las partes puedan celebrar de manera expresa un convenio de confidencialidad, lo cierto es que se trata de un deber implícito de las partes en toda

negociación, según lo dispone el artículo 992. Por lo tanto, hayan acordado de manera expresa o no la confidencialidad, las partes están obligadas en tales términos.

La violación del deber de confidencialidad obliga a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, deberá indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento (art. 992).

El convenio de confidencialidad no puede ser considerado un precontrato (véase nro. 76) si en tal instrumento se acordó únicamente lo relativo al intercambio de información de un proyecto, mas no se vislumbra un compromiso de concretar un negocio determinado. En otras palabras, el convenio de confidencialidad solo puede generar responsabilidad si se viola el secreto revelado, pero claramente no obliga a contratar. Justamente, el conocimiento de lo confidencial es lo que permitirá a las partes determinar si es o no conveniente formalizar el negocio contractual.

73. La minuta

Otro acuerdo que las partes suelen celebrar durante las tratativas preliminares es la llamada minuta. La minuta es el convenio mediante el cual las partes revelan que han acordado determinadas cuestiones, pero han diferido para más adelante el tratamiento de otras, en el marco de un proceso negocial aún no culminado.

Como puede verse, la minuta es un proyecto que puntualiza el resultado de las tratativas, pero que carece de eficacia vinculante justamente porque no se ha alcanzado un consentimiento pleno, en tanto existen temas pendientes que deben ser acordados.

Este acuerdo, que claramente no es un contrato, tampoco configura un acuerdo parcial, pues así lo dispone de manera expresa el artículo 982.

74. Libertad de negociación y deber de buena fe

Hemos señalado más arriba (nro. 70) que es necesario conciliar dos cuestiones fundamentales cuando se trata de las tratativas preliminares. Por un lado, debe resguardarse la libertad de contratar que permite, finalmente, contratar o no contratar; por otro lado, resulta inadmisibles amparar un obrar contrario a la buena fe en el curso de la negociación llevada a cabo por las partes.

Cuando se hace referencia a la formación del contrato, es ineludible referirse al principio de la libertad. Todo sujeto es libre de contratar o de no contratar; y, en el caso de querer contratar, de elegir con quien hacerlo y de determinar su contenido, pero siempre actuando "dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres" (art. 958).

En otras palabras, como regla nadie puede ser obligado a contratar.

La cuestión a dilucidar es si esa regla sigue vigente o no cuando dos o más personas han entrado en negociaciones que avanzan regularmente. En este caso, ¿es lícito desistir la negociación emprendida?

En la vida de los negocios se demuestra que muchas veces las tratativas previas a los contratos, sobre todo si estos son importantes, suponen gestiones, trabajos y gastos. Normalmente, tales trabajos corren por cuenta de la parte que los hace, pues actúa en su propio interés y asume por propia determinación el riesgo del fracaso de las tratativas, ya que la otra parte no ha dado todavía su consentimiento. En principio, entonces, el desistimiento de las negociaciones previas es perfectamente legítimo y no puede dar origen a una indemnización.

Por ello, el Código Civil y Comercial dispone que "las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento" (art. 990).

La solución es lógica, pues, de lo contrario, las meras tratativas preliminares tendrían efectos similares al contrato mismo, lo que constituye un sin sentido.

Lo expuesto precedentemente, empero, no es óbice para afirmar que quien inicia voluntariamente tratativas preliminares con el objetivo de celebrar un contrato debe responder por los daños que pueda provocar su apartamiento arbitrario, doloso e incluso culposo de la negociación. No es que esté obligado a celebrar el contrato, pero sí está obligado a resarcir el daño causado. La buena fe que debe presidir los negocios jurídicos no permite ya una ruptura irrazonable, sin causa o arbitraria de las tratativas y obliga a reparar los perjuicios causados. Admitir ese apartamiento arbitrario importaría consagrar la validez de conductas abusivas, en clara violación de la regla establecida en el artículo 10 que, justamente, obliga a ejercer los derechos de manera regular y dispone de manera expresa que la ley no ampara su ejercicio abusivo.

Por eso, el artículo 991 establece que "durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato".

No está de más recordar que el principio general de la buena fe es una norma jurídica que impone a las personas el deber de comportarse lealmente en el tráfico jurídico, ajustando el propio comportamiento al arquetipo de conducta social reclamada por la idea ética vigente (DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *La doctrina de los propios actos, un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 139, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1963). La exigencia de tal comportamiento leal y ético en las relaciones jurídicas abarca el deber de obrar con honestidad, transparencia y de manera cooperativa.

El principio de la buena fe —que implica los deberes antedichos— es violado cuando se rompe las negociaciones o tratativas en curso de manera abusiva, arbitraria, irrazonable o injustificada.

Además, debe señalarse, el obrar de buena fe acarrea ciertos deberes de conducta que deben cumplir las partes, entre los que se destacan los de información, seguridad, confidencialidad y custodia.

Por el deber de información, el oferente está obligado a poner al alcance del destinatario de la oferta el conocimiento adecuado, claro y preciso sobre hechos relativos al contrato que se pretende celebrar, circunstancias o condiciones que puedan tener aptitud para influir sobre la decisión a tomar.

Por el deber de seguridad, una de las partes garantiza que la otra no sufrirá ningún daño (en su persona o en sus bienes) a raíz de la actividad o servicio realizado. Se trata de un deber de prevención, pero que se traduce en una obligación de reparar el daño si éste finalmente ocurre (una vez celebrado el contrato) y que recae sobre quien se considera está en mejor condición para prevenirlo.

Al deber de confidencialidad ya nos referimos anteriormente (ver nro. 72).

Finalmente, por el deber de custodia, quien recibe una cosa para observarla o realizar sobre ella ensayos o pruebas debe guardarla y custodiarla, de manera de reintegrarla íntegra y en perfecto estado. Claramente estamos en la etapa precontractual, pues el ensayo o prueba se realiza antes de celebrar el contrato y justamente para determinar la conveniencia o no de su celebración.

75. La reparación del daño causado durante las tratativas preliminares

Es ineludible referirse a las tesis de IHERING y de FAGGELLA cuando se trata de la reparación por los daños causados durante las tratativas preliminares.

En su célebre monografía sobre la *culpa in contrahendo*, Rudolf VON IHERING sostuvo que era posible que una persona sufriera algún daño como consecuencia de una acción

culposa realizada por otra en el período previo a la formación del contrato, cuando se estaba contrayendo la relación contractual. De allí el nombre de *culpa in contrahendo*.

El jurista alemán no da mayor importancia a la buena fe, pues afirma que quien ha causado el daño pudo haber obrado de buena fe. En cambio, valora la culpa en el obrar. La *culpa in contrahendo* es la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar en el transcurso de las relaciones anteriores a la celebración del contrato, evitándose así que cada futuro contratante sea víctima de la negligencia del otro. Este período previo a la celebración del contrato nace con la emisión de la oferta; las tratativas anteriores quedan fuera del marco de responsabilidad y, por lo tanto, su interrupción no genera consecuencias de ningún tipo.

La visión de IHERING fue ampliada más tarde, y de manera sustancial, por Gabrielle FAGGELLA. Para el jurista italiano, el campo de la responsabilidad se extiende más allá del momento en que se formula la oferta, pues nace cuando los eventuales contratantes comienzan las tratativas del negocio y finaliza cuando el contrato se perfecciona o se rompen las negociaciones entabladas.

Desde luego, la responsabilidad no será igual durante todo ese período y ello influirá en el resarcimiento del daño causado. A tal efecto, FAGGELLA divide este tiempo en dos etapas: una que va desde el inicio de las tratativas hasta la oferta, y en el que las partes discuten e intercambian ideas, proyectan el contrato y analizan sus cláusulas; otra a partir de la oferta en adelante. Incluso, la primera etapa es subdividida, a su vez, en dos: un primer tiempo que abarca el inicio de las conversaciones o tanteos; un segundo tiempo que comprende el ordenamiento y proyecto del contrato.

La legislación argentina vigente ha seguido las ideas de FAGGELLA. Y, si bien no se aclara expresamente, parece lógico admitir que la intensidad de la responsabilidad se irá agravando a medida que avanzan las negociaciones, pues la intensidad de la propia relación también va creciendo.

La exigencia de la buena fe durante las tratativas preliminares, como ya se ha dicho, provoca la responsabilidad de quien las interrumpe injustificadamente. Ello ocurre cuando una de las partes lleva adelante las negociaciones hasta el punto de inducir a la otra a confiar razonablemente en la conclusión del negocio y luego las abandona injustificadamente; esto es, cuando puede calificarse de "avanzadas" a las tratativas.

¿Qué es lo que se indemniza?

El artículo 991 dispone que lo que debe resarcirse es el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato. Pero ¿de qué daño se está hablando? ¿Podría reclamar el lucro cesante? ¿No sería acaso un daño que puede alegar haber sufrido por confiar en la celebración del contrato? Y, si fuera así, ¿qué diferencia habría entre esta responsabilidad y la que nacería como consecuencia de un incumplimiento contractual? Parece que ninguna, lo que no resulta admisible. La imprecisión de la norma generará, sin lugar a dudas, incertidumbres notables.

A nuestro juicio, sin perjuicio de valorar el avance de las tratativas, lo que debe indemnizarse es el llamado *daño al interés negativo*, tal como lo preveía el Proyecto de 1998 en su artículo 920, y ahora recoge el Anteproyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de 2018. Es más, aquel Proyecto, fuente del Código vigente, disponía que el daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar, cuya prueba debía ser apreciada con criterio estricto (art. 1600; con redacción casi idéntica, art. 1738, Anteproyecto de 2018).

Con otras palabras, el daño al interés negativo abarca: i) el daño emergente (los gastos que hubiera realizado para concretar el contrato) y ii) la ganancia frustrada por la no realización de otro contrato con un tercero, siempre que acredite que este último

fue desechado para poder cerrar el contrato que finalmente se frustró por culpa de la persona con quien se pretendía contratar.

Resulta claro que en los supuestos de daños causados por la interrupción injustificada de las tratativas preliminares no corresponde indemnizar el lucro cesante, entendido éste como la ganancia esperada por el contrato que se estaba negociando y que no se percibe como consecuencia de su frustración, pues se trataría de un daño al interés positivo resarcible en caso de incumplimiento contractual, contrato que —como se ha visto— no ha sido formalizado.

En síntesis, el derecho a no contratar no puede ser ejercido de manera arbitraria. Como cualquier otro derecho debe ser ejercido de manera coherente al resto del ordenamiento jurídico, sin violentar sus principios rectores (como el de la buena fe y el abuso del derecho) y, si ello no ocurre, deberán resarcirse los daños que se ocasionen.

Desde luego, la interrupción de la negociación dispuesta por una de las partes puede no ser abusiva y, por tanto, no generar responsabilidad alguna: i) si han habido conductas de la contraria que justificasen la interrupción, tales como la insuficiente información dada o la violación de un pacto de confidencialidad, o ii) si existe una verdadera imposibilidad de llegar a un acuerdo definitivo, que podrá motivarse en diferentes razones, tales como las diferencias entre las partes en el precio o en la calidad de la cosa que se promete.

§ 2.— Contratos preliminares

76. Contrato preliminar

El contrato preliminar es el que contiene un acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo (art. 994). La norma es confusa pues, al igual que el artículo 982 que regula los *acuerdos parciales*, se refiere al acuerdo sobre los elementos esenciales particulares.

Podría desprenderse del concepto dado, que las partes han alcanzado un acuerdo sobre las bases esenciales de la negociación, pero falta conformidad sobre cláusulas secundarias u ocurre que ellas necesitan un estudio más profundo de todas las implicancias del contrato para dar el consentimiento definitivo. En esta línea se ha resuelto que, en el contrato preliminar, las partes sientan las bases para la celebración futura de otro contrato, que se obligan a concluir, limitándose por tanto las libertades de conclusión y de configuración contractual (conf. CNCiv., Sala H, 27/2/18, "S., S. A. y otros c/M., H. E. y otro s/daños y perjuicios", E.D. fallo nº 59.789, diario del 17/5/18).

Por nuestra parte, pensamos que el contrato preliminar implica que existe un contrato proyectado pero que no se ha puesto en vigor, y que la facultad de que esto último ocurra ha sido atribuida a una o a ambas partes. En una segunda instancia, la parte que esté facultada para exigir el cumplimiento, podrá hacerlo.

Ahora bien, si las partes han celebrado un contrato preliminar, es claro que ya han dejado atrás las tratativas preliminares y han avanzado sobre la etapa contractual. Esto produce un cambio respecto del derecho a abandonar la negociación. Si hay un contrato preliminar, desaparece tal derecho porque se ha ingresado en el campo contractual. De hecho, ese contrato preliminar obliga como un contrato más.

Cierto es que las consecuencias del incumplimiento del contrato preliminar no serán iguales a las del incumplimiento del contrato definitivo. Sin embargo, aquel

incumplimiento importa incumplir una obligación de hacer que, en ciertos casos, puede ser suplida por el juez (art. 1018), y que siempre, de generar un daño a la otra parte, obliga a indemnizarlo.

El artículo 994 dispone que las promesas previstas en esta sección, que abarca los contratos preliminares, las promesas de celebrar un contrato y el contrato de opción, tienen un plazo de vigencia de un año, o el menor que convengan las partes, sin perjuicio de reconocer que ellas pueden renovarlo a su vencimiento. Se trata de una disposición muy cuestionable pues constituye un serio escollo en las negociaciones, y por ello ha sido criticada de manera prácticamente unánime. El Anteproyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de 2018 ha recogido esta inquietud y ha propiciado la derogación de esta parte de la norma.

77. Promesa de celebrar un contrato

El artículo 995 dispone que "las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro", pero añade que "el futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad".

La idea es que la promesa de celebrar un contrato (promesa que también puede llamarse precontrato o antecontrato) importa un acuerdo definitivo sobre todos los puntos del contrato que, empero, carece de uno de los requisitos básicos exigidos por la ley, y siempre que su incumplimiento no provoque la nulidad del contrato.

Como se ve, la norma diferencia dos supuestos.

Si la ley exige una forma determinada bajo pena de nulidad, la promesa de contrato carece de valor. Es el caso de la promesa de celebrar un contrato de donación inmobiliaria (art. 1552).

En cambio, si no hay tal sanción por el incumplimiento de la forma, la promesa es válida y genera en cabeza de las partes una obligación de hacer (art. 995). Sería el caso, para cierta doctrina, del llamado boleto de compraventa inmobiliaria, que no debe instrumentarse por escritura pública aunque tenga como objeto la adquisición de derechos reales sobre inmuebles (art. 1017, inc. a)).

Es que la escrituración no es exigida bajo pena de nulidad. Por el contrario, el otorgamiento pendiente de la escritura constituye una obligación de hacer, que de ser incumplida faculta a la otra parte a pedir al juez que la haga en su representación, en la medida de que las contraprestaciones estén incumplidas o sea asegurado su cumplimiento (art. 1018).

Con todo, no podemos dejar de señalar que existe doctrina dispar sobre si el boleto de compraventa es una promesa de contrato o un contrato definitivo, posición esta última que compartimos y hemos defendido en otro lugar (BORDA, Alejandro, "El boleto de compraventa inmobiliaria ¿contrato preliminar o definitivo?", ED t. 271, p. 760).

78. Contrato de opción u opción contractual

Un supuesto distinto lo constituye el contrato de *opción*. Una persona ofrece a otra un contrato y se compromete a mantener latente el ofrecimiento durante un cierto tiempo; la otra parte acepta ese ofrecimiento como tal, es decir, como compromiso de mantenerlo durante el tiempo estipulado y sin pronunciarse todavía si acepta o no la proposición de fondo. Las consecuencias son las siguientes: a) el ofertante no puede retractar su oferta durante el plazo fijado; b) la otra parte puede aceptarlo durante todo ese tiempo y el contrato quedará definitivamente concluido con su solo asentimiento sin necesidad de una nueva manifestación de voluntad del oferente. Es que el destinatario cuenta ya con un contrato perfecto (el de opción) del que deriva su derecho de optar; derecho este último que, una vez ejercido, permite configurar una nueva relación jurídica (conf. CNCom., Sala D, 29/5/18, "Verdena Holding Inc. c/C., J. C. s/Ordinario", E.D. fallo nº 60.015, diario del día 2/1/19) que es la que se origina en la primigenia oferta.

La opción puede ser gratuita u onerosa y debe ser pactada bajo la misma forma que se exija para el contrato definitivo. Como regla, salvo pacto en contrario, la opción no es transmisible a un tercero (art. 996).

Hemos dicho más arriba (nro. 76) que el plazo de vigencia de todas las figuras contempladas en esta sección es de un año, o el menor que pacten las partes, aunque estos pueden renovarlo a su vencimiento (art. 994, in fine). Sin embargo, no podemos dejar de señalar que hay casos que admiten un plazo mayor. En efecto, en el caso del contrato de *leasing*, por ejemplo, el plazo del contrato no tiene límites y el artículo 1240 dispone que *la opción de compra puede ejercerse por el tomador una vez que haya pagado tres cuartas partes del canon total estipulado, o antes si así lo convinieron las partes*, todo lo cual puede acaecer transcurrido un año desde la celebración del contrato. Es claro, entonces, que el plazo que goza el tomador supera el fijado por el artículo 994.

§ 3.— Pacto de preferencia y contrato sujeto a conformidad

79. Pacto de preferencia

El pacto de preferencia es la cláusula o convenio mediante el cual se genera en cabeza de una de las partes una obligación de hacer, que consiste en que si decide celebrar un futuro contrato, deberá hacerlo con la otra o las otras partes (art. 997). Como no tiene efecto resolutivo ni afecta a terceros, puede estipulárselo en el contrato originario o en otro posterior.

Por lo demás, sin perjuicio de los términos de la norma, no existe, en verdad, una obligación de celebrar inexorablemente el contrato futuro con la otra parte. Solo en el caso de que decida celebrar tal contrato, deberá dar la preferencia al beneficiario de ella. Estamos ante una promesa hecha por el otorgante de la preferencia, sujeta a la condición suspensiva de que más tarde decida celebrar el futuro contrato. Con otras palabras, existe un derecho a favor del beneficiario a celebrar el contrato, si el otorgante de la preferencia decide contratar y siempre que acepte las condiciones que este último le ha transmitido.

¿Cuáles son esas condiciones? Es claro que no son las que arbitrariamente se le ocurran al otorgante de la preferencia, sino que deben ser las que ha ofrecido un tercero, sea respecto del precio, sea respecto del plazo otorgado, sea respecto de cualquier otra ventaja que hubiera dado. Se trata de una preferencia; esto es, que en caso de igualar las condiciones ofrecidas por el tercero, el contrato deberá ser celebrado con el beneficiario del pacto.

80. El pacto de preferencia es transmisible

Dispone el último párrafo del artículo 997 que *los derechos y obligaciones derivados del pacto de preferencia puede ser transmitidos a terceros con las modalidades que se estipulen*. Si puede ser transmitido a terceros, deberá admitirse que el derecho que nace del pacto de preferencia puede ser ejercido por los acreedores del beneficiario en ejercicio de la acción subrogatoria.

La norma debe ser leída con cuidado. Es que se trata de una norma general, no aplicable a todos los contratos. En efecto, en la compraventa también se regula el pacto de preferencia, pero expresamente se establece que no puede ser cedido ni pasa a los herederos (art. 1165).

81. Situaciones particulares del pacto de preferencia

Establece el artículo 997 que *si se trata de participaciones sociales de cualquier naturaleza, de condominio, de partes en contratos asociativos o similares, el pacto de preferencia puede ser recíproco.*

En los contratos bilaterales, el derecho que nace del pacto de preferencia favorece a una sola de las partes. Pero en los contratos plurilaterales, tales como las sociedades y los demás contratos asociativos (negocios en participación, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación), el pacto puede ser dado en beneficio de todas las partes. De allí que la norma puntualice su carácter recíproco. El mismo beneficio existe en materia de condominio, en el que cada uno de los condóminos podrá exigir el cumplimiento del pacto en su propio beneficio, aunque el resto de los condóminos no quieran ejercer su derecho.

82. Vicisitudes del pacto de preferencia

La primera cuestión que debemos abordar es la referida al plazo para ejercer el pacto de preferencia.

Nuevamente advertimos respecto de este tema cierta discordancia en los textos legales. En efecto, mientras que en la parte general de los contratos, cuando se regula el pacto de preferencia, no se hace mención alguna a que deba ser ejercido en determinado plazo, al tratarse el tema en el contrato de compraventa, se establece que el beneficiario tiene uno de diez días para ejercer su derecho, contado desde que recibe la comunicación, aunque se aclara que dicho plazo puede variar si así lo hubieran pactado las partes o correspondiera por los usos o circunstancias del caso (art. 1165). Parece claro que la omisión incurrida en el artículo 998 deberá ser suplida de acuerdo con los parámetros que imponen la buena fe, los usos y costumbres y las circunstancias particulares del contrato principal.

La segunda cuestión que debe destacarse es que el otorgante de la preferencia debe avisar a su o sus beneficiarios, la decisión de celebrar el nuevo contrato. Añade el artículo 998 que tal aviso o comunicación debe reunir los requisitos de la oferta (esto es, debe dar las precisiones necesarias para establecer los efectos propios del contrato en caso de ser aceptada) y ser hecha de conformidad con las estipulaciones del pacto.

Por lo dicho más arriba (nro. 79), el otorgante de la preferencia deberá comunicar —de manera leal y sin reticencias— las condiciones que le han sido ofrecidas por el tercero. La ley, cabe añadir, no establece ningún requisito formal para tal comunicación.

La tercera cuestión que debe señalarse es que el contrato queda concluido con la aceptación del o de los beneficiarios (art. 998, *in fine*).

La solución es la lógica consecuencia de que la comunicación dada por el otorgante del beneficio debe reunir los recaudos de la oferta. Por lo tanto, el beneficiario no podrá introducir modificaciones a la comunicación recibida, ni podrá pretender que se compensen ciertas condiciones más favorables con otras menos favorables con relación a la oferta del tercero. Su oferta debe ser por lo menos igual a cada una de las condiciones propuestas por el tercero. Por ello, o toma el beneficio como le fue comunicado, o lo deja.

La última cuestión se refiere al supuesto en que el otorgante del beneficio no haya dado aviso al beneficiario del pacto. Puede ocurrir que, no obstante haber celebrado el pacto de preferencia, el otorgante celebre el contrato con el tercero, sin dar cumplimiento a aquella obligación. Aunque la cuestión no ha recibido una solución precisa de nuestro Código, parece razonable diferenciar los supuestos de contratos sobre bienes registrables o no registrables. En el primer caso, la publicidad que da el registro del pacto de preferencia celebrado e inscripto, es oponible al tercero que ha contratado, por lo que el contrato que este último ha celebrado deberá ser anulado. En el segundo caso, en cambio, el tercero —cuya buena fe debe presumirse— tiene una verdadera

imposibilidad de conocer el pacto celebrado, lo que impide oponérselo; de lo contrario, el riesgo de los negocios sería enorme. Eso sí, en este último caso, siempre queda en cabeza del beneficiario del pacto el derecho a reclamar al otorgante de la preferencia los daños sufridos.

83. Contrato sujeto a conformidad

El artículo 999 regula el llamado contrato sujeto a conformidad, también llamado *ad referendum*, que es aquel cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización.

Este tipo de contrato constituye un contrato definitivo, aunque sujeto a una condición suspensiva: que se obtenga la referida conformidad o autorización. Es el caso del contrato de alquiler de un inmueble, en el que se quiere instalar determinado negocio que requiere de la autorización administrativa correspondiente; o, del contrato celebrado por un administrador de un edificio de departamentos en los casos en que el reglamento de propiedad exija la conformidad del consejo de administración.

La vida de estos contratos está sujeta a la condición suspensiva de que se obtenga tal autorización o conformidad. Por ello, a estos contratos se les aplican justamente las reglas de tal condición (art. 999). En el caso de que las partes hubiesen dado cumplimiento total o parcialmente a las obligaciones asumidas, y la condición no se cumpliera, están facultadas a exigir la restitución de lo dado, con sus accesorios.

CAPÍTULO V - CAPACIDAD

84. La capacidad para contratar

Establece el Código Civil y Comercial que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos (art. 22). Es lo que se denomina capacidad de derecho.

A la par, el mismo Código dispone que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en dicho cuerpo legal y en una sentencia (art. 23). Es lo que se denomina capacidad de ejercicio o de hecho.

Existen, por lo tanto, dos tipos de capacidad: de derecho y de ejercicio o de hecho. Esta capacidad rige para todos los actos jurídicos, incluidos, obviamente, los contratos.

Antes de ingresar en el estudio de la capacidad, resulta necesario señalar que este tema se vincula con el concepto de actos de disposición y de administración, ya que en algunos supuestos, la capacidad depende de que el acto encuadre dentro de una de estas categorías.

Acto de administración es el que tiende a mantener en su integridad el patrimonio e inclusive a aumentarlo por medio de una explotación normal. Ejemplo: la reparación de un edificio, la explotación agrícola o ganadera de un campo, la continuación del giro de una casa de comercio.

El acto de disposición, en cambio, implica un egreso anormal de bienes y una modificación sustancial de la composición del patrimonio. A veces, el acto tiene como consecuencia un empobrecimiento líquido, como en el supuesto de la donación; otras hay bienes que ingresan en compensación de los que egresan, como ocurre en la

compraventa; pero en ambos casos hay una modificación esencial y anormal del patrimonio.

La calificación del acto casi nunca depende de su naturaleza misma, sino de su significado económico. La venta suele ser citada como ejemplo típico de acto de disposición; sin embargo, la venta de la producción anual de una estancia es un acto típico de administración; lo mismo ocurre con la venta regular de las mercaderías de una casa de comercio. Por excepción, las enajenaciones gratuitas deben considerarse siempre como actos de disposición por naturaleza.

85. Capacidad de derecho

La capacidad de derecho importa la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos, lo que implica la consiguiente facultad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Esta aptitud la tienen todos los hombres. Pero no siempre fue así. En efecto, las instituciones de la esclavitud y de la muerte civil traían aparejadas la consecuencia de que tanto el esclavo como el muerto civil carecían de aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; es decir, se les negaba la personalidad.

El esclavo era simplemente una cosa que pertenecía a su amo, y éste disponía como le pluguiera. En cuanto a la muerte civil, si bien la persona vivía, carecía de todo derecho y se lo reputaba socialmente como un verdadero difunto.

Es pertinente insistir en que la capacidad de derecho es hoy reconocida a todos los hombres; sin embargo, no siempre se trata de una aptitud absoluta. Esto significa que en ciertos casos puede existir una incapacidad jurídica con respecto a ciertos derechos; incapacidad esta de carácter excepcional, pero que no puede ser suplida por representación. Por ello, el artículo 22, *in fine*, dispone que la ley puede privar o limitar la capacidad de derecho respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados, lo que se verá más adelante en este mismo capítulo.

Cabe señalar que en el régimen del Código Civil de Vélez se preveía que los religiosos profesos no podían celebrar contrato alguno, a menos que se tratase de compras de bienes muebles a dinero de contado o que contratasen por sus conventos (art. 1160). En este último caso se daba un supuesto de representación voluntaria, en el que el religioso actuaba como apoderado del convento o congregación.

Se entiende por religioso profeso al que pertenece al clero regular (u orden religiosa) siempre que haya formulado los votos solemnes a perpetuidad de castidad, obediencia y pobreza, y no se limita a los sacerdotes sino que abarca a los religiosos de uno u otro sexo.

La razón histórica de esta incapacidad era que estos religiosos se habían comprometido con el voto de obediencia. Y lo que la ley buscaba era protegerlos de la posibilidad de sentirse obligados a celebrar un contrato que no deseaban, pero que se les imponía su superior.

El Código Civil y Comercial, siguiendo un criterio mayoritario, pero no unánime, ha suprimido esta incapacidad.

86. Capacidad de ejercicio o de hecho

La capacidad de hecho es la aptitud que tiene la persona humana para ejercer por sí misma actos de la vida civil, para ejercer personalmente sus derechos. Las únicas limitaciones que pueden imponerse a esta capacidad son las que nacen expresamente de la ley o en una sentencia judicial (art. 23).

Esta aptitud se adquiere a los dieciocho años (art. 25).

Las demás personas humanas (las que no han cumplido esa edad) no pueden realizar por sí actos jurídicos; esto es, son ineptas para ejercer, modificar o extinguir una

relación jurídica, pero son capaces para ser titulares de esa relación. Por ello, la ley suple esa ineptitud con la intervención de sus representantes legales (art. 26, párr. 1º), es decir, sus padres, tutores o curadores, y, de manera promiscua, con el Ministerio Público (art. 103), quien participa necesariamente en todos los actos que pongan en juego derechos de los incapaces, con el doble fin de resguardar sus intereses y controlar la legitimidad de tales actos.

En otras palabras, la ley sanciona esta incapacidad en beneficio del incapaz y dispone integrar su capacidad con la intervención del representante.

Será necesario detenernos en diferentes supuestos vinculados con la capacidad de ejercicio.

87. Las personas por nacer

Nuestra ley considera persona humana a quien ha sido concebido (art. 19), sin importar si tal concepción se ha dado dentro o fuera del seno materno. Desde el momento mismo de la concepción, por tanto, adquiere capacidad de derecho.

Es claro que las personas por nacer carecen de aptitud para expresar por sí su voluntad. Es por ello que son incapaces de hecho o de ejercicio (art. 24, inc. a)], debiendo ser representados en los actos jurídicos por sus padres (art. 101, inc. a)], o, ante la incapacidad de estos, por el curador que se les designe (art. 140).

Que la ley reconozca a los representantes legales la facultad de adquirir derechos para las personas por nacer que representan, está plenamente justificado. En cambio, alguna duda podría plantearse si lo que hace el representante es contraer una obligación por la persona por nacer. En este caso, deberán evaluarse los beneficios que tal obligación acarrea. Así, parece razonable que pueda aceptar cargos impuestos a una donación o testamento si el valor de lo que se recibe es claramente superior al valor del cargo, o que esté obligado a pagar los impuestos correspondientes de los bienes que pertenezcan a la persona por nacer.

Finalmente, debe tenerse presente que los derechos adquiridos por la persona por nacer solo quedan consolidados (o irrevocablemente adquiridos como dice la norma) si nace con vida (art. 21), aunque sea un instante. Si, en cambio, hubiese nacido muerta, se considera que la persona nunca existió (art. citado). Pero debe quedar claro que lo que se pierde por el nacimiento sin vida del *nasciturus* son los derechos que se habían adquirido o las obligaciones contraídas, pero no su calidad de persona, como se desprende de una armónica interpretación del referido artículo 21, el artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

88. Los menores de edad

El Código Civil y Comercial establece que menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Dentro de las personas menores de edad, llama adolescente a quien ha cumplido trece años (art. 25).

La regla general es que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales (art. 26, párr. 1º), es decir, sus padres o tutores, todo lo cual importa presumir su incapacidad de hecho o ejercicio.

Sin embargo, el propio Código establece que si cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (arts. 24, inc. b], y 26, párr. 2º), lo que importa otorgar una clara elasticidad al concepto de capacidad. Ya no dependerá tanto de la edad que se tenga sino, y sin perder de vista esa edad, el grado de madurez que se tenga para ejecutar un acto determinado.

Son muchas las precisiones que caben hacer. Dejaremos de lado las cuestiones que excedan el ámbito contractual. Veamos.

a) La persona menor de edad, aunque tenga menos de trece años, puede celebrar contratos de menguado valor o escasa cuantía. Se presume que estos contratos han sido realizados con la conformidad de los padres (art. 684). Es una solución realista. Todos los días vemos niños realizando verdaderas compraventas (adquiriendo chocolates o bebidas en quioscos y supermercados, útiles escolares en librerías, etc.), permutas (intercambios de libros entre alumnos), mutuos gratuitos (prestando activa o pasivamente las cosas) o celebrando contratos de transporte o de espectáculo público (entradas de cine, fútbol, etc.). Y nadie puede dudar que tales contratos son válidos, a menos que se dé un supuesto de explotación de la inexperiencia del menor, en cuyo caso podrá ser anulado por el vicio de lesión (art. 332).

b) A partir de que se es adolescente, a los trece años, se presume que tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. En cambio, si se tratara de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o ponen en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; en este caso, si existiera conflicto entre ambos, debe resolverse teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto de las consecuencias de la realización o no del acto médico (art. 26, párrs. 4º y 5º).

En una controvertible solución, se dispone que a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (art. 26, párr. 6º), por lo que los padres dejan de tener injerencia en el cuidado del hijo, aun cuando, en rigor, se trate de una persona menor de edad.

c) Antes de cumplir dieciséis años, la persona no puede ejercer oficio, profesión o industria, ni obligarse de otra manera, sin autorización de sus padres, y siempre que se cumplan con los requisitos fijados en las leyes especiales (art. 681). En cambio, a partir de los dieciséis años, se presume que si ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus padres para todos los actos concernientes al empleo, profesión o industria, y siempre que se cumpla con la normativa referida al trabajo infantil (art. 683).

d) Todo menor de edad puede ejercer libremente la profesión si hubiera obtenido el título habilitante para ejercerla, sin necesidad de tener la autorización de sus padres (art. 30). Es una solución correcta, pues si la persona está habilitada para ejercer una profesión, es irrazonable imponer otro recaudo (como sería la autorización de los padres) para que la pueda ejercer.

La propia norma añade que puede administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con el producto de su ejercicio profesional y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos. Es claro, entonces, que los bienes adquiridos con el producto de su ejercicio profesional constituyen un patrimonio especial diferenciado de los restantes bienes que el menor haya adquirido por otros títulos. Estos últimos continúan bajo la administración de su representante legal.

89. Los emancipados

Desde la sanción de la ley 26.579, existe en nuestro ordenamiento jurídico una sola manera de emanciparse: por matrimonio. Desde esa ley han desaparecido la emancipación por habilitación de edad (art. 131, Cód. Civil, según ley 17.711) y la emancipación por habilitación comercial (arts. 10, 11 y 12, Cód. Comercio).

El hecho de contraer matrimonio emancipa al menor de edad. El menor emancipado es una persona capaz, con restricciones para determinados actos (art. 27), lo que permite concluir que su capacidad no es igual a la de los mayores de edad.

Es que el emancipado no puede, ni con autorización judicial (art. 28):

a) Aprobar las cuentas presentadas por el tutor ni darles finiquito.

b) Donar bienes que hubiere recibido a título gratuito. Entendemos que el término "donar" debe ser interpretado como disposición a título gratuito, lo que permite abarcar en la norma a la cesión gratuita de derechos que hayan sido adquiridos a su vez gratuitamente. Además, parece razonable admitir que pueda entregarse como un regalo o "presente de uso", un bien recibido a título gratuito.

c) Afianzar obligaciones. La prohibición de afianzar obligaciones les impide formar parte de sociedades que impongan a los socios responsabilidad solidaria e ilimitada por las deudas sociales.

El emancipado puede administrar todos sus bienes y disponerlos cuando hayan sido adquiridos onerosamente, pero si el bien fue adquirido en forma gratuita, solo podrá disponerlo onerosamente si cuenta con autorización del juez, la que solo puede darse en caso de absoluta necesidad o ventaja evidente (art. 29).

Esta emancipación es irrevocable, aun en el caso de que se decrete la nulidad del matrimonio, si se trata de un cónyuge de buena fe. Si el cónyuge es de mala fe, en cambio, la emancipación caduca desde que la sentencia de nulidad pasa en autoridad de cosa juzgada (art. 27).

Esta norma dispone, finalmente, que si algo es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad.

90. Los incapaces y las personas con capacidad restringida

Desde la sanción de la ley 26.657 se ha consagrado un cambio radical en la concepción de la incapacidad en el derecho argentino.

La idea central del nuevo sistema es restringir al máximo la posibilidad de que se decrete la incapacidad absoluta de una persona, inaugurándose un régimen de incapacidad relativa, limitada a aquellos actos y funciones que expresamente el juez vede, y procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible (art. 38).

El Código Civil y Comercial dispone que el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padezca una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes (art. 32).

Junto con la restricción decretada, debe designar una o más personas de apoyo, y señalar la modalidad de su actuación y las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción (art. 38). El juez, para fijar las funciones de los apoyos, deberá considerar las necesidades y circunstancias de la persona protegida (art. 32). La misión que debe cumplir el apoyo es la de facilitar a la persona protegida, la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general (art. 43), promoviendo su autonomía (art. 32).

Solo por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador. Es el caso de la persona que se encuentra en estado vegetativo.

Por lo tanto, deben diferenciarse los dos supuestos, la persona con capacidad restringida y la persona incapaz.

La persona con capacidad restringida es capaz de hecho, pues puede ejercer por sí misma sus derechos, con las limitaciones que la sentencia judicial le impone (art. 23).

En cambio, la persona declarada incapaz por sentencia judicial es una incapaz de hecho, pero siempre en la extensión dispuesta en esa decisión judicial (art. 24, inc. c)).

Está claro que una persona declarada incapaz no puede celebrar por sí los actos jurídicos que el juez expresamente le ha impedido en la sentencia; ellos solo podrán ser realizados a través de su curador. Del mismo modo, si se ha restringido la capacidad de una persona, y se trata de un acto que necesita el concurso del apoyo, la persona protegida no podrá actuar sin el apoyo.

Si de todas formas, el incapaz celebrara el acto jurídico que le está prohibido, o la persona con capacidad restringida actuara sin contar con el apoyo, el acto será nulo, pues el vicio es manifiesto (surge de la mera comprobación de la sentencia dictada) y de nulidad relativa, toda vez que su sanción es en exclusivo interés de la parte protegida, y es saneable (art. 388). La nulidad afectará a los actos realizados con posterioridad a la inscripción de la sentencia en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 44).

¿Qué ocurre si la declaración de la incapacidad o de capacidad restringida no ha sido inscripta aún? El acto celebrado podrá anularse si perjudica a la persona incapaz o con capacidad restringida, y siempre que la enfermedad mental fuera ostensible al tiempo de la celebración del acto, o que haya mala fe de su cocontratante, o que el acto fuera a título gratuito (art. 45).

Otra situación singular es la de los contratos celebrados por el incapaz o por quien ha sido declarado con su capacidad restringida, antes de la enfermedad. Se trata de un contrato celebrado por una persona sana que luego enferma. En este caso debe diferenciarse según si las obligaciones a cargo de la persona protegida son o no *intuitu personae*. Si lo son, la incapacidad o la restricción de la capacidad deberá ser considerada como un caso fortuito eximente de responsabilidad; en cambio, si la obligación puede ser satisfecha por el curador, o con el concurso del apoyo, deberá ser cumplida.

Por último, nuestra ley dispone que después que una persona haya fallecido, los actos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden ser impugnados, a no ser que la muerte haya acontecido después de interpuesta la demanda para la declaración de la incapacidad o de la capacidad restringida, que el acto sea gratuito o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe (art. 46).

Es importante destacar que en el sustancial cambio que se ha introducido en esta materia, ha desaparecido la incapacidad de los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, que estaba prevista en los artículos 153 a 158 del Código Civil de Vélez.

91. Los inhabilitados

El artículo 152 bis del Código Civil, después de la reforma de la ley 17.711, introdujo la inhabilitación a nuestro sistema jurídico.

La norma disponía que podía inhabilitarse judicialmente a:

1) Quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos perjudiciales a su persona o patrimonio.

2) Los disminuidos en sus facultades que, sin llegar a ser dementes, puedan realizar actos que el juez estime puedan resultar presumiblemente dañosos para su persona o patrimonio.

3) Los pródigos.

El Código Civil y Comercial ha eliminado las dos primeras opciones, aunque, en verdad, las ha subsumido en las personas con capacidad restringida, que expresamente abarca a quienes padezcan una adicción o una alteración mental permanente o prolongada (art. 32).

El artículo 48 se refiere a los pródigos. Allí se dispone que pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes, expongan a su cónyuge,

conviviente, o a sus hijos menores de edad o con discapacidad (la discapacidad es una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental que implica desventajas considerables) a la pérdida del patrimonio. La prodigalidad importa la realización de gastos inútiles, sin sentido, fuera de toda proporción con las necesidades de la persona y la magnitud de su fortuna. La norma no exige una pérdida efectiva del patrimonio; basta que exista un supuesto de peligro inminente aún no consumado.

La consecuencia de la declaración de la inhabilitación es el nombramiento de un apoyo, cuya función es asistir al inhabilitado en el otorgamiento de los actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia (art. 49). El apoyo no suplente la voluntad del inhabilitado sino que lo asiste en los actos indicados en la sentencia judicial.

El inhabilitado puede —como regla— administrar libremente sus bienes (salvo que la sentencia de inhabilitación limite determinados actos teniendo en cuenta las circunstancias del caso) y disponer por sí de ellos, pero en este último caso necesita la conformidad del apoyo.

92. Los penados a pena privativa de la libertad mayor a tres años

El Código Penal dispone que la pena de prisión o reclusión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta e importa, entre otras cosas, la privación de la administración de sus bienes y la disposición de ellos por actos entre vivos mientras dure la pena. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces (art. 12).

Como puede advertirse, lo que importa verdaderamente es la extensión de la pena privativa de la libertad. Si esta no supera los tres años, el condenado conserva todos sus derechos y no sufre limitación alguna; en cambio, si pasa ese lapso, quedará privado de la administración de sus bienes y de la disposición de ellos por actos entre vivos.

La privación de la administración y disposición de los bienes por actos entre vivos tiene un fin protector. La privación de la libertad por un período tan extenso conducirá sin duda alguna a una desatención obligada de sus negocios e intereses.

Por otra parte, la situación rigurosa que le toca vivir expone al condenado a una situación de inferioridad que puede conducirlo a realizar espantosos negocios contractuales o a otorgar facultades de gestión desmesuradas que, a la postre, serán perjudiciales.

Por eso, la ley designa un curador para que administre y disponga de los bienes del condenado. Si bien este curador tiene las mismas funciones que el curador del incapaz y está sujeto al control judicial, debiendo rendir cuentas de su gestión (arts. 130, 131 y 138), debe admitirse que el penado sea oído, atento a que su incapacidad no proviene de enfermedad alguna. Por ello, pensamos que este curador debe ser entendido como un apoyo, en los términos del artículo 43.

La incapacidad dura mientras el penado permanezca en prisión. Por lo tanto, ella cesa cuando se obtiene la libertad condicional o cuando la pena se extingue por amnistía, prescripción o indulto (arts. 13, 61, 65 y 68, Cód. Penal).

93. Los comerciantes fallidos

La quiebra decretada respecto de una persona, comerciante o no, tiene un mismo efecto: el desapoderamiento de los bienes del fallido. El fallido ha perdido sus bienes y por ello no puede administrarlos ni disponer (art. 107, ley 24.522). Por esta razón, puede decirse que no se trata de una verdadera incapacidad del fallido sino de una imposibilidad jurídica derivada de la pérdida del dominio de sus bienes, que han sido transmitidos a la masa de los acreedores de manera fiduciaria, lo cual le impide realizar acto alguno sobre ellos, pues ya no le pertenecen. No hay incapacidad sino

inoponibilidad. Solo podrá realizar actos sobre esos bienes si cuenta con el acuerdo de sus acreedores, lo que legitima su accionar.

La prohibición de administrar o disponer que afecta al fallido queda limitada, en principio, a los bienes que se han transmitido a la masa de acreedores. Esto significa que el fallido puede celebrar contratos sobre derechos extrapatrimoniales (como sería el contrato de servicio médico), o contratos de trabajo en tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia (art. 104, ley 24.522), o que tengan por objeto los bienes que se consideran inembargables (art. 108, inc. 2º, ley 24.522), entre otros.

Similar, aunque no igual, es el caso del concurso. El concursado no es un fallido, pues no se ha decretado su quiebra, y hasta tanto ello ocurra (lo que puede no suceder) tendrá la administración y disposición de sus bienes. Sin embargo, la administración de su patrimonio deberá ser hecha bajo la vigilancia del síndico, y no podrá realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación (arts. 15 y 16, ley 24.522).

94. Las inhabilidades para contratar

Las personas, aunque sean plenamente capaces, no siempre pueden contratar con cualquier otra persona o sobre determinados objetos. En efecto, ciertas personas no pueden contratar entre sí, esencialmente por la contraposición de intereses que puede existir entre ellas. Veamos:

a) La ley establece dos regímenes posibles para gobernar el sistema patrimonial del matrimonio: el de comunidad y el de separación de bienes. En este último, como regla, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales (art. 505). En el primero, al que la ley le asigna carácter supletorio (esto es, que debe ser aplicado en caso de que los cónyuges no hayan acordado el régimen de separación de bienes), se diferencian los bienes según su origen, en propios y gananciales y se imponen normas sobre la administración y disposición de ellos, debiéndose dividir por partes iguales la masa de bienes gananciales cuando se extinga la comunidad (arts. 463/504).

Hecha esta explicación, debe señalarse que los cónyuges que estén bajo el régimen de comunidad no pueden contratar en interés propio, entre sí (art. 1002, inc. d)).

La norma debe leerse con cuidado. Ante todo, resulta claro que los cónyuges que hayan elegido el régimen de separación de bienes pueden celebrar libremente, entre sí, todo tipo de contratos. Pero, aun en el régimen de comunidad, hay contratos que pueden celebrar. En verdad, lo que importa es determinar si existen intereses contrapuestos o si se puede llegar a afectar a terceros. Claramente, la prohibición legal alcanza a los contratos de compraventa, cesión de derechos, permuta, o donación. Pero no se ven obstáculos en que puedan celebrar, por ejemplo, contratos de mandato o depósito. Incluso, de manera expresa, se prevé que pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo, con limitación o no de responsabilidad (art. 27, ley 19.550, según ley 26.994). También pueden darse recíprocamente los denominados "presentes de uso" y celebrar contrato de seguro de vida en el que el beneficiario sea el cónyuge.

Puede advertirse que los contratos prohibidos son aquellos que traen aparejado un cambio de la titularidad de dominio; y esto es particularmente riesgoso para los terceros que podrían ver desaparecer con suma facilidad, mediante actos simulatorios o fraudulentos, los bienes que garanticen su crédito.

Dudosa es la hipótesis de la locación entre cónyuges. Es verdad que no existe un cambio de titularidad de dominio, pero parece claro que el arrendamiento genera una disminución de la garantía. Ello, sumado a la prohibición general impuesta en el artículo 1002, nos lleva a negarle validez a tales contratos.

b) Los padres no pueden contratar con sus hijos menores, a menos que se trate de una donación pura y simple hecha por el padre a favor del hijo menor (art. 689).

La norma añade que no pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí ni por persona interpuesta, bienes de su hijo ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra su hijo, ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios, ni obligar a su hijo como fiadores de ellos o de terceros.

Debe interpretarse que, al referirse a la compra de bienes del hijo, quedan comprendidos otros supuestos en que la propiedad pase de manos del hijo al padre, como son los casos de permuta y donación.

La norma admite, implícitamente, que hay contratos que pueden celebrarse si se cuenta con autorización judicial. Tal sería el supuesto de la locación o el depósito, en los que no existe transmisión de la propiedad. Por otra parte, es válida la sociedad constituida entre uno de los padres y sus hijos para continuar los negocios del progenitor fallecido, en los términos del artículo 28, de la ley 19.550, según ley 26.994, que impone limitar la responsabilidad del hijo.

c) Los tutores y curadores no pueden contratar con sus pupilos. Ello es así porque expresamente se dispone que no pueden celebrar con ellos, ni con autorización judicial, los actos prohibidos a los padres respecto de sus hijos menores de edad (arts. 120 y 138). Se aplican, entonces, las reglas vistas precedentemente.

d) El albacea, también llamado ejecutor testamentario, que no es heredero no puede celebrar contratos de compraventa sobre los bienes de las testamentarias que estén a su cargo (art. 1002, *in fine*).

e) No pueden contratar, en interés propio, los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido (art. 1002, inc. b)). Quedan incluidos en la prohibición, los fiscales, defensores de menores y peritos. La prohibición abarca la imposibilidad de ser cesionarios de acciones judiciales que fuesen de la competencia del tribunal que integre. La prohibición obliga a declarar la nulidad del acto celebrado violando la norma, y esa nulidad es absoluta, imposible de sanearse, pues existe un evidente fundamento de orden público.

f) No pueden contratar, en interés propio, los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido (art. 1002, inc. c)). La norma abarca tanto a los procesos contenciosos como a los voluntarios.

g) No pueden contratar, en interés propio, los funcionarios públicos respecto de bienes de cuya administración o enajenación estén o han estado encargados (art. 1002, inc. a)). En el concepto de funcionario público queda incluido el presidente de la Nación, los gobernadores de provincia, los ministros de gobierno —nacional o provincial— y los empleados públicos. La prohibición impide que puedan ser cesionarios de créditos en los que la Nación, las provincias, y las municipalidades sean deudores cedidos. La prohibición obliga a declarar la nulidad del acto celebrado violando la norma, y esa nulidad es absoluta, imposible de sanearse, pues existe un evidente fundamento de orden público.

h) Por último, no pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona (art. 1001). Así:

h.1) El director de una sociedad anónima puede celebrar contratos con esa sociedad cuando se tratase de contratos que sean propios de la actividad societaria y se hagan en las condiciones de mercado. Además pueden celebrar contratos que no reúnan las condiciones antedichas si se tiene la aprobación del directorio o de la sindicatura si no

existiese *quorum*. Pero si estos contratos no son celebrados de la manera indicada o no se contare con la aprobación de la asamblea son nulos (art. 271, ley 19.550).

h.2) Los funcionarios del Servicio Exterior no pueden ejercer el comercio ni la profesión, ni pueden gestionar intereses propios o ajenos en el exterior, ni integrar directorios, ni actuar por firmas comerciales, empresas o intereses extranjeros (art. 23, ley 20.957).

h.3) Los representantes voluntarios no pueden, en representación de otro, efectuar contratos consigo mismo, sea por cuenta propia o de un tercero, sin la autorización del representado (art. 368). Como se verá más adelante, esta prohibición tiene importantes excepciones, que consagran la validez del contrato (nro. 98). En los casos comprendidos por la prohibición, el acto será nulo, de nulidad relativa, pues solo está inspirada en el deseo de proteger los intereses del representado. Es evidente que si a éste le conviene el acto, puede confirmarlo.

h.4) Los tutores y curadores no pueden recibir donaciones de quienes han estado bajo su tutela o curatela, antes de rendir cuentas y de pagar cualquier suma que hayan quedado adeudándoles (art. 1550).

95. Nulidad del contrato

Dispone el artículo 1000 que declarada la nulidad del contrato celebrado por la persona incapaz o con capacidad restringida, la parte capaz no tiene derecho para exigir la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida y en cuanto se haya enriquecido.

Se trata de un verdadero privilegio establecido en favor de la persona incapaz o con capacidad restringida, pues el efecto normal de la nulidad es que las partes contratantes deben restituirse todo lo que hubieran recibido como consecuencia del acto anulado (art. 390).

Claro está que cuando todavía el incapaz, o la persona con capacidad restringida, tiene en su poder lo que recibió o lo hubiera transformado de tal modo que su provecho fuera manifiesto, no podría negarse acción a la parte capaz de reclamar la cosa o su valor, pues de lo contrario se vendría a convalidar un enriquecimiento sin causa, lo que es injusto, tanto más cuanto que, incluso, la parte capaz puede haber contratado de buena fe, ignorando la incapacidad que pesaba sobre la otra.

El privilegio reconocido a las personas con incapacidad o capacidad restringida no funciona cuando el acto se ha originado en dolo o violencia ejercida por ella sobre la otra parte.

En esta línea, el artículo 388 dispone que la parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, pero obró con dolo, no puede alegar la nulidad. Se trata de un principio general que tiene un contenido moralizador evidente: si el incapaz ha obrado con dolo, no debe concedérsele acción de nulidad.

Finalmente, cabe señalar que los actos realizados por una persona incapaz, con capacidad restringida, emancipada o menor de edad, que sea uno de aquellos que tiene prohibido hacer exclusivamente por sí, adolecen de nulidad relativa, porque esa nulidad se establece en el solo interés del incapaz.

96. Legitimación para pedir la nulidad

El artículo 388 establece que están legitimados para pedir la nulidad de los contratos que adolecen de nulidad relativa, las personas en cuyo beneficio se establece. Está claro que si se trata de un contrato celebrado por un incapaz o por una persona que tiene su capacidad restringida, la legitimación la tiene la persona protegida y sus representantes legales y apoyos. La parte que tenía capacidad para contratar no puede

como regla reclamar la nulidad, a menos que sea de buena fe y haya sufrido un perjuicio importante.

Pero si el contrato adoleciese de nulidad absoluta, la puede alegar, además de los mencionados precedentemente, el Ministerio Público y cualquier interesado, siempre y cuando no invoque la propia torpeza para obtener un provecho. Incluso, el juez debe decretarla de oficio, si la nulidad es manifiesta (art. 387).

97. La ley que rige la capacidad para contratar

La ley del domicilio es la que rige la capacidad de las personas. En efecto, lo que verdaderamente importa es el lugar donde vive el sujeto y no su nacionalidad. Así, la capacidad de las personas, sean nacionales o extranjeros, se regirá por la ley argentina si vive en este país y aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en otro país; y si vive en el exterior, se regirá por la ley de su domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la Argentina. Por ello, salvo disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado (art. 2608).

98. Representación. Contrato consigo mismo

¿Puede una persona contratar consigo mismo? En la esencia del contrato parece estar un acuerdo de voluntades plurales; sin embargo, el autocontrato es posible en algunos supuestos excepcionales. Quizás el más importante y el que ha dado lugar a mayores debates es el caso del representante. ¿Puede el representante de dos personas ofrecer por una y aceptar por otra? ¿Puede ofrecer por sí y aceptar por su representado o viceversa? La cuestión ha dado lugar a opiniones contrarias.

Según una primera opinión, todo autocontrato debe reputarse ilícito no solo porque faltaría el acuerdo de voluntades, sino también porque se pondría en un grave peligro los intereses de los representados; en el primer supuesto, es de temer que el representante dé preferencia a uno de sus representados en perjuicio del otro; en el segundo, es más que probable que el representante aproveche la situación para beneficiarse personalmente. Hoy prevalece, sin embargo, una doctrina menos extrema. Tales contratos deben reputarse ilícitos si el representante ha podido obrar a su libre arbitrio dentro de límites más o menos amplios; si no ha existido ese campo de libre arbitrio, el contrato será válido.

Veamos un ejemplo. El propietario de una casa faculta a su representante para venderla en más de \$ 800.000 y otra persona también lo faculta para comprar esa misma casa, pero en no más de \$ 1.000.000. El contrato es nulo, pues el representante ha tenido un amplio campo de acción en el que pudo disponer a su arbitrio de los intereses que se le han confiado. Está representando intereses claramente contrapuestos, quedando en sus manos beneficiar a uno y perjudicar al otro.

Si, en cambio, el representante ha recibido instrucciones precisas de comprar y de vender por \$ 1.000.000, no hay el menor peligro de que se incline por ninguno de sus representados, y el contrato será válido.

Por eso, se ha impuesto como regla que los representantes voluntarios (apoderados, mandatarios y ciertos auxiliares de la justicia, como los síndicos y curadores a los bienes y de herencias vacantes) no pueden, en representación de otro, efectuar contratos consigo mismo, sea por cuenta propia o de un tercero, sin la autorización del representado (art. 368).

Pero decimos como regla, pues esta prohibición queda relativizada por otros textos legales. En efecto, entre las obligaciones del representante voluntario se establece que tiene prohibido, *como regla*, adquirir por compraventa o acto jurídico análogo los bienes de su representado (art. 372, inc. e)), lo que revela que puede haber excepciones.

Por otra parte, cuando se regula el mandato, se dispone que si hay conflicto de intereses entre mandante y mandatario, éste debe posponer los suyos en la ejecución del mandato o renunciar (art. 1325), lo que importa decir que, si no hay conflicto de intereses, puede actuar. Por eso, si tal conflicto queda superado, sea porque el mandante autoriza expresamente al mandatario a adquirir el bien, sea porque el mandante ha fijado con precisión las condiciones de venta y el precio, la compraventa es válida.

CAPÍTULO VI - INEFICACIA DEL CONTRATO

99. Ineficacia del contrato

Cuando nos referimos a la ineficacia del contrato, apuntamos a ciertos vicios que pueden afectarlo. Ya hemos visto cómo la incapacidad o la restringida capacidad de uno de los contratantes provoca la nulidad del contrato celebrado, y, por lo tanto, lo torna ineficaz.

Pero, además, la ineficacia puede tener otras causas. En efecto, el contrato puede estar afectado por los llamados vicios del consentimiento, esto es, que el contratante ha dado su conformidad bajo los efectos de un vicio (error, dolo o violencia) que afectaba su voluntad. Otras veces, el contratante tiene plena conciencia del contrato que está celebrando, pero ocurre que el propio acto jurídico puede estar viciado, sea por la situación de inferioridad de uno de los contratantes, sea porque se trata de un contrato simulado o hecho en fraude de terceros.

En todos estos casos, será nulo.

100. La nulidad del contrato y sus efectos entre las partes

El principio general en esta materia está sentado en el artículo 390: la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo. La solución es perfectamente lógica, puesto que anular implica tenerlo por no ocurrido. Ya veremos, sin embargo, cómo la cuestión, que desde el punto de vista lógico parece simple, presenta ciertos problemas.

Ante todo, es necesario distinguir dos hipótesis distintas: a) que el contrato no haya sido ejecutado; en tal caso, declarada la nulidad, no es posible exigir el cumplimiento de las obligaciones que de él derivan; más aún, si la nulidad aún no ha sido declarada, puede ser opuesta por vía de excepción por el interesado (art. 383); b) que el contrato haya sido parcial o totalmente ejecutado; esta es la hipótesis que da lugar a mayores dificultades, como veremos seguidamente.

La nulidad obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido en virtud del acto declarado nulo (art. 390). La norma añade que estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe, según sea el caso, de acuerdo con lo dispuesto respecto de los efectos de las relaciones de poder, en los artículos 1932 y siguientes.

Pero adviértase que la obligación de restituir proviene, más que de la nulidad, del título que puede invocar cada parte sobre la cosa entregada. El fundamento de la restitución es la sustancia del derecho preexistente al acto nulo, que éste ha dejado inalterado.

Ahora bien, puede ocurrir que, como consecuencia de un contrato nulo, las partes hayan entregado cosas productoras de frutos. Y ya hemos dicho que la obligación de restituir deberá tener en cuenta la buena o mala fe de los contratantes.

El artículo 1934 diferencia entre frutos percibidos y pendientes. Llama fruto percibido al que, separado de la cosa, es objeto de una nueva relación posesoria. A su vez, distingue ese fruto del fruto civil, el cual se considera percibido si ha sido devengado y cobrado. Llama fruto pendiente al que todavía no ha sido percibido, y fruto civil pendiente, al que ha sido devengado pero todavía no ha sido cobrado.

El artículo siguiente dispone que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos. La norma causa perplejidad porque no se aclara qué se entiende por frutos naturales. Máxime si se considera el párrafo final que establece que los frutos pendientes corresponden a quien tiene derecho a la restitución de la cosa, y ya hemos dicho que fruto pendiente es el que todavía no ha sido percibido, y fruto civil pendiente, el que ha sido devengado pero todavía no ha sido cobrado.

Creemos que, en verdad, se está refiriendo a los frutos que no son civiles. Allí la norma ganaría en claridad: si el contratante es de buena fe, entonces, tendrá derecho a hacer suyos los frutos percibidos (sean naturales o civiles), como así también los frutos naturales pendientes, pero nunca los frutos civiles pendientes (devengados y no percibidos). En cambio el de mala fe, debe entregar los frutos percibidos y lo que ha dejado de percibir por su culpa.

Cuando se trata de productos, la cuestión es más clara: la buena o mala fe es irrelevante. En ambos casos deben restituirse los que haya obtenido de la cosa. Recuérdesse que la extracción de un producto siempre implica un empobrecimiento de la cosa (por no tratarse de un recurso renovable), lo cual justifica la solución legal.

Finalmente, el artículo 1936 prevé que el poseedor de buena fe no responde por la destrucción total o parcial de la cosa, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente. En cambio, el de mala fe responde por 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.

Más grave es la situación de quien posee cosas muebles por hurto, estafa, o abuso de confianza, o inmuebles por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza (lo que se denomina posesión viciosa, conf. art. 1921). Este poseedor responde por la destrucción total o parcial de la cosa, aunque se hubiera producido igualmente de estar en poder de quien tiene derecho a su restitución.

101. La nulidad del contrato y sus efectos respecto de terceros

Establece el artículo 392 que todos los derechos reales y personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero que posee la cosa.

El problema grave se plantea en el caso de que el comprador haya, a su vez, enajenado la cosa. En este caso, la nulidad de la primera transacción acarrearía la nulidad de la segunda. Y el subadquirente se vería así despojado de su propiedad y, quizás, sin poder recuperar lo pagado si su enajenante ha devenido insolvente.

Esta solución resulta dura, pero era la que surgía del artículo 1051 del Código Civil de Vélez. Por ello, el Código Civil y Comercial, siguiendo el agregado que había introducido la ley 17.711 al referido artículo 1051, deja a salvo al subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. La salvedad final es tan extensa e importante que, en verdad, invierte la regla. Hoy los subadquirentes por título oneroso y de buena fe están cubiertos contra toda sorpresa que pudiera derivarse de la

nulidad de cualquiera de los actos de transmisión que constituyen el antecedente de su título. Ellos pueden rechazar cualquier acción de reivindicación.

La solución antedicha, sin embargo, no se aplica a los actos inexistentes. El caso que ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia es el siguiente: una persona urde, con la complicidad del escribano, una escritura pública por la cual el titular del dominio (cuya firma ha sido falsificada) le aparece vendiendo una propiedad; luego, sobre la base de esta escritura legalmente inscrita en el Registro de la Propiedad, le vende el bien a un tercero de buena fe. Los tribunales han declarado sin vacilaciones, recurriendo a la teoría del acto inexistente, mientras regía el Código Civil, según la reforma de la ley 17.711, que en ese caso no era aplicable el artículo 1051, porque lo contrario sería despojar al propietario de un bien que le pertenece. La inexistencia estaba dada por el hecho de que el propietario no había tenido la menor intervención en el acto de enajenación.

La cuestión ahora es más simple. El Código Civil y Comercial establece lisa y llanamente que los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho (art. 392, párr. 2º).

Desde luego, si el tercer subadquirente ha sido de mala fe (es decir, si conocía la causa de la nulidad de la anterior transmisión) o si la adquisición del derecho ha sido por título gratuito, la ley no lo ampara y la nulidad del acto anterior deja sin efecto los derechos adquiridos sobre el inmueble o el mueble registrable.

¿Qué ocurre si el derecho adquirido es sobre un mueble no registrable? En este caso, la protección del subadquirente es todavía más intensa: si la cosa no es hurtada ni perdida, la posesión de buena fe es suficiente para adquirir los derechos reales principales, a menos que el verdadero propietario pruebe que la adquisición fue gratuita (art. 1895). La excepción es razonable, pues el subadquirente no sufriría menoscabo alguno con la pérdida de la cosa, toda vez que no ha dado nada a cambio por ella.

I — VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

102. Introducción. Remisión

Es aplicable a los contratos todo lo referente a los vicios del consentimiento de los actos jurídicos en general. Corresponde, por tanto, remitirse a la parte general de derecho civil para profundizar este tema. Acá hemos de plantear las cuestiones principales referidas al error, el dolo y la violencia.

§ 1.— Error

103. Teoría de los vicios del consentimiento: crítica

Según la doctrina de la voluntad íntima o psicológica, el consentimiento, para tener efectos jurídicos, debe ser expresado con discernimiento, intención y libertad. Ahora

bien, como la seguridad de los negocios exige conferir valor, en principio, a las situaciones aparentes, el consentimiento se presume válido en tanto el que lo prestó no demuestre que ha estado viciado por error, dolo o violencia. Pero si concurre alguno de estos vicios, el acto debe anularse, porque ellos suponen la falta de un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros falta intención; en el último, libertad.

Esta teoría, muy difundida aún, que ha sido acogida por el Código Civil y Comercial en los artículos 259, 260 y 261, siguiendo las líneas tradicionales de los artículos 921 y 922 del Código Civil de Vélez, es a nuestro juicio falsa.

Se parte de la base de que solo una voluntad manifestada en forma perfecta y con un conocimiento pleno del asunto es válida. Pero esta es una posibilidad que se da rara vez en los negocios jurídicos. Generalmente, llevamos a cabo los negocios y transacciones bajo la presión de nuestras necesidades (lo que implica falta de libertad) o sin haber podido estudiar las consecuencias que más tarde nos serán perjudiciales. El error en la consideración de un negocio cualquiera no solo es frecuente, sino casi inevitable. Si estas fueran causas de nulidad, prácticamente todas las transacciones humanas estarían sujetas a tal sanción. Es tan evidente esta conclusión que los propios sostenedores de la teoría de los vicios del consentimiento han debido admitir importantes limitaciones. No todo error es causa de nulidad; así, por ejemplo, no lo es el que recae sobre los motivos irrelevantes o las calidades accidentales de la cosa (arg. *a contrario*, art. 267, incs. c) y d)); ni el que proviene de una negligencia culpable, aunque sea esencial; tampoco origina la nulidad del acto el dolo recíproco (art. 272). Y sin embargo, en todos estos casos la voluntad está viciada. Esta contradicción es insoluble en la teoría de los vicios del consentimiento.

Es necesario reafirmar que los procesos internos de la persona que manifiesta su voluntad son irrelevantes; ellos no pueden ser aprehendidos por el derecho sino en tanto hayan tenido manifestación exterior. El verdadero fundamento de la nulidad de los contratos celebrados con dolo o violencia es el hecho ilícito; porque si tales contratos fueran válidos, ello importaría establecer el imperio de la mala fe y el delito. No es necesario recurrir a sutiles y complicadas teorías jurídicas para explicar lo que se explica por sí mismo. En cambio, no es posible hallar una justificación satisfactoria a las nulidades que se pretenden fundar en el error de las partes.

104. Error esencial y error accidental

La falibilidad humana es tal que si cualquier error diera lugar a la nulidad de los contratos, las nulidades serían frecuentísimas. Se ha hecho necesario, por consiguiente, introducir una distinción entre el error esencial y el accidental. El primero es aquel que se refiere al elemento del contrato que se ha tenido especialmente en mira al celebrarlo; solo él da lugar a la nulidad del acto. En cambio, el error que recae sobre circunstancias secundarias o accidentales no es suficiente para provocar la ineficacia. El criterio que permite distinguir si el elemento del negocio ha sido esencial es eminentemente objetivo; dependerá de lo que ordinariamente, en la práctica de los negocios, se tenga por tal; y nadie puede pretender que una cualidad o persona ha sido determinante de su consentimiento si, objetivamente considerada, no es esencial.

Para dar mayor claridad, el Código Civil y Comercial (art. 267) dispone que el error de hecho es esencial cuando recae sobre:

i) La naturaleza del acto; por ejemplo, yo me propongo venderte una casa y tú entiendes recibirla en donación o en alquiler.

ii) Un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida; yo entiendo venderte mi casa de Buenos Aires y tú aceptas comprar la de Córdoba.

iii) La cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso. Cualidad sustancial es

aquella que las partes han tenido en mira como esencial, sin la cual no hubiesen contratado. La esencialidad de la cualidad deberá apreciarse considerando las circunstancias y la práctica de los negocios.

iv) Los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente. Éste es un supuesto típico, en verdad, de falta de causa y deben, por consiguiente, aplicarse los principios relativos a ese elemento esencial de los contratos.

v) La persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración. Si encargo un retrato, la persona del pintor tiene una importancia fundamental; si presto una suma de dinero, el prestatario debe ser cuidadosamente elegido, tener solvencia material y moral; etc. En cambio, si compro mercadería al contado, la persona del vendedor poco importa.

También cabría añadir el caso de que una cualidad accidental haya sido exigida expresamente como condición por la parte interesada; pero en tal caso el fundamento de la nulidad no será el error, sino la falta de una de las condiciones exigidas en el contrato.

105. Error excusable e inexcusable

El artículo 929 del Código Civil de Vélez disponía que no todo error puede fundar un pedido de nulidad del acto jurídico; para ello era necesario que fuera excusable, es decir, que hubiera habido razón para errar; pero cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas provenía de una negligencia culpable, el error era inexcusable, y quien ha incurrido en él no podía pretender la nulidad del acto.

Si bien la norma no ha sido reproducida en el Código Civil y Comercial, la solución no puede variar. Ello es así, pues el obrar culposo, que abarca la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, y que comprende la imprudencia y la negligencia y la impericia en el arte o profesión, acarrea la responsabilidad de su autor (art. 1724) y, por tanto, no podrá alegar la nulidad del contrato por él celebrado.

106. Crítica de la teoría del error

Teóricamente la nulidad de un contrato por error de los contratantes no tiene justificación.

Esta conclusión resulta evidente si se acepta la teoría de la declaración de la voluntad. En efecto, si lo que tiene valor en la formación de los contratos es la voluntad, tal como se la ha manifestado, no interesan las razones o motivos puramente psicológicos e internos que dieron origen a la falta de coincidencia entre la intención y la voluntad declarada; el error no justifica, por consiguiente, la nulidad.

La verdad es que mientras que el error permanece en la intimidad del sujeto, es decir, mientras el otro contratante no ha podido conocerlo, no puede producir efectos jurídicos. Una sanción tan grave como la nulidad debe tener una base objetiva, seria y concreta, y no puede fundarse en procesos puramente internos, cuya prueba será siempre, o casi siempre, imposible.

Si, por el contrario, el error se ha exteriorizado en el momento del contrato, la teoría del error deja de ser aplicable y el caso debe resolverse por los principios relativos al dolo o la condición.

Finalmente, hay una razón de justicia y de equidad que obliga a rechazar la nulidad de un contrato por error. Es inicuo que en una relación contractual el legislador se coloque de parte de quien se equivocó, sea por descuido, sea por no tomar las debidas precauciones, sea por cualquier otra razón, y no de parte de quien obró en sus negocios con la debida atención y diligencia y que nada tiene que reprocharse. La sanción de la nulidad perjudica, en efecto, a quien no incurrió en error.

Veamos, ahora, los supuestos que nuestro ordenamiento prevé como supuestos de error.

a) Error sobre la naturaleza y sobre el objeto del acto

En estos casos, la teoría del error no juega ningún papel. Si entiendo venderte mi casa y tú crees recibirla en donación (error sobre la naturaleza del acto), simplemente no hay contrato, puesto que éste supone un acuerdo de voluntades y en nuestro caso ha habido disenso. Lo mismo ocurre si yo deseo vender mi casa de Buenos Aires y tú entiendes comprar la de Córdoba (error sobre el objeto). En ambas hipótesis existe lo que la doctrina francesa llama error obstáculo, porque impide la formación del contrato. Es obvio que el contrato no se anula por error; en verdad, no ha existido en ningún momento y por tanto es imposible anularlo.

b) Error sobre las cualidades sustanciales

Ante todo y como observación aplicable a todo género de error, sea sobre la sustancia, la persona, etc., debemos hacer notar que si éste es provocado por engaños o cualquier clase de maquinación dolosa, la nulidad del contrato se fundará en el dolo y no en el error. Y si éste ha sido determinado por falta de una cualidad o persona exigida por la cláusula expresa del contrato, la nulidad se fundará en el incumplimiento de una de las condiciones. Así, por ejemplo; A vende a B mercaderías de tipo, clase y características especiales; luego resulta que las mercaderías que tenía disponibles A no llenan las condiciones requeridas en el contrato: el acto será resoluble por ello y no nulo por error. Y estrictamente no ha habido error del comprador, pues justamente porque no sabía cómo eran las mercaderías de que disponía A, especificó detalladamente en el contrato las características de las que él deseaba comprar.

Es lógico, pues, que exista un acuerdo prácticamente unánime en la doctrina en el sentido de que la teoría del error no es aplicable en los casos de dolo o de falta de condición expresada en el contrato. ¿Queda todavía alguna posibilidad de aplicarla? Veamos un ejemplo práctico. Entro a un negocio a comprar un cuadro de Rafael. Le expreso mi deseo al vendedor, quien me vende un cuadro que no es del artista de mi preferencia. Si el vendedor sabía que no era de Rafael es evidente que incurrió en dolo; la venta sería nula por ese motivo. Si el vendedor creía de buena fe que era de Rafael y estaba equivocado, la compra será resoluble, porque falta una condición expresamente exigida por mí. Queda todavía otra posibilidad; que al comprar el cuadro, yo no haya dicho nada que creía que era de Rafael y que el vendedor ignorara, por lo tanto, mi creencia y mi deseo. Es decir, no ha habido dolo del vendedor, ni condición exigida por mi parte. Éste es el caso de error *in mente retenta*, único en el que tendría sentido práctico la teoría del error, ya que no hay vicios concurrentes que permitan por sí la nulidad del contrato.

¿Pero ese error *in mente retenta* puede justificar la nulidad del contrato? Indiscutiblemente, no. Ante todo, para que el error pueda provocar la nulidad, debe ser reconocible por el destinatario de la declaración, según las circunstancias del acto, y las circunstancias de persona tiempo y lugar (art. 266). Y quien no ha tenido la precaución de exteriorizar su pensamiento respecto de un punto capital del negocio jurídico que realiza, indudablemente ha impedido a la otra parte que pueda conocer su intención.

Además, los jueces, que deben ser prudentes en sus decisiones y que, en caso de duda, deben inclinarse por la validez del acto, no pueden admitir un pretendido error que nunca ha salido de la mente del que afirma haber incurrido en él y cuya prueba es prácticamente imposible.

En conclusión: el error *in mente retenta* no puede admitirse como causal de nulidad de los actos jurídicos, con lo cual se cierra la última posibilidad de aplicación práctica de la teoría del error.

Todavía cabría diferenciar entre el error *in mente retenta* y la reserva mental, entendida esta como la manifestación de una voluntad que se hace, haciendo —a la vez— reserva oculta de que no se desea lo que se ha manifestado desear. La reserva mental no perjudica la validez de la declaración, que produce todos sus efectos vinculatorios. De lo contrario se crearía una absoluta inseguridad en los negocios, pues nadie tendría certeza de que la declaración que ha aceptado es seria y se premiaría la deslealtad y la mala fe. He aquí una persona que desea realizar un negocio, pero teme sus consecuencias. Si la reserva mental fuera un recurso eficaz para demostrar que la voluntad no ha sido seria y, por lo tanto, no obliga al declarante, éste tendría a su disposición un excelente recurso: concurre a una escribanía y hace labrar una escritura en la que deja constancia de que aunque va a declarar su voluntad de contratar, en realidad no tiene esa voluntad. Si más tarde el negocio resulta bueno, esta declaración permanecerá reservada y el contrato funcionará sin tropiezos; si resulta inconveniente, pedirá un testimonio de la escritura con el cual demostrará acabadamente que su voluntad de obligarse no era seria. Como se comprende, el derecho no puede admitir esos recursos de mala fe.

c) Error sobre la persona

Como en el caso anterior, analizaremos sobre la base de un ejemplo las posibilidades de aplicación práctica del error. Tomemos un contrato de locación, en el cual la persona del inquilino tiene una indudable importancia. Alquilo mi casa a una persona, creyéndola X, de quien sé que es hombre de fortuna y probidad; pero en realidad el inquilino resulta ser N, sujeto insolvente y de malos antecedentes. En tal caso, no caben sino dos posibilidades: o bien yo he manifestado mi creencia de contratar con X, y N lo ha admitido expresa o tácitamente, en cuyo caso existe dolo y el contrato es nulo por tal causa; o bien ni yo ni el otro contratante hemos dicho nada sobre el particular. En tal hipótesis, mi error sobre la identidad o sobre las cualidades morales o económicas del inquilino es simplemente un error *in mente retenta* que, según ya lo hemos dicho, no produce efectos jurídicos; pero en este caso el repudio de tal error como causal de nulidad se impone por una razón más, de trascendental importancia: admitirlo cuando hubiera recaído sobre la solvencia o los antecedentes morales de una persona sería crear una nueva incapacidad jurídica. Veamos esto con un ejemplo. Un excondenado por hurtos o estafas, que hubiera purgado su delito, no podría tener ninguna seguridad en sus negocios o transacciones, porque quienes contratasen con él podrían afirmar más tarde, para desligarse de sus obligaciones, que creyeron contratar con una persona de antecedentes honestos y que el error sufrido les da derecho a reclamar la nulidad del acto.

En definitiva: el error sobre la persona en ningún caso puede dar lugar a la nulidad de un contrato.

d) Error sobre los motivos personales relevantes

Ya hemos señalado que el error sobre los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente constituyen, en verdad, un supuesto típico de falta de causa y deben, por consiguiente, aplicarse los principios relativos a ese elemento esencial de los contratos y no los de la teoría del error.

107. El error de expresión o "de pluma"

Puede ocurrir que uno de los contratantes, al pronunciar o escribir cierta palabra o cantidad, declare una distinta de la que había pensado, debido a un error de expresión. Por ejemplo, quiero comprar un cuadro de Rafael y digo de Miguel Ángel; quiero comprar diez lápices, pero escribo cien.

El artículo 268 dispone que *el error de cálculo no da lugar a la nulidad del acto, sino solamente a su rectificación, excepto que sea determinante del consentimiento.*

Más allá de que la norma se refiere solamente al error de cálculo, resulta razonable extender su solución a todo error de expresión, pues no existen diferencias de fondo entre ellos (conf. QUIRNO, Diego, en GARRIDO CORDOBERA - Lidia M. R. - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual [dirs.] - KRIEGER, Walter F. [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2015, t. 1, p. 296). La regla es la misma: el contrato es válido. Si la parte que recibe la oferta trata de buena fe, en consideración a los términos o cifras empleados, el contrato es válido tal como resulta de las cantidades o calidades declaradas. Es la solución que impone la seguridad del comercio jurídico.

Pero la contraparte no puede ampararse de mala fe en una expresión errónea. Siempre que del cuerpo mismo de la declaración de voluntad, sea verbal o escrita, pueda inferirse claramente la voluntad real del contratante, es esta la que debe privar. Tampoco puede escudarse la otra parte en el error del declarante si éste ha quedado de manifiesto por el carácter irrazonable o extravagante de la oferta. Tal es el caso de que se ofrezca una partida de aceite de soja a \$ 400 los cien kilogramos, cuando ese es el valor de plaza por cada diez kilogramos.

En estos casos, el error no da lugar a la nulidad del contrato, sino a la rectificación de los términos de la declaración. En el ejemplo que hemos dado, si el que recibe la oferta del aceite de soja, una vez rectificado el error, acepta el precio pedido, el contrato quedaría concluido sin posibilidad para el ofertante de alegar su nulidad. Por idénticas razones, el error de cálculo debe ser corregido, rectificando el total con base en las cifras parciales.

108. La declaración hecha con espíritu de broma

En cambio, la declaración hecha con notorio espíritu de broma carece de fuerza obligatoria. La forma en que se hizo la declaración y particularmente las circunstancias que la rodearon, demostrarán si fue o no hecha en broma. Lo mismo ocurre con la declaración hecha por un actor a otro durante una representación teatral por exigencia del libreto: obviamente un reconocimiento de deuda, una promesa de pago, hecha en estas circunstancias no genera ninguna obligación.

109. El error de derecho

El artículo 8º del Código Civil y Comercial establece: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley". Si bien el Código no invoca expresamente el error de derecho, lo que sí hacía el artículo 923 del Código Civil de Vélez, es claro que es un supuesto análogo a la ignorancia de la ley, por lo que no puede excusar los efectos legales de los actos lícitos, ni la responsabilidad por los actos ilícitos, a menos que la ley fije una excepción.

El error de derecho no es, por consiguiente, un vicio de los actos jurídicos; nadie puede ampararse en él para eludir las responsabilidades legales o convencionales emergentes de sus actos.

El fundamento de la inadmisibilidad del error de derecho como causal de nulidad no es, como suele afirmarse, que las leyes se deban reputar conocidas. El verdadero fundamento de la inexcusabilidad del error de derecho es el siguiente: toda ordenación social exige, para su normal desenvolvimiento, que las normas jurídicas impuestas por el Estado con carácter obligatorio se apliquen en todos los casos para los cuales han sido dictadas, sin que sea posible eludir su cumplimiento invocando ignorancia o error. No juega en esta cuestión un problema de conocimiento de la ley, sino de obligatoriedad de ella: las leyes se deben aplicar con entera independencia de que el interesado las conozca o no; en verdad, es preferible que las conozca, pero si ello no ocurre, lo mismo deben aplicarse. De ahí que el error de derecho no valga como excusa.

§ 2.— Dolo

110. Diversas acepciones de la palabra dolo

La palabra dolo tiene diversas acepciones en derecho: El dolo para el derecho penal es la voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud, o, con otras palabras, es la voluntad consciente que se tiene de perpetrar un acto que la ley califica como delito. En el campo del derecho civil tiene diferentes significados: a) cuando califica la acción de quien daña a un tercero (el ilícito civil), violándose el deber de no dañar previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional; b) cuando constituye un factor subjetivo de la responsabilidad, el que se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724), el cual no puede ser dispensado anticipadamente (art. 1743), y c) finalmente, dolo es un vicio del consentimiento. Éste es el significado del que nos ocuparemos en el presente capítulo.

111. Concepto y fundamento

Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración de un acto (art. 271).

El dolo supone siempre un engaño: es inducir deliberadamente en error a una persona con el propósito de hacerla celebrar un acto jurídico.

Generalmente, el dolo consiste en un acto positivo; tal ocurre cuando se vende la copia de un cuadro célebre afirmando engañosamente que es el auténtico. Pero también se miente con el silencio. La omisión o reticencia dolosa consiste en callar la verdad cuando se sabe que la otra parte está equivocada respecto de un elemento esencial del contrato, que es determinante de su consentimiento.

La omisión dolosa ha sido prevista expresamente en el Código Civil y Comercial (art. 271, parte final): ella causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación. Es la buena solución. Juega en este caso una cuestión de moral: el engaño, sea por acción o por omisión, no puede tener el amparo del derecho.

El dolo vicia el contrato y quien lo ha sufrido tiene derecho a pedir su nulidad. La sanción de la nulidad no se funda tanto en el error provocado en el otro contratante, sino en el hecho ilícito; el orden jurídico exige no convalidar actos que han tenido su origen en la mala fe de uno de los contratantes, pues ello sería estimular el delito y propiciar el engaño.

112. Dolo esencial

Solo el dolo esencial causa la nulidad del acto. Así lo dispone el artículo 272 que establece, además, las condiciones que debe reunir ese dolo. Ellas son:

a) Debe ser grave

No cualquier dolo es suficiente para decretar la nulidad del contrato. Así, por ejemplo, en las transacciones comerciales es habitual que el vendedor exagere a sabiendas la bondad del producto o que afirme engañosamente que en ninguna parte se encontrará más barato; inclusive, el comprador debe contar con esa astucia, que, en cierto modo, está incorporada a las costumbres mercantiles. Desde luego, ella no basta para dar lugar a la nulidad mientras el engaño no adquiera caracteres de gravedad.

Estas consideraciones son especialmente aplicables a la reticencia dolosa, que el juez debe apreciar sin exceso de rigor, pero cuidando siempre de hacer observar la lealtad en los negocios jurídicos.

La gravedad del dolo debe juzgarse en relación con la condición de la víctima. Las maniobras o engaños que bastan para inducir a un analfabeto a celebrar un contrato pueden no ser suficientes para una persona de cultura, con experiencia de la vida y de los negocios. Es esta una cuestión que queda librada al recto criterio del juez.

b) Debe ser determinante del consentimiento

Si el negocio se hubiera celebrado igualmente, sabiendo el engañado la verdad, el acto no debe anularse. Así, por ejemplo, si se vende la copia de un Greco, afirmando que es auténtico, el dolo es determinante; pero si el vendedor se limita a decir, sabiendo que no es verdad, que el marco es antiguo y fue elegido para la tela por el propio artista, el engaño no es suficiente para anular el acto, porque recae sobre un elemento o cualidad totalmente secundaria.

Este dolo sobre una cualidad secundaria solo autoriza a la víctima a pedir la reparación del daño sufrido (arts. 273 y 275).

c) Debe ocasionar un daño importante

Si, en efecto, el perjuicio sufrido por el engañado es insignificante, no parece lógico decretar una sanción tan grave como es la nulidad del contrato.

d) Finalmente, es necesario que el dolo no haya sido recíproco

Quien juega sucio no tiene derecho a exigir juego limpio. Si las partes se han engañado mutuamente, la ley se desinteresa de ellas; es bueno que sufran el perjuicio de su propia inconducta. Quizá esa dura experiencia les enseñe a guardar la debida lealtad en sus relaciones con los semejantes.

113. Efectos del dolo esencial

El dolo produce los siguientes efectos: a) en primer término, da derecho a la persona que lo ha sufrido, a pedir la nulidad del contrato (art. 272); se trata de una nulidad relativa y, por consiguiente, saneable; b) en segundo lugar, da derecho a la víctima a pedir la indemnización de los daños sufridos con motivo del contrato que se anula (art. 275).

114. Dolo incidental

Llámase dolo incidental a aquel que no fue determinante del consentimiento prestado por la víctima. No afecta la validez del acto, ni da derecho, por consiguiente, a reclamar su nulidad; pero el que lo ha cometido debe indemnizar los daños causados (arts. 273 y 275). Esta solución se justifica plenamente, porque, aun sabiendo la verdad, la víctima habría celebrado el acto, pero es posible que, sabiéndola, se hubieran alterado algunas cláusulas del contrato, reducido el precio, etc. Todos estos perjuicios deben ser reparados.

115. Dolo de un tercero

El dolo proveniente de un tercero da lugar a la nulidad del acto, lo mismo que si emanara de las partes. El tercero y una de las partes pueden ser los autores del dolo (art. 274). Quien sea el autor del dolo (cocontratante o tercero) debe reparar el daño causado (art. 275).

No importa, por tanto, que se compruebe o no la complicidad del tercero con el interesado; en la mayoría de los casos esa complicidad será muy difícil de probar; por lo demás, si la razón de la nulidad es la necesidad de proteger a los contratantes de buena fe, esa sanción se impone tanto en un caso como en otro.

Ahora bien, si el dolo (esencial o incidental) ha provenido de un tercero y la parte beneficiada ha tenido conocimiento del engaño que la beneficia, ambos son solidariamente responsables de los daños causados; pero si la parte lo ignora, solamente el tercero responde por ellos (art. 275).

§ 3.— Violencia

116. Concepto y fundamento

Cuando el consentimiento ha sido arrancado bajo la presión de violencias físicas o morales, el acto, a pedido de la víctima, debe ser anulado. Dispone el artículo 276 del Código Civil y Comercial: *La fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto*. Éste es un principio elemental de derecho; de lo contrario, el orden jurídico sería reemplazado por la fuerza. Como en el caso del dolo, es el hecho ilícito el fundamento de la nulidad.

117. Elementos constitutivos de la violencia

No toda fuerza o violencia o amenaza, hecha por uno de los contratantes sobre el otro, autoriza a pedir la nulidad del contrato. Se exigen ciertos requisitos sin los cuales esta sanción no tiene lugar. Veamos:

a) Es necesario, ante todo, que se trate de una injusta amenaza

Así lo disponía expresamente el artículo 937 del Código Civil de Vélez. Y si bien no hay un texto similar en el Código Civil y Comercial, la solución debe ser la misma, por las razones que daremos.

La amenaza tiene que aludir a un hecho ilícito. Es que la amenaza de ejercer un derecho no vicia, en principio, el contrato. Tal sería el caso del acreedor que obtiene de su deudor el pago íntegro de los intereses y amortizaciones atrasados, luego de haberlo intimado o amenazado de iniciar de inmediato la ejecución judicial por el total de la deuda.

Pero no siempre la amenaza de ejercer un derecho es lícita y justa; debe tratarse de un ejercicio regular de él. Si, por el contrario, la amenaza tuviera un móvil antijurídico, si aprovechando la fuerza que confiere la ley se realiza un verdadero "chantaje" sobre la víctima, entonces hay un abuso del derecho que autoriza a pedir la nulidad del acto. Un comprador que sorprende al vendedor en flagrante delito de defraudación sobre la mercadería puede muy bien exigir el reembolso de lo pagado indebidamente, amenazándolo con perseguirlo judicialmente; pero no podría aprovechar su situación para hacerse pagar sumas considerables, sin causa legítima seria.

b) Las amenazas deben ser suficientes para generar el temor de sufrir un mal inminente y grave

Así lo dispone el artículo 276. ¿Qué debe entenderse por mal inminente? No es necesario que se trate de un peligro presente o que haya de ocurrir inmediatamente, sino que sea más o menos próximo, de tal modo que no pueda evitarse a tiempo ni reclamarse el auxilio de la autoridad pública o que esta no sea eficaz. Debe tratarse de una fuerza o de amenazas que no pueden ser contrarrestadas o evitadas por el afectado (art. 276). Solo el peligro lejano o remoto está excluido de este concepto.

En cuanto a la gravedad, la violencia no debe juzgarse en relación con un hombre fuerte, de coraje, sino teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso (art. 276). Por lo tanto, deberá considerarse la condición, el carácter, el sexo de una persona para juzgar si la amenaza ha podido producirle una fuerte impresión. Lo que es suficiente para un inválido, un enfermo, puede no serlo para una persona que se halla en la plenitud de la fuerza y el poder.

El mal inminente y grave puede referirse a la persona, libertad, honra o bienes de la víctima o, incluso, de un tercero (art. 276). No solo lo que afecta la integridad corporal o la dignidad de una persona es grave, también lo que pone en peligro sus derechos patrimoniales puede revestir ese carácter.

118. Efectos

Al igual que el dolo, la violencia produce los siguientes efectos: i) puede decretarse la nulidad del contrato a pedido de parte interesada; nulidad que es saneable; ii) la víctima puede pedir la indemnización de los daños sufridos (arts. 276 y 278).

119. Violencia ejercida por un tercero

La violencia ejercida por un tercero da lugar a la nulidad del contrato, lo mismo que si emanara de la parte (art. 277). En ambos casos, en efecto, la víctima de un hecho ilícito debe ser protegida por la ley.

Si la violencia ejercida por el tercero fuera conocida por la parte a quien favorece, ambos son solidariamente responsables por los daños sufridos por la víctima (art. 278); pero si aquella no tenía conocimiento alguno de la violencia, el único responsable por los daños es el tercero.

120. Temor reverencial

Disponía el artículo 940 del Código Civil de Vélez que "El temor reverencial, o el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido, o el de los subordinados para con su superior, no es causa suficiente para anular los actos".

La carencia de una norma similar en el Código Civil y Comercial plantea ciertas dudas sobre si el temor reverencial constituye o no una hipótesis de violencia. Pensamos que, a pesar de la falta de un texto expreso, el temor reverencial es ineficaz para provocar la nulidad del contrato.

Ello es así porque si la nulidad se funda en el hecho ilícito, es claro que la parte que provoca un temor reverencial no ha cometido ningún hecho contrario a la ley o a la moral. El contrato, por consiguiente, es válido.

Sin embargo, debe dejarse bien sentado, que si un sujeto utiliza deliberadamente el temor reverencial que él sabe que causa a otra persona, para arrancarle la celebración de un contrato desventajoso, éste debe ser anulado. Una razón de moral impone esta solución.

II — VICIOS DEL ACTO JURÍDICO

121. Introducción. Remisión

Es aplicable a los contratos todo lo referente a los vicios de los actos jurídicos en general. Corresponde, por tanto, remitirse a la parte general de derecho civil para profundizar este tema. Acá hemos de plantear las cuestiones principales referidas a la lesión, el estado de necesidad, la simulación y el fraude.

§ 1.— Lesión

122. Planteo de la cuestión

Ocurre a veces que las prestaciones recíprocas de un contrato presentan una desigualdad notoria. Una de las partes, valiéndose de su mayor experiencia o capacidad intelectual o aprovechando las necesidades de la otra, logra hacerle suscribir un contrato en el cual sus obligaciones son considerablemente menos gravosas. En pocas palabras, falta equivalencia, ¿es válido este contrato?

El problema es arduo y de vieja data. El primitivo derecho romano, rigurosamente individualista, no conoció la institución de la lesión. Solo en los últimos tiempos y bajo la influencia de la Iglesia Católica, se atenuó ese rigorismo. La doctrina católica no podía tolerar, en efecto, la validez de los pactos que chocaban con la idea de justicia y con el sentimiento de caridad y moral cristianas. La usura fue condenada severamente (en el *Codex Iuris Canonice*) y se sentó el principio de que las convenciones, para ser lícitas, debían basarse en la equidad. Esta concepción influyó poderosamente en el derecho medieval.

Pero el auge del liberalismo trajo aparejado un nuevo ocaso de estos principios. Se pensaba que las partes eran el mejor juez de sus propios intereses y que el acatamiento ciego del contrato era el principio superior de progreso en una sociedad libre. El respeto por el libre juego de las voluntades individuales pudo expresarse en esta fórmula: "Lo que es libremente querido, es justo". Aún hoy, no obstante la decadencia de las ideas liberales, la pugna en torno del problema de la lesión se mantiene en pie y preciso es reconocer que la solución no es fácil.

Los que niegan que la lesión puede ser una causa de nulidad de los contratos invocan los siguientes argumentos: 1) el respeto de las convenciones es uno de los principios fundamentales en que se basa el orden jurídico; la seguridad individual sufriría un rudo golpe si se pudiera atacar los contratos so pretexto de que las obligaciones recíprocas no son equivalentes. 2) La preocupación por cuidar el principio de la equidad hace olvidar otro de orden moral, no menos importante; el deber de guardar fielmente la palabra empeñada. La posibilidad de invocar la lesión facilita las argucias de quienes, de mala fe, quieren librarse de los compromisos libremente contraídos. 3) Es muy difícil establecer el justo valor de las cosas, que depende muchas veces de apreciaciones estrictamente subjetivas. Un pintor mediocre puede sobrestimar el valor de sus cuadros y exigir por ellos un precio exorbitante. Si encuentra alguien que lo pague, ¿estará expuesto más tarde a que el comprador ataque el contrato por lesión y obtenga la devolución del precio? Una casa solariega, propiedad tradicional de la familia, tiene para su dueño un valor subjetivo infinitamente superior al que puede tener en el mercado inmobiliario. ¿Cómo puede el juez medir ese valor? 4) El contrato es muchas veces un acto de previsión y, por ende, un factor de estabilidad económica. Lo que hoy resulta equitativo, mañana puede no serlo. Quizá sean estas circunstancias las previstas por las partes y las que han tenido en mira al contratar; la especulación es el alma del comercio; admitir la lesión es matarla.

Todos estos argumentos no demuestran, a nuestro juicio, otra cosa sino que la aplicación de la teoría de la lesión envuelve un delicadísimo problema. Es indiscutible que no toda desigualdad autoriza a anular un contrato, pues la igualdad matemática es del todo imposible. Pero cuando la lesión es grosera, cuando se hace visible que las obligaciones contraídas por una de las partes solo lo han sido en virtud de su ignorancia, su debilidad o su inexperiencia, cuando es evidente que la otra parte se ha aprovechado de estas circunstancias para sacarles beneficio, el juez no puede convalidar tales convenciones, que resultan repugnantes a la moral y las buenas costumbres. Será necesario anularlas o reducir las obligaciones a sus justos límites. Porque el derecho presupone la justicia y no toda convención, por el hecho de serlo, es justa, como lo pretendían los voceros del liberalismo. En el derecho moderno estos conceptos pueden considerarse definitivamente triunfantes.

Fiel a las ideas imperantes en su tiempo, VÉLEZ SANSFIELD expresó su repudio a esta institución en la nota al artículo 943 del Código Civil. Y durante largos años la jurisprudencia acató este criterio sin tener en cuenta que una nota no es un texto legal y que no obliga al intérprete.

La reacción contra este cerrado criterio empezó a operarse silenciosamente. Sin mencionar la lesión, se puso un límite a la tasa de intereses; se resolvió que los honorarios convenidos para el pago del administrador de una sucesión deben reducirse a sus justos límites si su monto resulta a todas luces desproporcionado con la tarea desempeñada; que es nula la venta de un terreno efectuada en la suma de \$ 800, si al año siguiente se lo tasó en \$ 18.200, aun cuando no se hubieran probado vicios del consentimiento. En estos casos se echó mano del artículo 953 del Código Civil de Vélez, sin mencionar la lesión, aunque en todos ellos la había.

Era, pues, indispensable una ley expresa que admitiera una institución tan moralizadora y justa y que al propio tiempo regulara con precisión sus efectos. Es lo que hizo la ley 17.711 al modificar el artículo 954 del Código Civil de Vélez. Al consagrar la lesión, esta ley llevó a su término una de las evoluciones más interesantes de las instituciones jurídicas en nuestro derecho, evolución en la que los jueces han jugado un papel brillante como instrumentos de adaptación del derecho positivo a las exigencias de los nuevos tiempos. El Código Civil y Comercial ha mantenido la institución y la ha regulado en el artículo 332.

123. Concepto de lesión

Conforme al artículo 332, la lesión queda configurada cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Nuestra ley se ha apartado de otras legislaciones, que fijan pautas porcentuales, excedidas las cuales hay lesión (art. 1674, Cód. Civil francés; art. 1448, Cód. Civil italiano; art. 561, Cód. Civil boliviano; art. 1447, Cód. Civil peruano; art. 1947, Cód. Civil colombiano), para adherir al criterio de sentar normas flexibles y tener principalmente en cuenta el aprovechamiento de la debilidad o inferioridad del otro contratante (en esta línea, art. 138, Cód. Civil alemán; art. 282, Cód. Civil portugués; art. 21, Cód. de las Obligaciones suizo; art. 17, Cód. Civil mexicano; art. 671, Cód. Civil paraguay; art. 157, Cód. Civil brasileño).

124. Requisitos de aplicación de la lesión

Nuestra ley exige dos condiciones:

- a) Que medie un aprovechamiento de la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra parte**

Esta enumeración es simplemente indicativa. Lo sustancial es el aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra la otra parte. Por lo tanto, también debe incluirse el aprovechamiento de la toxicomanía, la ebriedad consuetudinaria, la prodigalidad, la senilidad. En todos estos casos, habrá que admitir que por lo menos se ha obrado con debilidad psíquica o inexperiencia.

b) Que se haya obtenido del contrato una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación

La norma es flexible y deja librada a la apreciación judicial, como ya hemos dicho, cuándo la ventaja debe considerarse evidentemente desproporcionada.

Para apreciar si ha mediado desproporción, los cálculos deberán hacerse según los valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda (art. 332, párr. 3º). La disposición es justa. El transcurso del tiempo desajusta muchas veces los valores relativos. Al cabo de algunos años, una cosa puede haberse valorizado o, por el contrario, perdido su valor. Pero ello no le resta justicia a la transacción que, apreciada en el momento en que se la hizo, fue equitativa. De igual modo, debe desestimarse la demanda si la transacción, originariamente injusta y lesiva, ha devenido equitativa en el momento de iniciarse el juicio, porque si es así, ¿de qué puede quejarse el accionante? El tiempo se ha encargado ya de hacerle justicia.

125. Prueba de la explotación

Una de las cuestiones más debatidas en nuestra doctrina y jurisprudencia es la de si debe o no probarse el aprovechamiento de la inferioridad de la otra parte.

La cuestión ha sido bien resuelta por segundo párrafo del artículo 332: se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Es la buena solución. Si además de la prueba de la desproporción de las prestaciones se exigiera la prueba de que medió propósito de aprovecharse de la inferioridad de la otra parte, se esterilizaría en gran medida la institución, pues esa prueba es muy difícil y a veces imposible de producir. Además, es inútil. Cuando hay una notable desproporción entre las prestaciones recíprocas, esa desproporción no puede tener otro origen que el aprovechamiento de la situación de inferioridad de una de las partes, a menos que se trate de una liberalidad. Las mismas cláusulas del contrato están demostrándolo.

Debe señalarse que no todos comparten esta posición. En efecto, un sector de la doctrina afirma que es menester distinguir dos elementos subjetivos en la lesión; uno, la explotación por una de las partes, y otro, el estado de inferioridad de la parte explotada. Según esta teoría, la notable desproporción de las contraprestaciones bastaría para presumir la explotación, pero el que demanda la nulidad del acto debe probar siempre su situación de inferioridad.

Esta teoría es propia de juristas inclinados a partir un cabello en dos. La explotación por una de las partes es inescindible de la situación de inferioridad de la otra, pues si no existe situación de inferioridad, no puede hablarse de explotación. Cuando la ley ha dispuesto que debe presumirse la explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones, es obvio que se refiere a todo el elemento subjetivo de la lesión.

Pero se admite prueba en contrario. Es la parte demandada por lesión la que debe probar que la diferencia entre las prestaciones tuvo una causa legítima, como podría ser el ánimo de hacer una liberalidad o el pago del valor afectivo de una cosa, que a veces puede ser muy importante. Así ocurriría, por ejemplo, si se obtiene un precio que no guarda relación con los valores corrientes, por una vieja propiedad familiar y más si tiene auténtico valor histórico.

126. Contratos a los que puede aplicarse

Solamente los contratos onerosos pueden estar viciados por lesión, puesto que en los gratuitos las obligaciones pesan sobre una sola de las partes y, por lo tanto, mal puede hablarse de desigualdad de las prestaciones. En este caso, el contrato no reposa en la idea de equidad y equivalencia, sino en el propósito de hacer una liberalidad.

Tampoco los contratos aleatorios pueden entrañar lesión, por más que las obligaciones a cargo de una de las partes resulten, en definitiva, considerablemente más gravosas que las de la otra, porque ello es propio de la naturaleza de estos contratos, en los que hechos que escapan a la voluntad de las partes, aunque previstos, pueden favorecer notablemente a una de ellas. Sin embargo, no debe darse a esta regla un valor absoluto. A veces, los mismos contratos aleatorios son celebrados en condiciones tan contrarias a toda equidad que los tribunales han resuelto anularlos por lesión.

127. Acciones

La víctima de la lesión tiene dos acciones a su elección: la de nulidad y la de reajuste del contrato para restablecer la equidad de las prestaciones. Más aún, el demandado por nulidad puede convertir el juicio en uno de reajuste si lo ofreciera al contestar la demanda (art. 332, párr. 4º).

El efecto normal de la acción derivada de una lesión es el reajuste, pues lo que en definitiva se sostiene es que se recibió menos de lo que se dio; en consecuencia, la justicia se satisface con restablecer la equidad de las contraprestaciones. Ello explica esta solución, aparentemente anómala, de reconocer al demandado el derecho de cambiar los términos en que se ha planteado la *litis*.

Solo el lesionado y sus herederos tienen la acción (art. 332, párr. 5º). Ello no excluye, claro está, la personería del representante legal del lesionado o de sus herederos incapaces.

¿Puede el Estado invocar la lesión para pretender la nulidad de un acto jurídico? Parece preferible la solución negativa, pues no se ve cómo el Estado podría invocar su necesidad (dado que si necesita algún bien puede expropiarlo) o su inexperiencia (dado que debe suponerse experiencia y aptitud en los altos funcionarios capaces de comprometer sus bienes). Y, desde luego, no puede obrar con debilidad psíquica. En cambio, no se ve inconveniente en que los particulares invoquen la lesión frente al Estado.

128. Obligaciones contraídas en estado de necesidad

Es posible que se contrate en una situación de verdadera falta de libertad. A esa ausencia de libertad se puede llegar por presiones personales (violencia) o por presiones impersonales que operan de manera objetiva.

Esto último es lo que se denomina estado de necesidad, esto es, las circunstancias que ponen a la víctima en la disyuntiva entre dos males graves e inminentes. Es el caso de quien, afectado por una penuria extrema, debe optar entre contratar en condiciones inicuas o no satisfacer una necesidad impostergable.

Si el cocontratante conocía la situación de la víctima y la aprovechó para celebrar el contrato, estaremos en un supuesto de lesión. En cambio, estamos ante un supuesto de contratación bajo estado de necesidad cuando las presiones exteriores impersonales sean tan duras y apremiantes que importen la privación de la libertad del agente y el cocontratante no conocía ni quiso explotar esa necesidad.

Este supuesto no está previsto como un vicio del consentimiento, sin embargo, pensamos que el contrato puede ser anulado, pues es un supuesto en el que la libertad está severamente constreñida y se están poniendo en riesgo aspectos centrales de la persona humana, constitutiva de su dignidad. Y recuérdese que no pueden ser objeto de los contratos los hechos que sean contrarios a la dignidad de la persona humana (art. 1004).

§ 2.— Simulación

129. Concepto

La simulación ocupa un lugar importante en la vida humana: es un recurso de autodefensa. Se simula carácter, coraje, virtud, conocimiento, talento, éxitos; se disimulan defectos, odios, fracasos.

También es frecuente en los negocios jurídicos. Se utiliza como procedimiento para ocultar ciertas actividades, para evadir impuestos, para escapar al cumplimiento de obligaciones legales. A veces la simulación no tiene nada de reprehensible y hasta suele ser una manifestación de pudor, de auténtica modestia, pero por lo general el propósito perseguido es contrario a la ley o a los intereses de terceros. Es aquí, precisamente, donde la fecundidad y la diversidad de los recursos empleados son sorprendentes. En vano el legislador dictará leyes cada día más minuciosas y severas para combatir esta forma de fraude; bien pronto se hallarán nuevos y sutiles procedimientos para eludirlas.

No debe extrañar, por consiguiente, la dificultad en que se han encontrado los juristas para hallar una definición unitaria de todas las infinitas formas de simulación. El desacuerdo, prácticamente general, es revelador de la complejidad del tema. Con todo acierto, el Código Civil y Comercial ha preferido una enunciación descriptiva de las distintas hipótesis posibles: *La simulación tiene lugar, dice el artículo 333, cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.*

De una manera general, podemos decir que acto simulado es aquel que tiene una apariencia distinta de la realidad. Hay un contraste entre la forma externa y la realidad querida por las partes; el negocio que aparentemente es serio y eficaz, es en sí ficticio y mentiroso o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto.

130. Caracteres del acto simulado

Aunque la extraordinaria multiplicidad de formas que suele adoptar la simulación hace difícil encontrar caracteres comunes a todas ellas, es sin embargo posible delinear los más generales.

a) Todo acto simulado supone una declaración de voluntad ostensible y otra oculta, destinada a mantenerse reservada entre las partes. Es esta última la que expresa la verdadera voluntad de ellas.

b) El acto simulado tiene por objeto provocar un engaño. Adviértase que engaño no supone siempre daño, puesto que algunas simulaciones son perfectamente inocuas (véase nro. 132).

c) Por lo general, la simulación se concierta de común acuerdo entre las partes con el propósito de engañar a terceros. Así, por ejemplo, una persona vende simuladamente sus bienes a otra para no pagar a sus acreedores. Pero éste no es un requisito esencial de la simulación; a veces no existe acuerdo entre las partes, sino entre una de ellas y un tercero, y el propósito es engañar a la otra parte. El ejemplo clásico es el de quien compra una casa a nombre propio, pero por cuenta de un tercero: *Primus*, sabiendo que *Secundus*, por razones de enemistad personal, no querrá venderle su casa, le

encarga a *Tercius* que haga la operación con dinero suyo. El acto simulado es la compra, pues *Tercius* no adquiere para sí sino para *Primus*; pero el acuerdo para engañar no existe entre comprador y vendedor, sino entre el comprador y su comitente; el engañado es una de las partes, el vendedor.

Se ha negado que en esta hipótesis haya simulación. Esta opinión es insostenible en nuestro derecho positivo, puesto que el artículo 333 enuncia expresamente este caso, al decir que el acto es simulado cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Independientemente de esta razón que atañe a nuestro derecho positivo, no se ve ningún fundamento serio en apoyo de la doctrina que impugnamos, que parte apriorísticamente de que la simulación presupone siempre un engaño concertado de común acuerdo entre las partes. Consideramos que lo esencial es la insinceridad de lo estipulado; nada obsta, por consiguiente, a que la engañada sea una de las partes, como consecuencia del acuerdo entre la otra y un tercero, aunque no es esta hipótesis la más frecuente ni la típica.

131. Simulación absoluta y relativa

La simulación puede ser absoluta o relativa.

La simulación es absoluta cuando se celebra un contrato que no tiene nada de real; se trata de una simple y completa ficción. Un deudor que desea sustraer sus bienes a la ejecución de los acreedores los vende simuladamente a un tercero; en un contradocumento consta que la operación no es real y que el vendedor aparente continúa siendo propietario.

La simulación es relativa cuando el acto aparente esconde otro real distinto de aquél; el acto aparente no es sino la máscara que oculta la realidad. La simulación relativa puede recaer: i) sobre la naturaleza del contrato; así, por ejemplo, una persona que desea favorecer a uno de sus hijos más allá de lo que le permite la porción disponible, simula venderle una propiedad que en realidad le dona, a fin de que no pueda ser obligado a colacionar; o bien, un hombre que desea hacer una donación a su amante, la oculta bajo la apariencia de una venta para no hacer ostensible el motivo que lo ha determinado a transferirle la propiedad; ii) sobre el contenido del contrato; así, por ejemplo, se simula un precio menor del que en realidad se ha pagado, para disminuir el impuesto a las ganancias; o se simula la fecha, antedatando o posdatando el documento; iii) sobre la persona de los contratantes; esta es una de las hipótesis más interesantes y en la que la simulación adopta formas variadísimas. Muy frecuente es el caso del testamento, prestanombre u "hombre de paja", como se lo llama en la doctrina francesa. Ejemplos: la ley 19.950 exige un mínimo de dos socios para formar una sociedad de responsabilidad limitada; en la práctica, suele ocurrir que esta pertenece a una sola persona, que distribuye algunas cuotas sociales entre varios amigos que le "prestan su nombre" para cumplir aparentemente con los requisitos legales; un hombre, que tiene relaciones extramatrimoniales con una mujer a quien desea favorecer con una donación, para no despertar sospechas en su cónyuge lo hace a nombre de una tercera persona que, por un contradocumento privado, se obliga a transferir los bienes a la verdadera destinataria.

132. Simulación lícita e ilícita

En sí misma la simulación no es ni buena ni mala; es incolora, como se ha dicho con expresión gráfica.

El Código Civil y Comercial admite implícitamente la simulación lícita desde que afirma que la simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible (art. 334). Por lo tanto, la simulación que a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito no es reprobada por la ley. Tal es el caso de los negocios fiduciarios (véase nro. 133),

o de muchos actos en que el móvil de la ficción ha sido una razón de discreción, o inclusive de modestia. Añade el artículo 334 que si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero.

El perjuicio a terceros supone siempre la ilicitud de la simulación. Pero, a veces, la ilicitud resulta de otras causas. Así, por ejemplo, para escapar al riesgo de que los intereses exigidos para otorgar un préstamo en dinero sean reputados usurarios, se suscribe un documento en el que figura como prestada una suma mayor que la que en realidad se prestó; así quedan incluidos los intereses usurarios dentro del capital. Aquí la única perjudicada es una de las partes; no obstante lo cual la simulación es ilícita.

133. Actos fiduciarios

Llámase acto fiduciario a la transmisión de un derecho para un fin económico que no exige tal transmisión.

Así, por ejemplo, en vez de dar mandato para el cobro de un cheque, se lo endosa, lo cual supone transferir su propiedad.

El nombre de estos negocios deriva de *fiducia*, fe, porque efectivamente importan un acto de confianza. Los casos más frecuentes son la cesión de crédito con fines de mandato, el endoso para facilitar el cobro, y la transmisión de la propiedad con el objeto de garantizar un crédito. Implican siempre un exceso del medio respecto del fin perseguido, pues es evidente que en los dos primeros casos bastaría el mandato y en el último, la prenda o la hipoteca, según se trate de cosa mueble o inmueble. Se usa un medio más fuerte para conseguir un resultado más débil. El acto va más allá del fin de las partes, supera su intención práctica, presta más consecuencias jurídicas que aquellas que serían menester para obtener el resultado requerido.

Se ha pretendido negar a estos actos el carácter de simulados, pero es evidente que no son sino una forma de simulación, puesto que, según el concepto del artículo 333, se oculta la naturaleza de un acto (mandato, garantía) bajo la apariencia de otro (cesión, venta).

134. La acción de simulación entre las partes

Si la simulación es lícita, la acción entre las partes tendiente a que se declare simulado el acto es procedente. En este punto, la solución es clara. Algo más complejo es el problema cuando la simulación es ilícita.

Según el artículo 335, párrafo 1º, primera parte, los que otorgan un acto simulado ilícito o que perjudica a terceros, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación.

Esta solución es perfectamente natural cuando la simulación tiende a consolidar el beneficio que el actor ha logrado de la simulación. Supongamos que una persona cubierta de deudas vende simuladamente sus bienes a un amigo y cae luego en concurso. Sus pocos bienes restantes se reparten entre los acreedores, que reciben solo una pequeña parte de sus créditos, y luego, transcurridos los plazos legales, se levanta el concurso y el deudor obtiene carta de pago. En seguida demanda a su amigo por restitución de los bienes, a cuyo efecto hace valer el contradocumento respectivo. La ley le niega acción, pues de lo contrario no haría otra cosa que reconocerle la vía legal para consumar el fraude a terceros. Es cierto que con esta solución se beneficia el tercero que fue cómplice en la simulación y que se quedaría con los bienes por los cuales no pagó ningún precio. Entre dos males la ley elige el menor. Es necesario desalentar este tipo de defraudaciones. Es preciso que quien intenta perjudicar a terceros con esta maniobra sepa que luego no tendrá vía legal para recuperar sus bienes.

Pero supongamos ahora que el simulador se ha arrepentido de su acto; que quiere recuperar el bien para entregarlo a sus acreedores. ¿También en este caso se le negará la acción? No. En este caso la acción es viable, pues el referido artículo 335, en el final del párrafo primero, añade que es viable la acción que tenga por objeto dejar sin efecto el acto cuando las partes no puedan obtener ningún beneficio de las resultas del ejercicio de la acción de simulación. Con otras palabras, si los simuladores no se proponen consumir el acto ilícito realizado mediante la simulación, ni aprovechar de él, sino repararlo, destruyendo las apariencias lesivas de los derechos ajenos, no hay impedimento para la promoción de una acción tendiente a dejar sin efecto el acto simulado (conf. CNCiv., Sala M, 30/6/16, "C., A. M. y otro c/F. V., M. X. G. y otros s/simulación", E.D. t. 271, p. 68).

En suma, es necesario un arrepentimiento de las partes, un propósito de reparar los perjuicios derivados del acto para terceros o dejar sin efecto el fraude a la ley.

135. El contradocumento

El contradocumento es una declaración de voluntad formulada por escrito por las partes, de carácter generalmente secreto, y destinada a probar que el acto ha sido simulado.

Por lo común, se otorga al mismo tiempo que el acto aparente; pero esta simultaneidad no es un requisito esencial, puesto que puede haberse otorgado antes o después del acto. Lo que importa es que el contradocumento exprese la verdadera voluntad de las partes en el momento de otorgarse el acto aparente; pero si la nueva declaración de voluntad significa en realidad una modificación de la anterior, ya no se estaría en presencia de un contradocumento, sino de un acto nuevo.

El contradocumento debe emanar de la parte a quien se opone o de su representante.

¿Es necesario el contradocumento? En principio, la simulación entre las partes solo puede probarse por contradocumento (art. 335, párr. 2º). Esta regla se funda en la necesidad de garantizar la seguridad de las transacciones y evitar que un contratante de mala fe pueda impugnarlas con base en una pretendida simulación, demostrada por pruebas fraguadas. Los contratantes tienen a su disposición, en el momento de celebrar el contrato, un medio cómodo de asegurarse la prueba de la simulación, que es el contradocumento; si no han tenido la precaución de otorgarlo, deben sufrir las consecuencias de su propia imprevisión.

Pero la exigencia del contradocumento no es inflexible. Muchas veces aquel no se otorga, por existir una completa confianza entre las partes. Si luego una de ellas la defrauda, su falta, o mejor dicho, su delito, es tanto más grave cuanto mayor fue la fe depositada en ella. La ley no puede amparar esa conducta solo porque falta el contradocumento. En realidad, la existencia de ese requisito obedece más que nada a la desconfianza de la prueba testimonial y a la necesidad de que los actos no puedan ser impugnados sobre bases más o menos endebles. Pero siempre que haya una prueba incontrovertible, cierta, inequívoca de la simulación, es lógico admitir la acción, aunque no exista contradocumento.

Éste ha sido el criterio del Código Civil y Comercial (siguiendo una solución que ya había incorporado la ley 17.711) cuando dispone en la parte final del artículo 335 que puede prescindirse del contradocumento para admitir la acción, cuando la parte justifica las razones por las cuales no existe o no puede ser presentado y median circunstancias que hacen inequívoca la simulación.

Aparte del supuesto general de que la prueba sea inequívoca, la jurisprudencia ha admitido que no cabe exigir contradocumento en los siguientes casos:

a) Cuando existe principio de prueba instrumental. Este concepto es muy amplio: debe entenderse por tal la manifestación que resulte de un testamento, una carta, un

apunte, aunque no esté firmado por la parte; las manifestaciones hechas en expedientes judiciales; la carta de quien actuó como agente o intermediario de la operación, etcétera.

b) Cuando haya confesión judicial del demandado.

c) Si existe imposibilidad de procurarse el contradocumento, como ocurriría en el caso de que los contratantes fueran analfabetos.

d) Si aquel se ha extraviado por caso fortuito o fuerza mayor, como podría ser un incendio, un naufragio.

e) Si el contradocumento fue sustraído al interesado o si fue privado de él con dolo o violencia.

f) Si una de las partes ha cumplido con la prestación a que se obligó según el acto real y la otra se niega a cumplir la prestación recíproca.

g) Cuando la simulación ha sido en fraude de la ley. En este caso, en efecto, el otorgamiento de un contradocumento es prácticamente imposible. Supongamos que para burlar la prohibición de la usura en los préstamos en dinero se otorgue recibo por una cantidad mayor que la prestada, incluyendo en esa suma los intereses que excedan de lo que es legítimo. El prestamista nunca otorgará al deudor un contradocumento en el que conste esa circunstancia, porque ello importaría entregarle un arma que le permitiría no pagar los intereses excesivos.

136. Situación de los sucesores universales y de los representantes

Los sucesores universales de la parte que ha otorgado un acto simulado ocupan su lugar; por tanto, se les aplican los mismos principios estudiados en los párrafos anteriores. Pero hay que formular una excepción importante: si la simulación es en perjuicio de ellos, deben considerarse terceros respecto de ese acto; por lo tanto, no se les aplica la regla del artículo 333, ni están obligados a presentar contradocumento (como se verá en el nro. 137), sino que pueden valerse de toda clase de pruebas, incluso las presunciones. Tal sería el caso de que se hubiera simulado una venta, con el propósito de eludir las prescripciones relativas a la legítima; el heredero forzoso, perjudicado con ese acto, puede usar cualquier medio de prueba para impugnarlo. Sería, en efecto, un contrasentido exigir contradocumento a quien no puede tenerlo.

Idéntica conclusión debe adoptarse cuando se trate de un acto simulado en perjuicio de una persona y celebrado por su propio representante.

137. Situación de los terceros

Es claro que los terceros que han visto sus derechos o intereses legítimos afectados por el acto simulado están facultados para demandar su nulidad. Así lo dispone expresamente el artículo 336 del Código Civil y Comercial.

La norma añade que los terceros pueden acreditar la simulación por cualquier medio de prueba. La solución es absolutamente razonable.

En efecto, mientras que el juez debe ser riguroso en la apreciación de la prueba producida por las partes, no puede serlo respecto de terceros. La situación de estos es muy distinta. Las partes han podido y, salvo casos excepcionales, debido procurarse un contradocumento, pero los terceros no pueden poseerlo, justamente porque la simulación se hace en su perjuicio, y si aquel se otorgó, los contratantes lo mantendrán en secreto. Más aún: como la simulación realizada para perjudicar a terceros supone un hecho ilícito, y a veces un delito criminal, las partes procurarán rodear el acto de todas las apariencias de realidad, ocultarán los indicios comprometedores, borrarán los rastros. Operan con premeditación, eligen el momento oportuno y el *modus operandi* más conveniente.

Se comprende, por tanto, cuán difícil es la tarea de los terceros. En tales casos, casi la única prueba que tienen a su disposición es la de presunciones; solo por excepción disponen de documentos o testigos.

Las presunciones adquieren así, en esta materia, una importancia, singular; es con base en ellas que se resuelven por lo general esta clase de juicios. Los jueces las admiten siempre que por su carácter y concordancia lleven a su ánimo la convicción de que el acto fue simulado.

Las presunciones generalmente admitidas como prueba de la simulación son las siguientes:

a) Debe existir, ante todo, una *causa simulandi*, es decir, una razón o motivo que la explique; por ejemplo, eludir el pago de las deudas, escapar a las prescripciones legales sobre la legítima hereditaria, etc. Es claro que cuando un tercero inicia la acción de simulación, es porque el acto que impugna lo perjudica; esto solo supone una *causa simulandi* a menos que la acción sea totalmente infundada, y no haya, en verdad, ningún perjuicio para el actor.

b) El vínculo de parentesco muy estrecho o la amistad íntima entre las partes suele ser un indicio importante, ya que la gravedad que reviste el acto cuando se perjudica a terceros exige una gran confianza recíproca. Es claro que esta circunstancia por sí sola no es suficiente para hacer lugar a la acción, desde que los contratos entre parientes no solo son posibles, sino también frecuentes.

c) La imposibilidad económica del comprador para adquirir los bienes que aparecen vendidos; en estos juicios tiene una gran importancia la averiguación de la fortuna del adquirente. No menos revelador es éste otro indicio: si el precio que se dice pagado es muy considerable y se demuestra que en las cuentas bancarias del vendedor no ha ingresado suma alguna y que éste no ha realizado otras inversiones que justifiquen el destino de ese dinero, cabe presumir que no lo ha recibido.

d) También debe repararse en la naturaleza y cuantía de los bienes que aparecen enajenados; es sospechoso, en efecto, que el vendedor transfiera precisamente aquellos bienes que, por razones económicas, por ser su principal fuente de recursos o por motivos sentimentales, son los que más hubiera debido procurar que quedaran en su poder.

e) La falta de ejecución material del contrato; por ejemplo, si el que aparece vendiendo una propiedad, continúa en posesión de ella y administrándola, aunque a veces se disimule esa anomalía bajo la apariencia de un contrato de locación o dándole el comprador aparente al vendedor un mandato de administración sobre la propiedad. Lo mismo ocurre si el que vende un comercio sigue al frente de él, administrándolo, conservando el teléfono a su nombre, etcétera.

f) Las circunstancias y el momento en que se realizó el contrato. Así, por ejemplo, la venta de un bien ganancial realizada por el esposo pocos días antes de pedir el divorcio resulta sin duda sospechosa; la declaración de haber recibido el precio con anterioridad; etcétera.

g) Gran importancia tienen también los antecedentes de las partes, pues así como una conducta intachable aleja la sospecha de que se haya cometido un fraude en perjuicio de terceros, la vida inmoral o deshonesto favorece esa hipótesis.

h) En la simulación por interposición de personas es muy ilustrativo el modo de comportarse del prestanombre, que no se conduce como verdadero adquirente de los bienes; tiene también relevancia la índole de las relaciones entre el enajenante y el verdadero destinatario de los derechos o bienes. Por lo general, estas relaciones son íntimas y se procura mantenerlas ocultas; tal como ocurre entre una persona casada y su amante.

A estas presunciones enumeradas, cabe añadir que la jurisprudencia ha ido consolidando un criterio según el cual, si bien por regla la carga de la prueba pesa sobre quien alega la simulación, el demandado tiene el deber moral de aportar los elementos tendientes a demostrar la seriedad y honestidad del acto en que intervino, su buena fe y el sincero propósito de contribuir a la averiguación de la verdad (conf. CCiv. y Com., Junín, 1/11/16, "B., M. T. c/G., R. O. y otros s/simulación", E.D. t. 272, p. 32), llegándose a recurrir a la figura de las cargas probatorias dinámicas (art. 1735), que importan un desplazamiento de la carga probatoria en forma excepcional, que la hace recaer en cabeza de quien esté en mejores condiciones para aportar la prueba (conf. CNCiv., Sala J, 31/5/17, "N., P. E. c/N., M. A. y otros s/simulación", E.D. fallo n° 59.696, diario del día 2/1/18).

138. Efectos de la simulación entre las partes

El que posee una cosa en virtud de un título simulado debe restituirla al verdadero dueño, con todos sus frutos (percibidos, pendientes y dejados de percibir, pues posee de mala fe) y productos; pero, en cambio, tiene derecho a que se le paguen los gastos de conservación y a que se le reconozca el importe de las mejoras útiles —hasta el mayor valor adquirido por la cosa— y las necesarias, siempre que, en este último caso, no se hayan originado por su culpa (arts. 1935 y 1938).

Desde luego, si se tratase de una simulación relativa, queda en pie el acto querido en la convención oculta. Así, por ejemplo, si se disimula una donación bajo la apariencia de una venta, quedará en pie la donación.

Declarada la simulación, el vencedor en el juicio tiene derecho a exigir de la contraparte la indemnización de los daños derivados de la actitud de ésta al pretender hacer valer su derecho aparente.

139. Efectos de la simulación respecto de terceros

Con cierta frecuencia, el adquirente fingido de una cosa o de un derecho los transfiere a un tercero, burlando la confianza depositada en él. Tal es el caso del comprador aparente de un inmueble, que lo enajena a un extraño o constituye en favor de éste un derecho real de hipoteca, servidumbre, etc.; o bien el de una persona a cuyo nombre se ha endosado un cheque con fines de cobro y que, a su vez, lo transfiere a un tercero. Aun cuando la simulación sea lícita, el enajenante no tiene derecho alguno contra el sucesor a título singular de buena fe; el acto simulado no puede ser impugnado por él y solo le queda una acción de daños contra quien defraudó su confianza. Esta solución estaba consagrada expresamente el artículo 996 del Código Civil de Vélez.

Y si bien no hay una norma similar en el Código Civil y Comercial, la solución se impone como una exigencia de la seguridad del comercio, pues de lo contrario no habría adquisición ni título seguros; por lo demás, quien simula debe correr con el riesgo de su mentira.

Por sucesor a título singular de buena fe debe entenderse aquél que ignoraba el carácter simulado del acto que servía de antecedente a su derecho, puesto que teniendo conocimiento de que aquel era solo aparente, no podrá invocar ninguna protección legal.

A su vez, el artículo 337 establece que la simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente simulado que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el contrato. Es que quien celebra un contrato simulado carga con las consecuencias de la simulación. El acreedor confía en la apariencia del título y ejerce consecuentemente sus derechos.

En cambio, la acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el contrato impugnado se encuentra limitada. En este caso, se presume que el subadquirente ha sido ajeno al negocio simulado, por ello el artículo 337 solo admite la

acción del acreedor cuando el subadquirente adquirió el bien por título gratuito, o si es cómplice en la simulación.

Ahora, si el subadquirente es de mala fe, responderá solidariamente con la persona que contrató de mala fe con el deudor, por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si es que los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. En cambio, el que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, solo responde en la medida de su enriquecimiento (art. 337, párr. 3º).

§ 3.— Fraude

140. Concepto

Los acreedores, particularmente los comunes o quirografarios, tienen ligada la suerte de sus créditos al estado de la fortuna del deudor. Todo egreso de bienes supone una disminución de la garantía común; pero mientras se trate de actos normales de administración o disposición, ellos deben soportar sus consecuencias y carecen de remedio legal para impugnarlos. Solo cuando el acto está encaminado a defraudarlos, la ley acude en su defensa. Ocurre a veces que un deudor que está a punto de caer en insolvencia o que se encuentra ya en ese estado enajena alguno de sus bienes para sustraerlo a la acción de sus acreedores; el dinero o los valores mobiliarios que reciba en cambio escapan fácilmente al embargo. En tal caso, la ley les reconoce la acción revocatoria o pauliana (así llamada en homenaje del pretor PAULUS, que la introdujo por primera vez), llamada por el Código Civil y Comercial como acción de declaración de inoponibilidad, la cual permite a los acreedores hacer ejecución del bien cuya propiedad se había transferido.

Aunque la hipótesis típica del fraude pauliano es la venta, son muchos los actos que implican una lesión de los derechos de los acreedores y dan lugar a esta acción.

141. Condiciones generales de la acción de declaración de inoponibilidad

El Código Civil y Comercial establece las condiciones generales para la procedencia de la acción de declaración de inoponibilidad:

a) En primer término, es necesario que el contrato haya causado o agravado la insolvencia del deudor (art. 339, inc. b)). La norma presupone, entonces, que el deudor debe hallarse en estado de insolvencia. De lo contrario, el actor no podrá alegar perjuicio, pues los bienes de aquél alcanzarían para satisfacer el pago de sus obligaciones.

La insolvencia debe existir en el momento de la iniciación de la demanda. La insolvencia se presume si se ha decretado la quiebra del deudor; pero aun no mediando falencia, el interesado puede probar que el activo no alcanza para cubrir el pasivo.

b) En segundo lugar, es necesario que el crédito, en virtud del cual se intenta la acción, sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores (art. 339, inc. a)). La razón que inspira este requisito es que los acreedores cuyo crédito tiene un origen posterior al contrato del deudor no podrían invocar fraude en su perjuicio; cuando ellos llegaron a constituirse en acreedores, sea por contrato, sea por disposición de la ley, los bienes habían ya salido del patrimonio del deudor y mal podrían sostener que el acto jurídico

estaba encaminado a perjudicarlos. Pero este requisito, aceptado como regla general, no es de aplicación al caso de que el contrato impugnado, aunque posterior al origen del crédito, haya sido realizado en previsión de la obligación que nacería más tarde. Es el caso de la persona que, movida por sentimientos de venganza, se propone matar a otra; antes de consumar el crimen, y en previsión de que será obligado a pagar los daños causados, vende sus bienes y oculta el dinero. Realizado el hecho, la víctima o sus herederos, si aquella ha fallecido, tienen abierta la acción de declaración de inoponibilidad siempre, claro está, que se cumplan las restantes exigencias legales.

c) En tercer lugar, es necesario que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia (art. 339, inc. c)). Los requisitos estudiados en los párrafos precedentes no son suficientes para revocar los actos onerosos. En este caso es necesario, además, que el tercero sea cómplice en el fraude, complicidad que se presume si el tercero conocía la insolvencia del deudor. Esta disposición se explica por sí sola; la connivencia del tercero, como requisito, para hacer lugar a la revocación de actos onerosos, es una exigencia inevitable de la seguridad de las transacciones; si bastara la sola mala fe del enajenante, nadie podría estar seguro de los derechos que adquiere, por más que haya pagado por ellos su justo precio y haya actuado de perfecta buena fe.

142. Situación de los actos jurídicos celebrados a título gratuito

En esta hipótesis la situación es distinta. La revocación del acto no supone ya la pérdida de un derecho adquirido a cambio de una prestación equivalente, sino simplemente la extinción de un beneficio. Es lógico, pues, que no sea la ley tan severa como en el caso anterior; para que proceda la acción ya no será necesario que conozca o haya debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia de su cocontratante. Aunque probase su buena fe y que ignorara la insolvencia del deudor, el acto queda sujeto a la acción de declaración de inoponibilidad, pues, en verdad, no sufre pérdida alguna, toda vez que él, a su vez, nada había dado.

143. El acreedor del adquirente

El fraude no puede oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto (art. 340, párr. 1º). La solución es lógica. Estamos ante el supuesto de que quien adquirió fraudulentamente un bien, tenga a su vez deudas. Es claro que su acreedor, si es de buena fe, está facultado a ejecutar sus bienes, todos los bienes que estén a su nombre, sin importar si han sido adquiridos lícita o ilícitamente.

144. Acción dirigida contra un subadquirente

Puede ocurrir que el adquirente de un derecho en virtud de un acto sujeto a la acción de declaración de inoponibilidad, lo haya transmitido, a su vez, a un tercero.

La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado solo procede cuando el subadquirente adquirió el bien por título gratuito, o si es cómplice en el fraude. La complicidad se presume si, al momento de contratar, conocía el estado de insolvencia (art. 340, párr. 2º).

Ahora si el subadquirente es de mala fe, responderá solidariamente con la persona que contrató de mala fe con el deudor, por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si es que los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. En cambio, el que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, solo responde en la medida de su enriquecimiento (art. 340, párr. 3º).

Como se advierte, se aplican al tercer adquirente los mismos principios generales establecidos en materia de simulación.

145. Quiénes pueden intentar la acción de declaración de inoponibilidad

Todo acreedor, quirografario o privilegiado, puede intentar la acción de declaración de inoponibilidad (art. 338).

146. Actos susceptibles de ser declarados inoponibles

En principio, todos los actos que signifiquen un perjuicio para los acreedores pueden ser declarados inoponibles, sin que quepa formular ninguna distinción entre aquellos que producen un empobrecimiento del deudor y los que impiden un enriquecimiento.

Por ello, la declaración de inoponibilidad procede tanto contra los actos celebrados por el deudor en fraude de los derechos de su acreedor, como contra las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna (art. 338).

147. Efectos de la declaración de inoponibilidad

El acto realizado en fraude de acreedores debe dejarse sin efecto en la medida del perjuicio que se les ha ocasionado. No hay, en verdad, un supuesto de revocación del acto, con efectos análogos a una nulidad; simplemente, el acto impugnado es inoponible a los acreedores.

De ahí que la ley limite los efectos de la acción al importe del crédito del que la hubiere intentado (art. 342); pero una vez satisfechas las deudas, mantiene sus efectos entre las partes que lo han celebrado. De tal modo, si se tratara de un acto que por su naturaleza propia es susceptible de anulación parcial, como sería la donación de una suma de dinero, la revocación se referirá a aquella porción necesaria para pagar el crédito. Si no fuera posible la anulación parcial (como en el caso de venta de un inmueble), y revocado el acto, ejecutado el bien, y pagados todos los créditos quedara todavía algún sobrante, éste pertenecerá al que adquirió aquél mediante el acto fraudulento.

El efecto de la acción de declaración de inoponibilidad no es, por consiguiente, hacer reingresar el bien al patrimonio del deudor, sino dejar expedita la vía para que los acreedores puedan cobrarse sus créditos.

Cabe reiterar que la acción de declaración de inoponibilidad entablada por un acreedor no beneficia a los demás, sino solamente al que la ha intentado. Esta solución se explica porque, según se ha visto, la revocación de un acto no tiene por efecto la reintegración de los bienes al patrimonio del deudor que los había enajenado, sino que se limita a dejar expedita la vía para que sobre esos bienes pueda recaer la ejecución de los acreedores que hubieran probado la existencia del fraude.

El adquirente de los bienes transmitidos por el deudor puede hacer cesar la acción iniciada por el acreedor si lo desinteresa (pagando el crédito) o da garantías suficientes (como sería una fianza para el caso de que los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlos) (art. 341).

Esta disposición se explica por sí sola. Llevar la acción adelante, no obstante que el poseedor de los bienes paga el crédito o da garantías suficientes de que será pagado, importaría un verdadero abuso del derecho.

148. Vicios de forma. Remisión

La forma de los contratos es un capítulo importante de la parte general del contrato. Por ello, resulta conveniente referirse a los vicios de forma en ese capítulo, a donde nos remitimos.

CAPÍTULO VII - OBJETO

149. Concepto

El objeto de los contratos es la prestación prometida por las partes, el bien o el hecho sobre los que recae la obligación contraída.

Este elemento esencial del contrato no puede ser estudiado exclusivamente con las normas establecidas por el Código Civil y Comercial, en el capítulo 5, del Título II, del Libro III (arts. 1003/11), pues el propio artículo 1003 dispone que se aplican al objeto del contrato las disposiciones de la sección 1ª, capítulo 5, título IV, del Libro Primero de mismo Código.

Por lo tanto, abordaremos este tema teniendo en cuenta ambas partes del referido ordenamiento legal.

150. Prestaciones que pueden ser objeto de los contratos

Como regla, toda prestación puede ser objeto del contrato.

En línea con la precedente afirmación, el Código Civil y Comercial ha establecido, de manera expresa, aquellas prestaciones que no pueden ser objeto del contrato.

Ellas son el hecho imposible o prohibido por la ley, o que sea contrario a la moral y al orden público, o que sea lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad de la persona humana. Tampoco puede serlo un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea (arts. 279 y 1004).

Añade el artículo 279 que el hecho tampoco puede ser contrario a las buenas costumbres. Por su parte, el artículo 1004 agrega que si el contrato tiene por objeto derechos sobre el cuerpo humano, se deben aplicar los artículos 17 y 56. Estas normas disponen: i) que las partes del cuerpo humano carecen de valor comercial; ii) que pueden ser disponibles por el titular solo si se respeta un valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social; iii) que el contrato debe ajustarse a lo que dispongan las leyes especiales, y iv) que están prohibidos los actos de disposición sobre el propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrario a la ley, la moral, o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para mejorar la salud de la persona y, excepcionalmente, de otra persona, de conformidad con lo que dispone el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, volvemos a reiterar que toda prestación puede ser objeto del contrato, a menos que encuadre en alguna de las prohibiciones expuestas precedentemente.

Asimismo, se establece que el objeto debe ser determinado o determinable, posible, lícito, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial (art. 1003).

Analicemos estos caracteres del objeto.

151. La determinación del objeto

El objeto debe ser determinado o determinable. No sería posible constreñir al deudor a la entrega de una cosa o al cumplimiento de un hecho si no se puede precisar cuál es la cosa o hecho debido. Muchas veces, el objeto es precisado en su *individualidad*, identificando —por ejemplo— un cuerpo cierto (así, el departamento de la calle Solís 944, piso 1º, CABA). El objeto es, en estos casos, determinado.

Además del caso referido, el Código Civil y Comercial considera también que el objeto es determinado cuando solo se precisa su especie o género, según sea el caso, aunque no lo esté en su cantidad si esta puede ser determinada (art. 1005). En efecto, puede ser suficiente limitarse a indicar la cosa, si ella es fungible, siempre que exista la posibilidad de determinar la cantidad por otra vía. Es el supuesto de las cosas que tienen un valor de cotización en el mercado. Por ejemplo, si se celebra un contrato que tiene por objeto adquirir soja, por la que se pagará la suma de \$ 1.000.000, y se indica que se tomará el precio de pizarra en el puerto de Rosario, es claro que objeto del contrato ha quedado perfectamente determinado, pues bastará conocer el precio de la tonelada de soja en el mencionado puerto para, mediante una sencilla operación aritmética, establecer la cantidad adquirida. En cambio, resulta inconcebible celebrar un contrato de compraventa que verse sobre "un inmueble", sin precisar de qué inmueble se trata. El objeto, en este último caso, estaría claramente indeterminado.

La parte final del artículo 1005 añade el supuesto de *objeto determinable*. El objeto es determinable cuando se establecen los criterios suficientes para su individualización, para su determinación. Así ocurre, por ejemplo, cuando la determinación del objeto se ha dejado librada al arbitrio de un tercero; en ese caso el contrato conserva su validez aun cuando el tercero: i) no haya hecho la elección (sea que no pudo, sea que no quiso, sea que era imposible), o ii) no haya observado los criterios expresamente establecidos por las partes o por los usos y costumbres. En estos casos, puede recurrirse a la determinación judicial: el juez deberá precisar el objeto, haciéndose asesorar por peritos si fuere necesario, y tramitando el pedido por el procedimiento más breve que fije la ley local (art. 1006). Cabe añadir que si se puede dejar librada a un tercero la determinación del objeto, con mayor razón todavía, podrá dejarse librado a su criterio la fijación del precio, siguiendo idénticas pautas.

Desde luego, es necesario que las partes designen concretamente al tercero que deberá llevar a cabo la determinación del objeto. Si, en cambio, se hiciera referencia meramente a que un tercero determinará el objeto, es claro que el objeto deviene indeterminado por la imposibilidad de saber quién lo puede precisar.

152. La posibilidad del objeto

El objeto debe ser posible. En efecto, nadie puede ser obligado a pagar o hacer algo imposible. Pero la imposibilidad que anula el contrato debe ser *absoluta*. No basta que lo sea solo para un deudor determinado, por falta de aptitudes o capacidad personales o por otras razones circunstanciales. Es necesaria una total *imposibilidad física* (por ej., tocar el cielo con la mano) o *jurídica* (por ej., preñar una cosa inmueble). Si una persona que carece de condiciones artísticas se obliga a realizar un retrato o una escultura, no podrá alegar más tarde la ineficacia de la obligación por su imposibilidad de cumplir la tarea que ha prometido, porque en términos absolutos, hacer un retrato o una escultura es perfectamente posible; la obligación no será nula sino que se resolverá en el pago de daños causados.

Un supuesto de imposibilidad es el de la inexistencia de la cosa prometida en el contrato: el contrato es nulo, no producirá efecto alguno. Esta solución, expresamente prevista para el contrato de compraventa (art. 1130), es aplicable a cualquier contrato. Sin embargo, si el que ha prometido la cosa sabía que ya no existía, ha obrado de mala fe, con dolo (art. 1724) y, si bien el contrato será nulo, deberá reparar los daños sufridos por la otra parte.

Por último, el Código plantea un supuesto de imposibilidad inicial, pero de posibilidad sobreviniente. En efecto, el artículo 280 dispone que *el acto jurídico sujeto a plazo o condición suspensiva es válido, aunque el objeto haya sido inicialmente imposible, si deviene posible antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición*. En otras palabras, cuando se trata de un contrato sujeto a plazo o condición suspensiva, no importa la imposibilidad que puede afectar al objeto en el momento de contratar, sino que lo relevante es que sea posible al tiempo del cumplimiento del plazo o condición. El contrato que, inicialmente, era imperfecto, es convalidado por el hecho sobreviniente que hace posible el objeto previsto por las partes.

153. La licitud del objeto

El objeto debe ser lícito y conforme al orden público. Todo objeto contrario a la ley anula la obligación. La ilicitud puede nacer de que el hecho previsto esté prohibido o que se trate de un bien que, por un motivo especial, la ley también lo prohíbe. Ejemplos de ellos son, respectivamente, el contrato celebrado entre padres e hijo menor de edad, prohibido por el artículo 689, y la constitución de una hipoteca sobre una cosa mueble (art. 2205).

Por otra parte, los artículos 279 y 1004 establecen que el hecho objeto del contrato no puede ser contrario al orden público. El artículo 12 reitera la idea cuando dispone que *las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público*. Ejemplo de ello son los contratos celebrados en el exterior para eludir prohibiciones impuestas en nuestro ordenamiento legal.

154. La dignidad de la persona humana

Fiel al postulado del necesario resguardo y protección de la persona humana, y en una de las novedades más trascendentes que ha traído el Código Civil y Comercial, los artículos 279 y 1004 disponen que el hecho, objeto del contrato, no puede ser contrario a la dignidad humana.

Es claro que estamos ante un contrato de objeto ilícito, pero es bueno que se le haya dado autonomía conceptual, para poner más en evidencia la centralidad que debe ocupar el hombre en la sociedad contemporánea. Quedan así prohibidos todos los contratos que tengan como objeto derechos personalísimos, tales como la vida, la integridad física, la honra, etc., o que afecten su dignidad, como sería el contrato que obligue a prestar servicios denigrantes.

Debe recordarse, con todo, que no todos los contratos que tengan como objeto hechos que afecten a la persona humana están prohibidos. Es que, como aclara el artículo 1004, si el contrato tiene por objeto derechos sobre el cuerpo humano se deben aplicar los artículos 17 y 56, los cuales fijan ciertos parámetros para contratar, a los que hemos aludido más arriba (nro. 150).

155. Concepto de moral y buenas costumbres

Ya hemos señalado que objeto de los contratos no debe ser un hecho que sea contrario a la moral y a las buenas costumbres. En verdad, este requisito también podría considerarse comprendido en el recaudo de la licitud del objeto, pues no cabe duda de que los contratos inmorales son ilícitos. Sin embargo, la extraordinaria importancia de este supuesto de nulidad hace aconsejable tratarlo por separado.

Todo el orden jurídico está dominado por la idea moral, puesto que el derecho no es, en definitiva, otra cosa que un *orden justo*. Es natural, por lo tanto, que también los actos jurídicos deban ajustarse a principios éticos. No se concebiría, en efecto, que el Estado volcase el peso de su *imperium* en apoyo de una pretensión inmoral.

Ahora bien: ¿cuándo debe reputarse que un acto es contrario a las buenas costumbres?

Según una opinión muy generalizada, llamada sociológica, las buenas costumbres a que la ley se refiere, son la moral media de un pueblo en un momento dado. Según otra, aluden a la moral cristiana, al menos en los pueblos de civilización occidental, cuyo espíritu ha sido moldeado bajo la influencia bimilenaria de la enseñanza evangélica. Las diferencias, que a primera vista pueden resultar claras, comienzan a esfumarse si se dejan de lado posturas extremas.

En efecto, si bien es preciso reconocer que el criterio sociológico tiene proclividad a un exceso de tolerancia y a que los jueces depongan su papel de guardianes de la conducta moral de los individuos en la sociedad, también debe admitirse que el extremo contrario es malo. El juez no debe aplicar un criterio muy riguroso para juzgar la moralidad de un acto; solo cuando éste choca abiertamente contra el concepto general de moral y bien común debe declararse su invalidez. De lo contrario se entraría en un terreno resbaladizo y peligroso, pues desgraciadamente, la perfección moral no es patrimonio del ser humano. El juez, en verdad, debe apreciar el caso con el criterio de un hombre honorable y prudente.

Es importante señalar que si lo que resulta contrario a la moral es el hecho que configura el objeto, el contrato es nulo porque está afectado uno de sus elementos esenciales; pero si lo inmoral es una cláusula accesorio, el juez puede mantener la validez del acto y declarar sin efecto la cláusula inmoral. Esta última solución es la que ha puesto en práctica nuestra jurisprudencia para reducir los intereses usurarios, para declarar ineficaz la cláusula resolutoria en las ventas de inmuebles por mensualidades cuando se ha satisfecho una parte sustancial del precio, para anular las cláusulas abusivas pactadas en los denominados contratos de adhesión, etc. Incluso, en ciertos casos, ha sido el legislador el que ha consagrado la ineficacia de ciertas cláusulas, sin afectar el resto del contrato. Tal es lo que ocurre con la cláusula que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, la cual se tiene por no escrita (art. 37, inc. c], ley 24.240).

Ahora bien, como ya se dijo, si lo que resulta contrario a la moral es el hecho que configura el objeto, el contrato es nulo. En este sentido, los jueces han juzgado inmoral a aquellos contratos que se oponen a la libertad de acciones o de conciencia, como lo son la obligación de habitar en un lugar determinado o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero, la de mudar o no mudar de religión, la de casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto tiempo o en cierto lugar, o no casarse, la de vivir célibe perpetua o temporalmente, etc. Otros ejemplos son los contratos de trabajo vinculados con casas de tolerancia, los convenios que implican el pago del comercio sexual, el pago de la influencia política (llamada venta de humo), el corretaje matrimonial.

En otros casos, ha sido el legislador que, inspirado en razones morales, ha establecido la nulidad de ciertos contratos. Así, por ejemplo, la nulidad que, como regla, pesa sobre los contratos que versan sobre una herencia futura (art. 1010, párr. 1º); o que persigan la disposición de parte del propio cuerpo (art. 56); o que instalen prostíbulos en un inmueble (art. 2047, inc. a)].

156. ¿Solo las prestaciones susceptibles de valoración económica pueden ser objeto de los contratos?

El artículo 1003 establece que el objeto del contrato debe ser *susceptible de valoración económica*.

La norma recoge la idea del artículo 1169 del Código Civil de Vélez, que establecía que la prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo *susceptible de una apreciación pecuniaria*.

Sin embargo, existía una controversia en el derecho argentino, a raíz de la nota de VÉLEZ SARSFIELD a ese artículo. Allí el codificador sostuvo que "si la prestación objeto

del contrato, aunque susceptible en sí de apreciación pecuniaria, no presentara para el acreedor ninguna ventaja apreciable en dinero, no estaría éste autorizado a pedir la ejecución de la promesa hecha. Un simple interés de afección no sería suficiente para darle una acción, a menos que la estipulación determinada por tal móvil no hubiese tenido al mismo tiempo por fin el cumplimiento de un deber moral". Como se ve, exigía que no solo el objeto tuviera contenido patrimonial; también debía tenerlo el interés perseguido por el acreedor.

Es una tesis hoy inadmisibile. A partir de los ataques llevados a cabo por los pandectistas alemanes, la doctrina se ha inclinado definitivamente en el sentido de que todo interés es digno de protección jurídica, sin importar que tenga o no contenido patrimonial. Una solución distinta carece de sentido, puesto que el principio que domina los contratos es la libertad de las convenciones. Expresaba BIBILONI en su Anteproyecto: "Donde un interés serio, respetable y no solamente determinado por el afecto, apoyado en un deber moral, sino por los más elevados estímulos de la mentalidad humana, por la caridad, el culto de las ciencias y las artes, impulse a celebrar contratos que tiendan a realizarlos, allí debe estar la ley para ampararlos y asegurar su cumplimiento".

La educación de los hijos, el sostenimiento de hospitales, escuelas, bibliotecas, etc., constituyen el fundamento de contratos frecuentísimos. No se exige, pues, que el acreedor tenga un *interés* pecuniario. Pero ello no quiere decir que las obligaciones puedan ser ajenas al patrimonio. La cuestión se aclara distinguiendo entre la *prestación* u *objeto* de la obligación, que siempre debe tener contenido patrimonial, y el *interés protegido*, que puede ser humano, cultural, científico, moral; basta que sea digno de tutela. Pero la prestación en sí misma debe ser siempre susceptible de valoración económica porque de lo contrario no sería posible la ejecución del patrimonio del deudor.

La idea ha sido expresada con claridad en el Código Civil y Comercial cuando establece que el objeto debe ser *susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial* (art. 1003).

157. La energía y las fuerzas naturales susceptibles de apropiación

Durante largo tiempo se discutió en la doctrina si las energías (electricidad, energía atómica, etc.), eran o no cosas. Esta discusión quedó terminada cuando la ley 17.711 agregó al artículo 2311 del Código Civil de Vélez un párrafo que establecía: *Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación*. El Código Civil y Comercial ha recogido la misma idea en el artículo 16: *Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre*.

No cabe duda, por tanto, que tales energías pueden ser objeto de los contratos, lo que es natural, porque ellas tienen un contenido económico que las asimila a las cosas. Entre el gas (indiscutiblemente una cosa, porque es un cuerpo gaseoso) y la electricidad que se consume en una casa, es difícil establecer diferencias conceptuales desde el punto de vista jurídico: ambos sirven de energía calórica o lumínica, ambos se consumen con el uso, pueden medirse, tienen un valor económico, son susceptibles de apropiación, son usadas por el hombre. No es lógico, por tanto, aplicarles reglas jurídicas distintas.

158. Bienes futuros

No solo los bienes presentes pueden ser objeto de los contratos; también pueden serlo los bienes futuros. La promesa de transmitirlos está subordinada a la condición de que lleguen a existir, excepto que se trate de contratos aleatorios (art. 1007).

Los supuestos contemplados en la ley son dos: a) Se contrata sobre una cosa que no existe, pero se espera que existirá (ejemplo, la compra de una cosecha antes de que esté en estado de recogerse). Si más tarde la cosa no llega a existir (en el ejemplo

propuesto, porque la ha destruido un granizo) el contrato es nulo. b) Se contrata sobre una cosa que todavía no existe, asumiendo el comprador el riesgo de que no llegue a existir nunca: el contrato tiene carácter aleatorio y es por tanto válido aunque la cosa no llegue a existir.

159. Bienes litigiosos o sujetos a gravámenes o medidas cautelares

Establece el artículo 1009 que pueden ser objeto de los contratos los bienes que sean discutidos en un litigio o juicio. También pueden serlo los bienes sujetos a un gravamen, como ocurre con la cosa que ha sido dada en prenda, o en anticresis, o hipotecada. Incluso, pueden ser objeto de un contrato las cosas que estén afectadas por una medida cautelar, como sucede cuando han sido embargadas. Esta posibilidad de que sean objeto de un contrato no implica desconocer los derechos del tercero que puede quedar afectado por tal contrato; por el contrario, la norma citada prevé el resguardo de sus derechos (art. 1009), lo que implica que debe ser satisfecho por los contratantes el perjuicio que le pueda resultar.

Ahora, si el contrato se realiza con ocultación de la medida cautelar o del gravamen, la parte que prometió su entrega, que claramente ha actuado mala fe, debe reparar los daños causados a la otra, si esta ha obrado de buena fe (art. 1009, párr. 2º).

160. Bienes ajenos

Como principio general, los bienes ajenos pueden ser objeto de los contratos (art. 1008, 1ª parte). La aplicación de esta regla es particularmente clara en el supuesto de que el contrato no signifique un compromiso de transferir el dominio; ningún inconveniente hay en que la cosa ajena pueda ser objeto de un contrato de locación, de depósito, de comodato, etcétera.

Cuando el contrato sobre bien ajeno envuelve una promesa de entregarlo, incluso transmitiendo la propiedad, hay que distinguir varios supuestos:

a) El que ha prometido la entrega del bien no ha garantizado el éxito de su promesa: solo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice; y deberá satisfacer todos los daños que cause, si el bien no se entrega por su culpa (art. 1008, párr. 1º). Se trata de una obligación de medios: el contratante debe poner su mayor esfuerzo en lograr el éxito, pero no lo ha garantizado.

b) El que ha prometido la entrega del bien ajeno, ha garantizado también su entrega efectiva; en tal caso, debe reparar los daños causados si la cosa no se entrega aunque no mediara culpa de su parte (art. 1008, párr. 1º). Esta es una obligación de resultado: basta no alcanzarlo para que deba responder.

c) La norma ha omitido una tercera hipótesis: que se haya prometido que el dueño del bien acepte entregarlo. Como se ve, no se ha garantizado la efectiva entrega del bien, sino que el dueño asumiría el compromiso de entregarlo. En este caso, también hay una obligación de resultado, la cual no consiste en la entrega del bien, sino en que se obtendría la aceptación del dueño de hacer efectiva su entrega.

d) Hasta aquí hemos supuesto que ambas partes sabían que el bien cuya entrega se prometió era ajeno; pero puede ocurrir que el que prometió la entrega hubiera ocultado que el bien no le pertenecía. En tal caso, si no logra hacerse de él lícitamente para poder entregarlo (téngase en cuenta que si lo entrega sin haberlo adquirido de manera lícita, estaría cometiendo el delito de defraudación), es responsable de todos los daños causados (art. 1008, párr. 2º).

161. Pacto de herencia futura

La regla general es que la herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares (art. 1010). La prohibición incluye aquellos contratos celebrados con el consentimiento

de la persona de cuya sucesión se trata. También quedan abarcados los contratos sobre objetos o derechos que se recibirán como consecuencia de una herencia futura. Es una prohibición fundada en razones de moral, como ya lo hemos dicho; resulta chocante admitir la legitimidad de pactos en los cuales se especula sobre la muerte de una persona.

Cuando el contrato versa simultáneamente sobre bienes presentes y sobre bienes que dependen de una sucesión aún no diferida, son nulos en el todo cuando se han concluido por un solo y mismo precio, y sus disposiciones no pueden ser separadas (art. 389). En cambio, si se ha pactado un precio por los bienes presentes y otro por los bienes que dependen de una sucesión aún no diferida, en realidad se trata de dos contratos distintos unidos solo por el instrumento en que se celebró el acto; en este caso, será válido el contrato relativo a los bienes presentes y nulo el que se refiere a la herencia futura.

La prohibición de realizar contratos que tengan en mira una herencia futura, sin embargo, no es absoluta; el Código admite algunas excepciones: a) Son válidas las donaciones hechas con la condición de que las cosas donadas se restituyan al donante si éste sobrevive al donatario o al donatario, su cónyuge y sus descendientes (art. 1566). b) Es legítima la partición hecha en vida por los ascendientes (arts. 2411 y ss.). c) Son válidos los contratos de seguro con cláusula de que a la muerte del asegurado se pagará la indemnización a la persona designada en el contrato. En esta última hipótesis no hay contrato sobre una herencia futura, ya que esa indemnización no integra el acervo hereditario; pero es un contrato vinculado muy estrechamente con la sucesión desde que, en definitiva, esa indemnización es uno de los bienes que el asegurado dejará a su muerte.

En el derecho moderno se nota una tendencia a suavizar el rigor de esta regla que prohíbe los pactos sobre herencia futura; no todo pacto que tiene en mira bienes que se han de recibir por muerte de una persona es inmoral. Muchas veces las circunstancias los hacen razonables y prudentes. En el derecho germánico, si bien se mantiene el principio de que estos pactos son nulos, se admiten los contratos concluidos entre herederos futuros respecto a sus porciones hereditarias (art. 311.b, inc. 5º, BGB). El Código Civil suizo admite la validez solo si cuentan con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trata (art. 636). También admiten aquellos Códigos los testamentos conjuntos o recíprocos, por los cuales dos personas se instituyen recíprocamente herederos; se trata de un verdadero contrato, irrevocable por la voluntad de una sola de las partes, salvo que exista una causal de desheredación (Cód. Civil suizo, art. 512; austríaco, arts. 583 y 1248; alemán, art. 2265, que solo lo permite entre cónyuges). El Código Civil portugués también admite casos de lo que denomina sucesión contractual (art. 2028).

Siguiendo estas ideas, que no son pacíficas en el derecho comparado (mantienen la prohibición el Cód. Civil italiano, art. 458; mexicano, art. 1826; venezolano, art. 1156; ecuatoriano, art. 1479; español, art. 1271; uruguayo, art. 1285; peruano, art. 1405; paraguayo, art. 697; brasileño, art. 426), el Código Civil y Comercial, luego de la regla general prohibitiva ya mencionada al principio de este párrafo, añade, *excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa*. Es decir, que si existe alguna disposición legal particular que admite el pacto sobre herencia futura, ese pacto será válido.

El párrafo siguiente al que alude la norma, expresamente dispone que *los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros*. Se trata de una

norma equilibrada que establece diversas pautas a considerar: i) solo admite el pacto que tenga en mira explotaciones productivas o participaciones societarias; ii) deben ser compensados los demás legitimarios, y iii) no pueden afectarse las legítimas hereditarias, ni los derechos del cónyuge del futuro causante, ni los derechos de terceros.

CAPÍTULO VIII - CAUSA

162. Diversos significados de la palabra *causa*

La palabra *causa* tiene en el derecho dos acepciones diferentes: a) designa, a veces, la *fuerza* de las obligaciones, o sea, los presupuestos de hecho de los cuales derivan las obligaciones legales: contratos, hechos ilícitos, etc. (en este sentido, art. 726); b) otras veces, en cambio, es empleada en el sentido de *causa final*; significa el *fin* que las partes se propusieron al contratar (en este sentido, art. 281).

Es este segundo significado el que ahora nos interesa. Y es precisamente respecto de él que se ha trabado un interesantísimo debate doctrinario. Se ha discutido si la causa debe o no ser considerada como un elemento esencial del acto jurídico; se ha discutido, incluso, la propiedad de la palabra causa; y, lo que es más grave, existen profundas divergencias respecto del significado cabal de esta institución. ¿Qué es la causa? Es necesario confesar que los esfuerzos de los juristas por precisar con claridad el concepto no han sido muy fructíferos. Subsisten aún hoy, después de una abundantísima literatura sobre el tema, importantes divergencias, aunque nuestra legislación, como se verá más adelante, toma una clara posición conceptual.

163. La doctrina clásica

Se discute si la teoría de la causa tuvo o no su origen en Roma. Los textos son confusos y dan pie a todas las opiniones. De cualquier modo, es indudable que no fue desarrollada en su plenitud por los jurisconsultos romanos. Ese mérito corresponde a DOMAT. Su concepción de la causa es definitivamente objetiva: la causa es el fin del acto jurídico; cuando se habla del fin, no debe creerse que se trata de los móviles personales y psicológicos de cada contratante, sino de los elementos materiales que existen en todo contrato. Por consiguiente, en los contratos sinalagmáticos o bilaterales, la causa de la obligación de cada una de las partes es la obligación de la otra. Así, por ejemplo, en la compraventa, la causa de la obligación contraída por el vendedor es el precio que recibirá; mientras que para el comprador, la causa es la cosa que adquiere. En los contratos reales, la causa está dada por la prestación que se anticipa y que da derecho a exigir otra en correspondencia a la dada. Finalmente, en los actos a título gratuito es el *animus donandi*, o intención de beneficiar al que recibe la liberalidad. Faltaría la causa si no existe contraprestación o si no hay tal *animus donandi*.

164. La tesis anticausalista

A partir de un célebre artículo publicado en Bélgica por ERNST, la teoría de la causa sufrió rudos ataques de parte de los más ilustres juristas. PLANIOL la impugnó por falsa e inútil.

Es falsa, sostiene, porque existe una *imposibilidad lógica* de que en un contrato sinalagmático, una obligación sea la causa de la obligación de la contraparte. Las dos

nacen al mismo tiempo. Ahora bien: no es posible que un efecto y su causa sean exactamente contemporáneos; el fenómeno de la causa mutua es incomprensible.

Es inútil, porque esta noción de causa se confunde con la de objeto, y, particularmente, la causa ilícita no parece ser otra cosa que el objeto ilícito.

En los contratos reales, se juzga que la noción de causa es falsa, pues la entrega de la cosa no es la causa de la obligación de restituir sino su fuente, en tanto que resulta inútil en razón de que la entrega de la cosa es un requisito de la formación del contrato y, por lo tanto, de nada sirve afirmar que el contrato carece de causa si la cosa no se entrega.

Finalmente, en materia de actos gratuitos, se rechaza la noción de causa por falsa, pues confunde causa con motivo; y por inútil porque la falta de intención se mezcla con la falta de consentimiento y no existiendo consentimiento no puede perfeccionarse el contrato.

Entre nosotros, la tesis anticausalista ha sido sostenida por BIBILONI, SALVAT, GALLI, LLAMBÍAS y SPOTA.

165. La doctrina moderna. El papel de la jurisprudencia

La tesis anticausalista está hoy en franca derrota; pero es necesario reconocer que sus ataques contra el concepto clásico de causa han sido fructíferos, porque han permitido ahondar el análisis del problema y lograr una concepción más flexible y útil. En esta faena, la labor de la jurisprudencia ha sido primordial. Mientras que los juristas se sentían perplejos ante los vigorosos ataques contra la teoría de la causa, los jueces seguían haciendo una aplicación constante y fecunda de ella. Eso estaba indicando que la noción de causa era una exigencia de la vida del derecho.

Si la fuerza obligatoria de los actos jurídicos se hace residir exclusivamente en la *voluntad* de los otorgantes, es claro que la idea de causa resulta inútil: basta el acto volitivo, la expresión del consentimiento, para explicar la obligación. Pero esta concepción es estrecha, cuando no falsa. La tutela jurídica no se brinda a una voluntad cualquiera, vacía e incolora, sino a aquella que tiene un contenido socialmente valioso. La sola voluntad, escindida de un interés plausible que la determine, no es justificación suficiente de la validez del acto jurídico, puesto que no es un fin en sí misma. Quien promete, dispone, renuncia, acepta, no tiende pura y simplemente a despojarse de un bien, transmitirlo, sino que mira a alcanzar una de las finalidades prácticas típicas que rigen la circulación de los bienes y la prestación de los servicios en la vida de relación. El acto volitivo, para ser fuente de derechos y obligaciones, debe estar orientado a una finalidad útil desde el punto de vista social; en otras palabras, debe tener una causa o razón de ser suficiente. La idea de justicia toma así el lugar que le corresponde en las relaciones contractuales. Y precisamente, donde más fecunda se ha mostrado la noción de causa, es sirviendo al ideal de justicia y moralidad en el derecho.

Por otra parte, tampoco puede confundirse la causa con el objeto. El objeto designa la materia de la obligación, la prestación debida, que es algo exterior a la personalidad de las partes; la causa forma parte del fenómeno de volición. Un ejemplo pone en claro estas ideas. He aquí un contrato de compraventa inmobiliaria. El objeto de este acto es la cosa enajenada; la causa es la finalidad perseguida por las partes; en el caso del adquirente; por ejemplo, ir a vivir con su familia, o explotarlo comercialmente; en el caso del enajenante, lo que quiere hacer con el dinero recibido.

En los contratos reales, la causa para cada uno de los contratantes será también la finalidad perseguida, más allá de que la prestación de una de las partes se anticipe y deba cumplirse junto con la celebración del contrato. No está de más recordar, de todos modos, que la clasificación de los contratos reales ha sido suprimida del Código Civil y Comercial, aunque quedan contratos reales como se ha visto antes (nro. 38).

Finalmente, en los actos gratuitos, la causa será el propósito de beneficiar a un amigo o pariente, a alguien con quien se mantiene una deuda de gratitud, o simplemente a un extraño; o bien el deseo de crear una institución benéfica o de ayudar a las existentes. No se trata ya del *animus donandi*, abstracto y vacío, de la doctrina clásica, sino de los motivos concretos que inspiraron la liberalidad.

En apretada síntesis, puede afirmarse que causa es el fin inmediato y determinante que han tenido en mira las partes al contratar, es la razón directa y concreta de la celebración del acto, y precisamente por ello se destaca para la contraparte, quien no puede ignorarla. Sin embargo, resulta necesario añadir que considerar exclusivamente la función económica y social que el negocio es idóneo a realizar por sí, como concepto de causa, no es suficiente pues se prescinde de los aspectos moralizadores del contrato. Por ello también habrá que tenerse en cuenta los fines mediatos, subjetivos, siempre que integren (expresa o implícitamente) la declaración, o sean conocidos por la otra parte, a los que haremos mención en el número siguiente.

Entre nosotros, esta tesis neocausalista, calificada como dualista, ha sido sostenida por BORDA y VIDELA ESCALADA.

166. Distinción entre móvil determinante y simples motivos

Es necesario no confundir la causa con los simples motivos que han impulsado a contratar. La primera es el fin inmediato, concreto y directo que ha determinado la celebración del acto; los simples motivos son los móviles indirectos o remotos, que no se vinculan necesariamente con el acto. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa de un inmueble, la causa para el vendedor es el precio que ha de recibir, lo que constituye una de las finalidades típicas que rigen la circulación de los bienes; si ha realizado la operación con el ánimo de costearse un viaje a Europa, éste sería un simple motivo, que no afecta en nada el acto. Estos motivos, por ser subjetivos e internos, contingentes, variables y múltiples, son imponderables y, por lo tanto, resultan jurídicamente intrascendentes.

Sin embargo, un motivo puede ser elevado a la categoría de causa si expresamente se le da tal jerarquía en el acto o si la otra parte sabía que el acto no tenía otro fundamento más que él. Un ejemplo clásico, el de los casos de la coronación, lo demuestra claramente. Se plantearon ante la Court of Appeal de Londres diversos juicios que versaban sobre un mismo tema: se habían celebrado diferentes contratos de locación, mediante los cuales se habían alquilado balcones y piezas con ventana que daban a ciertas calles por las que pasaría el desfile de la coronación del rey Eduardo VII, el día 26 de Julio de 1902. Ocurrió que el desfile debió ser cancelado por enfermedad del rey. Mientras los locadores exigían el cumplimiento del contrato y el pago del precio convenido, los locatarios reclamaban su nulidad en función de la falta de utilidad e interés de alquilar tales piezas y balcones ante la enfermedad del rey. El tribunal se inclinó por esta última postura: la enfermedad del rey había frustrado la finalidad perseguida con el contrato, que no era otra que verlo pasar. Otro ejemplo: se compra un revólver con el fin de ser propietario de un arma. La causa, en principio, es lícita, incluso aunque el móvil sea matar a un tercero, pues ese móvil no tiene por qué ser conocido por el vendedor. Pero si el vendedor sabía que el revólver se compraba con el fin de cometer el crimen, debe estimarse que la causa misma del contrato es inmoral, y, por tanto, ilícita.

167. La cuestión en nuestro derecho

¿Es la causa un elemento autónomo y esencial de los actos jurídicos en nuestro derecho positivo? La cuestión era motivo de controversia bajo el sistema del Código Civil de Vélez. La discusión giraba alrededor de los artículos 499 a 502.

Ninguna duda cabe de que el artículo 499 se refería exclusivamente a la causa como fuente de la obligación (contrato, voluntad unilateral, delito, cuasidelito y ley). El

problema se planteaba respecto de las siguientes disposiciones: ¿se referían también a la causa-fuente o por el contrario aludían a la causa-fin?

A favor de considerar que todos los artículos se referían a la causa fuente, se argumentó que no era explicable que el codificador hubiera dado un significado diferente a la palabra causa en normas ubicadas unas a continuación de otras. Otro sector, que tuvo el apoyo de la jurisprudencia, sostuvo, en cambio, que los artículos 500 a 502 aludían a la causa-fin, pues la simple lectura de los textos lo demostraba.

La cuestión se simplifica en la actualidad, desde que la causa, como finalidad, ha sido expresamente prevista por el Código Civil y Comercial al tratar el acto jurídico en la sección 2ª, capítulo 5, título IV, del Libro Primero. Además, cuando se refiere a la causa del contrato (capítulo 6, título II, Libro III), expresamente se remite a aquellas normas en el artículo 1012.

168. La causa en el Código Civil y Comercial

Dispone el artículo 281 que *la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.*

Como se puede apreciar, el Código ha adherido a la concepción de la causa que hemos denominado dualista. En efecto, por un lado afirma que la causa es el fin inmediato, determinante de la voluntad de las partes y que está autorizado por el ordenamiento jurídico. Es, entonces, la razón directa y concreta de la celebración del acto, cuya evidencia es tan nítida que la contraparte no puede ignorarla. Pero a esta función económica y social que el negocio es idóneo a realizar por sí, es necesario añadir un sentido moralizador. Y ello se logra afirmando que integran la causa los motivos o fines mediatos y subjetivos, que hayan sido exteriorizados siempre que sean lícitos y estén incorporados al contrato de manera expresa, o implícita si son esenciales para ambas partes.

Si bien, como ya dijimos, el artículo 281 se refiere a los actos jurídicos en general, ello es aplicable a los contratos por dos motivos. El primero, porque todo contrato es un acto jurídico; el segundo, porque el artículo 1012 dispone expresamente que *se aplican a la causa de los contratos las disposiciones de la Sección 2ª, Capítulo 5, Título IV, Libro Primero de este Código*, en donde justamente está el referido artículo 281.

169. Presunción de la existencia de causa

Establece el artículo 282, en su primera parte, que *aunque la causa no esté expresada en el acto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario.*

La solución de nuestra ley es perfectamente lógica; los hombres no se obligan ni actúan en el campo del derecho porque sí, sin motivo o causa valedera, porque ello sería irrazonable. Además, una razón de buena fe y de seguridad en los negocios obliga a reconocer efectos jurídicos a las declaraciones de voluntad, mientras no se pruebe que adolecen de algún defecto legal que las invalide. Por ello se presume la existencia y licitud de la causa. Pero, desde luego, queda a salvo el derecho del deudor a demostrar que no es así.

Nuestra ley exige que la causa exista no solo durante la formación del contrato y cuando se lo celebra; ordena también que subsista durante su ejecución (art. 1013). Como se ve, se trata de un elemento vital del contrato, que debe subsistir durante todo el período contractual y hasta el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Es que la finalidad perseguida puede desaparecer durante la vida del contrato, frustrándose así lo pretendido por las partes. A esta cuestión nos hemos de referir más adelante (nro. 173).

170. Falta de causa y falsa causa

Importando la causa un requisito esencial de los actos jurídicos, la falta de ella implica, como regla, la nulidad del acto. Sin embargo, nuestro Código prevé dos opciones más que pueden darse: la adecuación del contrato o su extinción (art. 1013). La adecuación del contrato resulta una solución lógica: en la medida en que se pueda salvar el contrato, habrá que procurar conservarlo (art. 1066). Así ocurriría ante una modificación de las condiciones previstas al momento de contratar que frustren parcialmente la finalidad perseguida por los contratantes; la adecuación de las prestaciones es la razonable solución. En cuanto a la hipótesis de extinción del contrato, ella apunta a la causa que desaparece durante la vida del contrato. En este caso, no podrá hablarse de nulidad, toda vez que el vicio no afecta el momento inicial de la celebración del contrato, sino que él se da en el transcurso contractual. Y en este supuesto, la falta de causa acarreará la extinción del contrato.

En teoría se ha pretendido distinguir la falta de causa de la falsa causa. Pero es evidente que ambas hipótesis se confunden. Cuando una persona contrae una obligación en virtud de una determinada causa y luego resulta que esta no existe, falta la causa; y éste es, precisamente, un caso típico de falsa causa. No se puede concebir que falte la causa, sin vincular ese hecho con un error, que hizo creer en la existencia de algo que en verdad no existía.

Sin embargo, puede ocurrir que la causa expresada en el acto jurídico sea falsa; ello no obsta a que el acto sea válido si se funda en otra causa verdadera (art. 282). Lo que interesa, en definitiva, es la causa real, no la aparente. Esta cuestión se vincula con el problema de la simulación, que se ha estudiado más arriba (nros. 129 y ss.).

171. Causa ilícita

Establecía el artículo 502 del Código Civil de Vélez que la causa era ilícita cuando fuera contraria a las leyes o al orden público. Si bien la norma no se refería expresamente a la moral y a las buenas costumbres, se consideraba pacíficamente que los contratos que fueran contrarios a ellas quedaban incluidos en la ilicitud.

El artículo 1014, en su inciso a), ha recogido esa corriente doctrinaria y ha consagrado la nulidad del contrato cuando su causa sea contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres. La causa, en este caso, debe ser entendida como el fin inmediato y determinante que han tenido en mira las partes al contratar, la razón directa y concreta de la celebración del acto.

¿Quedan fuera de la norma los fines mediatos, subjetivos, cuando integran (expresa o implícitamente) la declaración? No, pues la primera parte del inciso b) de este artículo 1014 también dispone la nulidad del contrato cuando *ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común*.

Ahora bien, ¿qué sucede si solo una de las partes ha obrado por un motivo ilícito o inmoral? Ella no tendrá derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero esta podrá reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido (art. 1014, inc. b), 2ª parte). Se trata de una solución lógica: por un lado, quien ha obrado lícitamente no se ve afectado; por el otro, quien lo hizo de manera ilícita no puede obtener provecho alguno de su acto.

172. Actos abstractos

En ciertos casos, por razones de seguridad jurídica, las partes tienen interés en que una declaración de voluntad tenga validez por sí, con independencia de la existencia de la causa. Tal es el caso de los títulos al portador. Para que estos puedan desempeñar eficazmente su función económica, es necesario reconocerles validez por sí mismos; de ahí que el firmante de un cheque o un pagaré no pueda oponer a los terceros que han venido a entrar en posesión del documento una excepción fundada en la falta de causa. Por voluntad de los otorgantes, esas obligaciones quedan desvinculadas de su causa;

solo así pueden servir como medio de pago, en cierta manera asimilable al dinero, que tienen en la práctica de los negocios.

Estos actos se llaman *abstractos*, desde que tienen un valor por sí mismos y con independencia de su causa; se los opone a los *causados* o *causales* que constituyen el supuesto normal de actos dependientes de su causa.

Pero no ha de creerse que estos actos abstractos carezcan de causa, por el contrario, la tienen, como debe tenerla necesariamente todo acto jurídico, solo que la excepción de falta de causa no puede ser opuesta a terceros, aunque sí puede serlo entre los otorgantes originales. Si, por ejemplo, una persona otorga un pagaré a un tercero, creyéndose deudor de él, cuando en realidad no lo es, la obligación carece de causa y el firmante puede negarse a pagarla; y si el documento hubiera sido negociado y hubiera tenido que pagarlo el firmante a un tercero (contra quien no tiene excepciones) podría repetir su importe del acreedor originario.

Por este motivo ha podido decirse que la abstracción es relativa o limitada, en el sentido de que no excluye del todo la relevancia de la causa.

La razón de ser del negocio abstracto es de orden práctico: se quiere hacer más fácil y segura la adquisición de ciertos derechos, sustrayéndolos a algunas excepciones que los deudores podrían oponer; y se quiere hacer posible la circulación de esos derechos poniendo a salvo a los terceros contra debilidades del título derivadas de su falta de causa.

Por todo lo expuesto, es que el artículo 283 dispone que *la inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice*. Como se puede advertir, la regla es la imposibilidad de discutir la causa del acto abstracto, a menos que exista una expresa autorización legal. No está de más señalar que últimamente los jueces han venido permitiendo la discusión de la causa cuando se trata de los denominados "pagarés de consumo", esto es, pagarés que instrumentan una operación de crédito para el consumo. Se procura evitar la utilización de instrumentos legales como cobertura de un fraude destinado a eludir la aplicación de normas de orden público, como son las de defensa del consumidor (ley 24.240).

173. La frustración del fin del contrato: remisión

Mayoritariamente (conf. XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil) se ha entendido que la *frustración del fin del contrato* es un capítulo inherente a la causa; entendida esta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes (ambas partes, o una de ellas siempre que lo haya manifestado —expresa o implícitamente— a la otra) han tenido en vista al momento formativo del negocio.

La posición del Código Civil y Comercial sobre este tema, en cambio, no resulta clara.

En efecto, el Código plantea, por un lado, que la causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y *subsistir durante su ejecución* (art. 1013), lo que permitiría afirmar que la frustración del fin contractual es un capítulo de la causa. Sin embargo, no puede obviarse, por otro lado, que la frustración del fin del contrato ha sido regulada más adelante, como un modo de extinción, modificación o adecuación de los contratos, y sin recurrir a la noción de causa. Más bien, parece fundarse en que el fin perseguido integra inequívocamente el contenido contractual y por ende, se refleja en su sinalagma genético.

Incluso, a diferencia del artículo 1013 que prevé que la falta de causa da lugar a la adecuación o a la extinción del contrato, pero también a su nulidad, el artículo 1090, que regula esta figura, no prevé la nulidad del contrato por la frustración de la finalidad perseguida; lo que dispone es que tal frustración, si es definitiva, autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter

extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada.

Siguiendo la metodología propuesta por el Código Civil y Comercial, hemos de tratar este tema de la frustración del fin del contrato más adelante; por ello nos remitimos a los números 336 y siguientes.

CAPÍTULO IX - FORMA DE LOS CONTRATOS

174. Cuestiones preliminares

Antes de ingresar en el estudio de la forma de los contratos, es necesario tener presente lo dicho más arriba (nro. 44) respecto de que el consentimiento contractual es una declaración de voluntad, y que existen diferentes maneras de manifestar esa voluntad.

En efecto, la voluntad puede manifestarse de manera expresa o tácita; es expresa cuando se exterioriza de manera oral, o por escrito, o por signos inequívocos, o por la ejecución de un hecho material (art. 262); es tácita cuando resulta de actos que permitan conocer la voluntad con certidumbre, y siempre que la ley o la convención no exijan una manifestación expresa (art. 264). Incluso, en limitados casos, el silencio puede importar una manifestación de la voluntad. Ello ocurre cuando se opone el silencio a un acto o una interrogación y existe un deber de expedirse que resulta de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (art. 263).

Estas diferentes maneras de manifestar la voluntad son, en verdad, diversas formas que la ley considera a tales efectos.

175. Noción de forma

La forma de los actos jurídicos estaba definida por el artículo 973 del Código Civil de Vélez como el conjunto de prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tal, por ejemplo, la escritura pública que se exige para ciertos contratos.

Si bien no existe una norma similar en el Código Civil y Comercial, el concepto de forma no ha variado.

Hemos visto antes (nro. 174) que la voluntad se puede expresar de diferentes maneras: oralmente, por escrito, por signos inequívocos, por la ejecución de un hecho material e, incluso, guardando silencio en los casos establecidos por el artículo 263.

Nos interesa ahora la expresión escrita, la cual puede tener lugar a través de instrumentos públicos, o de instrumentos particulares firmados o no firmados. Incluso, puede hacerse constar tal expresión en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos (art. 286), como ocurre con los documentos informáticos.

El instrumento público es aquel en el que interviene un oficial público, quien debe actuar en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial. Es requisito de validez que el instrumento esté firmado por el oficial público, las partes y, en su caso, sus representantes (art. 290).

Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados; ellos deben estar firmados por las partes contratantes. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; son instrumentos particulares no firmados los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información (art. 287).

La firma, que puede ser gráfica pero también digital, es un recaudo ineludible en los instrumentos públicos y en los instrumentos privados, y prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde (art. 288).

176. El principio de la libertad de las formas; formalismo antiguo y moderno

Los pueblos primitivos se singularizaban por un formalismo estrecho y rígido. Esa fue también la característica del derecho romano. Los actos estaban inseparablemente ligados a sus formas; la menor desviación en el cumplimiento de las prescripciones legales traía aparejada la nulidad del acto, aun cuando el consentimiento de los otorgantes estuviera probado inequívocamente. La forma era un elemento esencial del acto. En los pueblos de cultura media poco desarrollada, el formalismo, además de su sentido simbólico, se proponía impresionar fuertemente el recuerdo de los testigos, que después habrían de servir de prueba de la realización del acto.

Diversos factores fueron influyendo para que con el devenir de los siglos, el formalismo fuera perdiendo aquella rigidez sofocante. Por de pronto, la Iglesia Católica luchó tenazmente contra aquel sistema; la buena fe impone el cumplimiento de la palabra empeñada y no eludir las consecuencias de los propios actos so pretexto de la omisión de tal o cual detalle formal. Luego, cuando el tráfico comercial se hizo más activo, resultó indispensable aligerar las transacciones de los obstáculos formales que pesaban sobre ellas. Finalmente, el aumento de la cultura general trajo la difusión de la escritura como medio de prueba, lo que hizo innecesarias las formalidades que tendían a impresionar el ánimo de los testigos.

Actualmente impera como principio el de la libertad de las formas; basta el consentimiento para que el contrato tenga plena fuerza obligatoria. Es el triunfo del consensualismo. Solo por excepción la ley exige en algunos casos el cumplimiento de requisitos formales.

Por ello, este principio ha quedado consagrado en nuestro derecho. En efecto, a excepción de que la ley designe una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente (art. 284). Más aún, expresamente dispone que solo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada (art. 1015).

Sin embargo, en el derecho moderno se ha advertido un renacimiento del formalismo. Las nuevas leyes exigen con frecuencia la observancia de determinadas formas. Este neoformalismo se funda en diversas razones: a) Las relaciones jurídicas se han hecho tan múltiples y complejas que se siente la necesidad de ponerles un orden y evitar los inconvenientes de la imprecisión y la ligereza; las exigencias formales tienden hoy a cuidar la seguridad jurídica. b) Las formas que tienden a la publicidad (y, particularmente, los registros) se han mostrado eficacísimas para proteger a los terceros contra las confabulaciones de quienes se ponen de acuerdo para perjudicarlos, antedatando actos o simulándolos. c) Finalmente, el intervencionismo estatal exige que las convenciones particulares tengan una exteriorización sin la cual el contralor oficial sería imposible; el cumplimiento de esta forma facilita, además, la percepción impositiva, porque los escribanos actúan como agentes de retención de los impuestos y tasas.

Un ejemplo concreto de este neoformalismo se puede observar en los contratos de consumo (contratos que hemos de estudiar más adelante, nros. 346 y ss.). En ellos se exige que el documento que se extiende por la venta de cosas muebles o inmuebles debe contener: a) la descripción y especificación del bien; b) el nombre y domicilio del

vendedor; c) el nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere; d) la mención de las características de la garantía; e) los plazos y condiciones de entrega; f) el precio y las condiciones de pago, y g) los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente. Además, debe estar redactado en idioma castellano, y de manera clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Si se incluyen cláusulas adicionales, ellas deberán ser escritas en letras destacadas y suscriptas por ambas partes (art. 10, ley 24.240, ref. por ley 26.361).

Este neoformalismo es distinto del antiguo; las formas se imponen sobre todo en miras a la prueba del acto, a su publicidad y a la protección del contratante débil; pero la omisión no afecta, en principio, al acto en sí, aunque puede acarrear sanciones al responsable de tal omisión.

177. Concepto; distintas clases de formas

Ya hemos señalado más arriba (nro. 24) que los contratos *formales* son aquellos cuya validez depende de la observancia de la forma establecida por la ley.

También dijimos que dentro de la categoría de contratos formales (art. 969), hay que diferenciar los contratos cuya forma es requerida a los fines probatorios, de aquellos otros en los cuales la formalidad tiene carácter constitutivo o solemne. Incluso, las formas solemnes (también llamadas *ad solemnitatem*) se dividen en absolutas y relativas.

El incumplimiento de la forma solemne absoluta trae aparejado la nulidad del acto celebrado. Con otras palabras, la forma solemne absoluta es esencial a la validez del acto, pues su omisión lo priva de todos sus efectos, por más que el consentimiento se pruebe inequívocamente. Ejemplo de ella, la donación de un inmueble, que debe hacerse por escritura pública inexorablemente (art. 1552).

En cambio, el incumplimiento de la forma solemne relativa no acarreará la nulidad del acto sino que permitirá exigir el cumplimiento de la forma establecida por la ley. Como se advierte, la omisión de la forma solemne relativa impide considerar concluido el contrato celebrado pero valdrá como un contrato por el cual las partes se obligan a cumplir con la formalidad establecida. Por lo tanto, provoca el nacimiento de la obligación de cumplir con la forma legal y el derecho a exigirla judicialmente. Así, la omisión de celebrar una compraventa inmobiliaria por escritura pública permite a cualquiera de las partes exigir la escrituración (arts. 285 y 1018), tema este último que trataremos con más detalle en el número 182.

Finalmente, cuando se trata de una forma probatoria, ella solo tiene importancia a los efectos de la prueba del acto jurídico; por ejemplo, el contrato de locación, sus prórrogas y modificaciones debe ser hecho por escrito (art. 1188), pero si se hubiera incumplido con esta forma, el contrato valdrá de todos modos si existe principio de ejecución o principio de prueba instrumental (art. 1020). No está de más señalar que esta forma probatoria difiere de la llamada forma *ad probationem* prevista en el Código Civil de Vélez. En efecto, el ejemplo de esta última era el contrato de fianza, el cual podía ser celebrado de cualquier forma, pero si era negado en juicio solo podía ser probada por escrito (art. 2006). La forma probatoria vigente, en cambio, admite la existencia del contrato si hay, como vimos, principio de ejecución o principio de prueba instrumental, aunque no exista el instrumento contractual.

178. La forma como recaudo de publicidad

Hemos dicho ya (nro. 176) que una de las razones del renacimiento del formalismo en el derecho moderno es que algunas formas constituyen un eficaz medio de publicidad. En este sentido, tienen particular importancia los registros en los que se asienta no solo quién es el titular del dominio, sino también cuál es el estado de éste, si existen gravámenes, embargos, inhibiciones, etc.

Los registros son así el gran medio de publicidad moderno. Pero no son el único. También la tradición de la cosa es en nuestro derecho un medio de publicidad, que la complejidad y carácter multitudinario de las sociedades contemporáneas ha vuelto bastante ineficaz, pero que todavía conserva valor, a punto tal que el artículo 1892 dispone que la tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión.

La inscripción en los registros tiene el siguiente efecto: el acto es oponible a terceros. El contrato no registrado (cuando la ley exige ese registro, como ocurre, por ejemplo, con la compraventa de inmuebles) tiene plena validez entre las partes, pero no es oponible a terceros. Pero hay veces que la ley impone la forma como un requisito esencial de validez, no ya tan solo respecto de terceros, sino respecto de las mismas partes: mientras el acto no se ha registrado se lo tiene por no existente. En este caso, la registración del acto tiene valor *constitutivo*, tal como ocurre con el contrato de compraventa de automotores.

179. Forma pactada

La forma de los contratos puede resultar de la ley o de la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, nuestro Código establece que los contratos deben ser otorgados por escritura pública cuando la ley o el acuerdo de partes así lo disponga (art. 1017, inc. d)).

Incluso, las partes contratantes están facultadas para convenir formas más exigentes que las establecidas por la propia ley (art. 284). Tal sería el caso de un contrato no formal, cuando, por voluntad de las partes, se acuerda que sea hecho por escritura pública.

180. La forma en las modificaciones contractuales

Si el contrato debe ser celebrado respetando una forma determinada, sea porque la ley la exige, sea porque las partes la acordaron, las posteriores modificaciones que las partes convengan deben ser hechas con la misma formalidad.

Esta regla, prevista en el artículo 1016, admite, empero, algunas excepciones: i) si las modificaciones versan sobre estipulaciones accesorias o secundarias, y ii) si existe una disposición legal que expresamente admita que no se cumpla la modificación con la formalidad fijada para el contrato original.

181. Contratos que deben celebrarse en escritura pública

Según el artículo 1017 deben celebrarse por escritura pública:

a) Los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa.

Cuando se trata de una subasta, el contrato queda formalizado por el solo remate; la escritura no es necesaria ni siquiera para la transmisión del dominio, que es adquirido por el comprador por la aprobación del remate hecha por el juez o la autoridad administrativa, la tradición del inmueble y la inscripción en el registro. Esta solución tiene una explicación de carácter histórico. En el derecho romano y la antigua legislación española la venta era realizada en presencia de la autoridad judicial (juez o secretario) quien recogía las ofertas. El acta misma del remate constituía un documento auténtico parangonable a la escritura pública. Actualmente la subasta es hecha por un delegado del juez, que es el martillero, cuya actuación no ofrece iguales garantías. Y la jurisprudencia ha terminado por reconocer al comprador, aun en este caso, el derecho de exigir el otorgamiento de la escritura, porque esa es la vía que permite hacer un estudio de los títulos y una garantía de la bondad del derecho que se le transmite. Por ello es que, a pedido del comprador, el juez debe declarar indisponible el saldo de precio depositado en autos, mientras la escritura no se otorgue y mientras subsistan inconvenientes ajenos a la voluntad del comprador para la inscripción del dominio en el

Registro de la Propiedad. Por estas razones, la escritura se ha hecho prácticamente indispensable aun en el supuesto de pública subasta. Pero debe insistirse en que la escritura no es imprescindible y, en verdad, puede ser suplida con las actuaciones judiciales o administrativas relativas a la orden de venta, a la celebración de la subasta, su aprobación, el pago de la totalidad del precio por el adquirente y la toma de posesión.

b) *Los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles.* Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si se tratara de una transacción de un derecho litigioso, el artículo 1643 se limita a disponer que debe ser celebrada por escrito, con la firma de los interesados y presentada al juez ante quien tramita la causa. Por lo tanto, este artículo 1643 solo se aplica a la transacción que no verse sobre inmuebles.

c) *Todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública.*

d) *Los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública,* a los que ya nos referimos (nro. 179).

El artículo 1184 del Código Civil de Vélez enumeraba otros varios supuestos en los que se exigía la escritura pública. Eran los casos de los *contratos de sociedad, sus prórrogas y modificaciones, las particiones extrajudiciales de herencias, las convenciones matrimoniales, los contratos de renta vitalicia, la cesión o renuncia de derechos hereditarios y la cesión de derechos litigiosos que involucren derechos reales sobre inmuebles*, los que han sido regulados, respectivamente, por la ley de sociedades, y los artículos 2369, 448, 1601, 2299 y 1618, incisos a) y b), del Código Civil y Comercial.

Sin embargo, ha quedado un supuesto que habrá de generar conflictos. En efecto, mientras el artículo 1184, inciso 7º, obligaba a hacer por escritura los *poderes generales o especiales que deben presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes*, el artículo 363 del Código Civil y Comercial solo dispone que *el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar*. En muchos casos, las facultades que se otorgan mediante el poder no son para realizar un acto que deba ser hecho por escritura pública; es el caso, por ejemplo, de los poderes otorgados a favor del administrador de un establecimiento rural. En este caso, ¿se podrá prescindir de la escritura? Y si fuera así, ¿cómo se acreditará la autenticidad de la firma del poderdante? Seguramente, se continuará con la antigua práctica, y las partes seguirán exigiendo la exhibición de la escritura.

182. Omisión de la escritura pública: efectos

Ya hemos dicho (nro. 177) que las consecuencias de la omisión de la forma solemne dependen de que ella sea exigida como solemnidad absoluta o relativa: en el primer caso, el acto carecerá de todo efecto; en el segundo, la parte interesada, tendrá derecho a exigir el otorgamiento del acto jurídico conforme la forma legal (arts. 285 y 1018).

La escritura pública, esto es, el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos (art. 299), es una de las formas establecidas por el Código Civil y Comercial. En algunos casos la exigencia de la escritura importa una solemnidad absoluta (v.gr., la donación de inmuebles); en otros, una solemnidad relativa (ej., la compraventa inmobiliaria).

Cuando la escritura pública sea exigida como una solemnidad relativa, mientras no esté suscripta, las partes que han celebrado un contrato por instrumento privado (ej., el boleto de compraventa) no pueden reclamarse el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato definitivo, pero pueden exigir el otorgamiento de la escrituración, cumplido lo cual el contrato producirá todos sus efectos.

¿Qué ocurre si una de las partes se niega a escriturar? La otra podrá iniciar la llamada demanda por escrituración. Ahora bien, supongamos que deba promoverse este juicio

y que el juez, finalmente, dicte sentencia, condenando al demandado a escriturar, y que, a pesar de ello, el vencido continúe negándose a hacerla. ¿Puede firmar el juez la escritura en su lugar o, por el contrario, la potestad judicial se limita en ese supuesto a condenar al remiso al pago de los daños?

Esta cuestión dio lugar en nuestro país a una antigua controversia. Se sostuvo que el juez carece de poder para escriturar a nombre del obligado; ante la negativa del condenado a escriturar, le sería al juez imposible vencer esa negativa, limitándose sus potestades a fijar los daños. El principal argumento de esta posición era el artículo 1187 del Código Civil de Vélez, según el cual la parte que se resistiere a escriturar, podrá ser demandada por la otra para que la otorgue, *bajo pena de resolverse la obligación en el pago de daños y perjuicios*. Pero a partir del fallo plenario "Cazes de Francino c. Rodríguez Conde" dictado por la Cámara Civil de la Capital Federal en el año 1951 (LL 64-476), se ha reconocido que el juez puede otorgar la escritura por el obligado. Es que, en verdad, las obligaciones de hacer deben resolverse en el pago de daños, solamente si el cumplimiento forzoso implicara la necesidad de hacer violencia sobre la persona; cuando el hecho puede ser cumplido por un tercero, no hay tal violencia al deudor y el acreedor logra satisfacer su crédito en la especie convenida. El tercero que puede y debe firmar la escritura, en este caso, es el propio juez. Esta solución fue consagrada por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 512) y por varios Códigos Procesales provinciales.

El Código Civil y Comercial ha mantenido esta misma solución al disponer que si, a pesar de exigirse judicialmente el cumplimiento de la obligación asumida, la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hará en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea, asegurado su cumplimiento (art. 1018, 2ª parte). Lo único que ha aclarado el Código es que es condición para que el juez pueda escriturar, que la contraprestación de quien reclama la escrituración esté cumplida o debidamente garantizada.

Para concluir, cabe señalar que la acción para reclamar la escritura prescribe en el plazo general establecido en el artículo 2560. Añadamos que alguna duda puede plantearse cuando se trata de una venta en remate judicial o administrativo y medie pago total del precio y entrega de la posesión. En este caso, teniendo en cuenta que la escritura no es exigida (conf. art. 1017, inc. a)], ella no es otra cosa que una mera formalidad que facilita la transmisión del dominio, pero que por ello puede ser exigida por el comprador en cualquier tiempo.

183. Ley que rige la forma de los contratos internacionales

¿Cuál es la forma que debe cumplirse en los contratos internacionales? Cuando decimos contrato internacional, nos estamos refiriendo a aquel que ha sido celebrado en un país extranjero, pero que debe cumplirse en la Argentina, o, a la inversa, cuando se lo celebra en nuestro país para ser cumplido en el exterior.

Conforme lo establece el artículo 2649, las formas y solemnidades de los actos jurídicos (lo que incluye al contrato) deben juzgarse por las leyes y usos del lugar en que se hubiera celebrado.

Ahora bien, si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica.

184. Concepto

La prueba no constituye un elemento de los contratos, y en este sentido, sería objetable la inclusión de su estudio en este capítulo. Sin embargo, se encuentra tan estrechamente vinculada con la forma, que se ha hecho clásico tratar una a continuación de la otra. Se trata, claro está, de conceptos distintos. La forma hace a la manifestación de voluntad, es un requisito de la formación del contrato. La prueba, en cambio, se vincula con los medios de demostrar la existencia del contrato, cualquiera que haya sido su forma. La vinculación tan estrecha entre ambas deriva sobre todo de la circunstancia de que las formas en el derecho moderno están principalmente instituidas con el objeto de facilitar la prueba, sea a las partes, sea a terceros.

Hay dos sistemas probatorios: el de la prueba legal y el de la libre convicción. Según el primero, solo puede admitirse como prueba suficiente la que indica la ley; de acuerdo con el segundo, el juez puede admitir todo género de pruebas y tendrá como suficientes aquellas que según su ciencia y conciencia, sean suficientes para tener por acreditados los hechos. En el derecho moderno, el sistema imperante es el de la libre convicción; las limitaciones al libre arbitrio judicial para la apreciación de la prueba tienen carácter excepcional. Sin embargo, debe decirse que las excepciones son importantes y numerosas. Tal es, por ejemplo, la formalidad exigida por el artículo 1552; la ley no admite otra prueba que la escritura pública.

185. Método del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial trata la prueba en el capítulo 8, del título II, del Libro Tercero, titulado "Prueba" (arts. 1019 y 1020); independientemente de ello, legisla sobre instrumentos públicos, privados y particulares —que también son medios probatorios— en el capítulo 5, del título IV, del Libro Primero, referido a los actos jurídicos.

El método, que ha sido recogido del Código Civil de Vélez y de los Proyectos de reforma de 1993 y 1998, es objetable. La prueba no solo tiene relación con los contratos, sino también con los hechos y actos jurídicos en general. Por ello, tanto BIBILONI como el Proyecto de 1936 ubicaron lo relativo a esta materia en la Parte general, dentro de la sección dedicada al "Ejercicio y prueba de los derechos". También el Anteproyecto de 1954, ubicó este tema en la Parte general, en una sección destinada a la "Tutela y ejercicio de los derechos".

186. La prueba en el Código Civil y Comercial y en los Códigos Procesales: la cuestión constitucional

Conforme con el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso Nacional dictar los códigos de fondo; en cambio los Códigos Procesales son atribución de las provincias. Cabe preguntarse, por tanto, si al legislar sobre prueba, no ha invadido el Código Civil y Comercial un campo que es propio de los códigos locales.

Lo cierto es que esta es una materia en que ambas jurisdicciones —la nacional y la provincial— se tocan. La cuestión se aclara haciendo la siguiente distinción: todo lo relativo a la *admisibilidad* de un medio de prueba y a su *eficacia probatoria* es materia propia del Código Civil y Comercial porque se vincula con el reconocimiento de los derechos sustantivos; en cambio, la *forma de producción* de la prueba es materia propia de los códigos locales.

En sentido coincidente la Corte Suprema ha declarado que el Congreso tiene facultad para dictar normas procesales en tanto ello sea necesario para asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo.

187. Carga de la prueba

La carga de la prueba (*onus probandi*) incumbe a quien alega el hecho en el cual funda su acción o su excepción. Así, por ejemplo, quien alega un derecho con base en un contrato, debe probar la existencia de éste; a su vez, el demandado que alega como defensa un hecho modificativo o extintivo (un contrato ulterior, una renuncia, etc.), debe también probarlo. Estas no son reglas absolutas; en el derecho moderno priva el concepto de que los litigantes tienen un deber de lealtad que los obliga a colaborar en la medida de sus posibilidades al esclarecimiento de la verdad y, por consiguiente, a aportar las pruebas encaminadas a tal fin, que obren en su poder. Y a veces los jueces han declarado que la indiferencia o inercia de la parte puede constituir una presunción en su contra. Así, por ejemplo, quien invoca una simulación debe probarla; pero si el demandado guarda una actitud de sospechosa inercia, sin aportar pruebas que de existir demostrarían su inocencia, su conducta importa una presunción de la verdad de los hechos alegados por el actor.

188. Los medios de prueba

Según el artículo 1019, los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial.

La regla es clara: los contratos pueden probarse por todos los medios aptos, a menos que una ley disponga un medio especial. Así ocurre con la escritura pública que es el único medio que existe para poder probar una donación de un inmueble, de muebles registrables o de prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552).

En general, los contratos pueden probarse:

a) Por instrumentos públicos

Es decir, por aquellos instrumentos que gozan de autenticidad, porque ha actuado el oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial (excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella) y porque está firmado por ese oficial público, las partes y, en su caso, sus representantes (art. 290).

b) Por instrumentos particulares firmados o no firmados

Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados; ellos deben estar firmados por las partes contratantes. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; son instrumentos particulares no firmados los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información (art. 287). Un ejemplo, entre tantos, de instrumento particular no firmado es el de las entradas de espectáculos públicos.

La autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio. Si el contratante no sabe o no puede firmar, el contrato puede celebrarse dejando constancia de la impresión digital o recurriendo a dos testigos que deben suscribir el instrumento (art. 313). Cuando el documento ha sido signado con la impresión digital, vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido (art. 314).

c) Por los libros y demás registros contables

Las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial,

agropecuario o de servicios deben llevar determinados libros y registros contables. Quedan eximidos de esta obligación los profesionales liberales y quienes desarrollan actividades agropecuarias y conexas, no ejecutadas u organizadas en forma de empresa (art. 320). Son registros indispensables, entre otros, los libros diario y de inventario y balances (art. 322).

d) Por la correspondencia, cualquiera que sea el medio empleado para crearla o transmitirla

Puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros, en cambio, no pueden valerse de la correspondencia sin el asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial (art. 318).

Finalmente, debe señalarse que la regla de que los contratos pueden probarse por todos los medios aptos, a menos que una ley disponga un medio especial, tiene una limitación: *los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos* (art. 1019). Cuando se hace referencia a los contratos que sea de uso instrumentar se está afirmando que hay contratos que normalmente, por los usos y costumbres, se suelen celebrar mediante instrumentos públicos o privados, o por instrumentos particulares no firmados, que incluyen impresos, registros visuales o auditivos, registros de la palabra y de información, abarcándose así a los documentos informáticos.

189. Prueba de los contratos formales

Establece el artículo 1020 que *los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios, pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución.*

Con otras palabras, si la formalidad establecida por la ley es meramente requerida a los fines probatorios, el contrato puede ser probado por otros medios. Así:

a) No será necesaria la prueba por la forma legal cuando hubiese imposibilidad de obtenerla. Se juzgará que hay imposibilidad, por ejemplo, en los casos de depósito necesario, o cuando la obligación hubiese sido contraída por incidentes imprevistos en que hubiese sido imposible formarla por escrito, o cuando el instrumento originario se hubiere perdido, robado o destruido. Empero, pensamos que esta norma debe ser interpretada en consonancia con el artículo 1019 en el sentido de que los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos (conf. QUADRI, Gabriel H., *Prueba de los contratos. Una visión teórico-práctica*, L.L. t. 2018-C, p. 857, cita Online: AR/DOC/1791/2017).

b) Tampoco lo será cuando mediare principio de prueba instrumental. Sobre este concepto véase número 190.

c) Ni cuando ha existido comienzo de ejecución; esto es, cuando una de las partes ha recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato.

d) Ni cuando la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación o falsedad de los instrumentos en que constaren. Si bien esta hipótesis no está expresamente prevista en la norma, es indudable su procedencia, pues no se trata de la prueba de un contrato sino de hechos que, por su misma naturaleza, casi nunca están documentados.

En estos casos es admitido cualquier medio de prueba, inclusive testigos (art. 1020).

Ahora, ¿qué ocurre con los contratos formales solemnes? Ellos solo pueden probarse con el instrumento que acredite el cumplimiento de la formalidad legal. Así lo disponía, aunque con alguna excepción, el artículo 1191 del Código Civil de Vélez. Y si bien no

existe una norma similar en el Código Civil y Comercial, no puede ser otra la conclusión de una razonable interpretación del artículo 1020.

En efecto, este último artículo se refiere, lo acabamos de ver, a los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios. Es claro que cuando la formalidad es solemne, más agravada, no puede tener el mismo estándar de requerimiento de prueba que cuando la formalidad es meramente probatoria. A mayor solemnidad, mayor exigencia probatoria.

190. Principio de prueba instrumental

Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato (art. 1020, párr. 2º). La prueba instrumental comprende a todo instrumento público y privado, a todo documento y a cualquier instrumento particular no firmado, con lo que se incluyen los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información (art. 287). Quedan incluidos, por tanto, los documentos digitales y los correos electrónicos, entre otros.

Para que haya principio de prueba instrumental es, por tanto, necesario: a) que el instrumento emane de la otra parte, su causante, o parte interesada; no es necesario que esté firmado por él; b) que haga verosímil el contrato. Basta con que confluyan estos requisitos para hacer viable cualquier clase de prueba, inclusive testigos.

Sin embargo, debe quedar claro que el principio de prueba instrumental no es un medio probatorio de los contratos, por cuanto de él no resulta la verdad, sino únicamente la verosimilitud del hecho alegado. Es decir, es un comienzo de prueba que abre el acceso a todos los medios de prueba existentes, incluso la prueba de testigos (conf. CNCom., Sala C, 13/10/16, "T., H. L. y otros c/Z., J. M. y otros s/ordinario", E.D. t. 270, p. 535).

191. Instrumento privado que altera el contenido de un instrumento público

Las cláusulas de un contrato celebrado por instrumento público pueden ser alteradas por un instrumento privado, el llamado contradocumento, pero esa alteración solo tendrá efecto entre las partes y no podrá oponerse a terceros (art. 298). Es natural que así sea porque de lo contrario podría sorprenderse la buena fe del tercero que contratase sobre la base del instrumento público que se le exhibe y que ignora la alteración hecha privadamente.

Esta regla también debe aplicarse a los instrumentos públicos posteriores que modifican uno anterior: no tienen efectos contra terceros a menos que el contenido del segundo instrumento esté anotado marginalmente en el primero o que esté debidamente inscripto en el registro correspondiente.

192. Prueba contra el instrumento privado o público

¿Puede hacerse valer prueba testimonial contra un instrumento privado o público? En principio, la respuesta debe ser negativa, pues de lo contrario se crearía una intolerable incertidumbre en las relaciones jurídicas. Sin embargo, deberá tenerse presente cuál es el valor probatorio de tales instrumentos y la manera de cuestionarlos.

El instrumento público hace plena fe en cuanto: i) a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal, y ii) al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario (art. 296).

El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen (art. 319).

193. Prueba del pago

El pago puede probarse por cualquier medio, a menos que de la estipulación o de la ley resulte previsto el empleo de uno determinado, o revestido de ciertas formalidades (art. 895). Como regla, por lo tanto, no rige para la prueba del pago la limitación del artículo 1019, desde que no es un contrato.

Cuando el artículo 895 se refiere al pago, se está haciendo referencia al cumplimiento de toda obligación, sea de dar, sea de hacer, sea de no hacer.

En cuanto al pago (cumplimiento) de una obligación de hacer, o de no hacer, no cabe duda de que la prueba puede hacerse por cualquier medio.

Si se trata del cumplimiento de una obligación de dar, sea de sumas de dinero o de cosas, también la ley acepta todo medio de prueba. Sin embargo, lo usual es la entrega de recibo, y debe admitirse que si éste no existe, la prueba debe ser apreciada con criterio riguroso. Ello es así, pues la solución legal puede prestarse a reparos, porque no resulta congruente exigir la prueba instrumental para el acto constitutivo de la obligación y, a la vez, admitir todo género de prueba para acreditar la extinción de las obligaciones emergentes de dicho acto.

Por ello, debe señalarse que nuestros tribunales han aplicado con suma prudencia el principio de la libertad probatoria y que solo han prescindido del recibo cuando la prueba producida es inequívoca; realizando así una justicia sustancial, alejada de preocupaciones estrechamente formalistas.

194. Límites al valor probatorio del recibo

En el año 2000, se dictó la ley 25.345 (luego reformada por la ley 25.413 y el dec. 363/2002) que dispuso que *no surtirán efectos entre partes ni frente a terceros los pagos totales o parciales de sumas de dinero superiores a pesos mil, o su equivalente en moneda extranjera... que no fueran realizados mediante: 1. Depósitos en cuentas de entidades financieras. 2. Giros o transferencias bancarias. 3. Cheques o cheques cancelatorios. 4. Tarjetas de crédito, compra o débito. 5. Factura de crédito. 6. Otros procedimientos que expresamente autorice el Poder Ejecutivo Nacional. Quedan exceptuados los pagos efectuados a entidades financieras o aquellos que fueren realizados por ante un juez nacional o provincial en expedientes que por ante ellos tramitan* (art. 1º).

En síntesis, la ley dispuso que los pagos, superiores a mil pesos, hechos a través de medios no financieros o bancarios, carecerían de valor tanto entre las partes como respecto de terceros.

El objetivo perseguido es fiscal; esto es, se obliga a bancarizar la economía y, paralelamente, se dispone que todos los depósitos y extracciones bancarias —a excepción de ciertos supuestos específicamente determinados— deben tributar un impuesto equivalente al 0,6% del valor en juego (art. 1º, ley 25.413, ref. por ley 25.453).

Sin embargo, no resulta posible sostener que el pago de una suma superior a mil pesos, en efectivo, carece de valor, a pesar de haberse otorgado el recibo correspondiente. El pago, en estas condiciones, es válido y cancela la obligación existente; de lo contrario, se ampararía un claro supuesto de enriquecimiento ilícito del acreedor, reconociéndole el derecho a exigir nuevamente el pago, a pesar del recibo ya otorgado y desconociendo, por tanto, su propio acto anterior. El pago realizado mediante una vía no autorizada por la ley 25.345 solo faculta al Estado nacional a promover la

acción por cobro del impuesto no pagado; pero de ninguna manera, podrá afirmarse que el pago de la obligación principal carece de valor entre las partes y respecto de terceros por el hecho de no haberse usado la vía financiera o bancaria.

195. Modos de prueba

Ya hicimos referencia (nro. 186) al problema constitucional que se plantea cuando el Código Civil y Comercial regula la prueba. Ahora nos limitaremos a hacer un rápido repaso de los diferentes modos de prueba que los Códigos Procesales de nuestro país suelen prever.

a) Prueba documental

Esta prueba abarca todos los instrumentos, a los que nos hemos referido con anterioridad (nros. 188 y ss.).

b) Prueba confesional

La confesión es la prueba decisiva y plena; de ahí el adagio a confesión de parte relevo de prueba. Esta prueba abarca diferentes tipos de confesión. La confesión *judicial* es la forma típica; por lo general se la provoca, llamando a la parte contraria a absolver posiciones bajo juramento de decir verdad; pero puede también ser espontánea. La confesión *extrajudicial* tiene el mismo valor que la judicial siempre que se la acredite fehacientemente; pero no se admitirá la prueba testimonial de ella, salvo que hubiese principio de prueba por escrito (art. 425, Cód. Proc. Civ. y Com.).

c) Prueba testimonial

En las sociedades de cultura popular poco desarrollada, la prueba testimonial ha tenido siempre una importancia de primera línea. La extensión del analfabetismo hacía inaplicable la prueba escrita para los negocios ordinarios de la vida. De ahí el cumplimiento de formalidades rigurosas, como las que exigía el derecho romano destinadas a impresionar el recuerdo de los testigos.

Hoy, en cambio, se nota una marcada desconfianza por esta prueba. Los testigos suelen recordar mal los hechos, o pueden ser complacientes o falsos. Las personas que quieren vincularse entre sí por un contrato tienen a su disposición un medio de prueba cómodo y excelente que es el instrumento privado. Allí quedan asentados con claridad y sin posibilidad de confusión, los términos del contrato. Es lógico, pues, que por una razón de seguridad jurídica, la ley exija que los contratos que sea de uso instrumentar no puedan ser probados exclusivamente por testigos (art. 1019). Es esta una de las expresiones del neoformalismo, tendiente a clarificar y dar seguridad a los derechos de las partes y de terceros.

Pero se admitirá todo género de pruebas, inclusive la de testigos en las hipótesis del artículo 1020, es decir, si se trata de contratos formales probatorios y mediara imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad, o si existe principio de prueba instrumental o hubiere comienzo de ejecución.

d) Presunciones legales o judiciales

Las presunciones son indicios que permiten inferir, con un cierto grado de certeza, la verdad de un hecho o un contrato.

Las presunciones pueden ser *legales* o *judiciales*. Las primeras consisten en que la ley, dados ciertos hechos, infiere consecuencias también determinadas. Así, por ejemplo, se presume que, si se otorga un recibo por saldo de precio, quedan canceladas todas las deudas correspondientes a la obligación por la cual fue otorgado (art. 899, inc. a)); o, en la compraventa de cosas muebles, la factura no observada dentro de los diez días de recibida se presume aceptada en todo su contenido (art. 1145). Estas

presunciones pueden admitir prueba en contrario (presunciones *iuris tantum*), o no admitirla (presunciones *iuris et de iure*).

Las presunciones *judiciales* constituyen indicios que, apreciados libremente por el juez, forman su convencimiento de la verdad de un hecho o acto jurídico. Por lo general, no basta un solo indicio (a menos que concurra con otras pruebas); deben ser varios y coincidentes. Una vieja regla, tendiente a asegurar la seriedad del pronunciamiento, requiere que las presunciones sean *graves, precisas y concordantes*. Pero, en definitiva, el valor probatorio de las presunciones es cuestión que queda librado a la apreciación judicial.

Estrictamente, solo las presunciones judiciales merecen ser calificadas como medios de prueba; las llamadas presunciones legales no son sino reglas que invierten la carga de la prueba (presunciones *iuris tantum*) o que imputan a ciertos hechos determinadas consecuencias legales (presunciones *iuris et de iure*), sin admitir la prueba de que la realidad es distinta de como la supone la ley.

e) Otros modos de prueba

También pueden mencionarse otros modos de prueba. Entre ellos, el *reconocimiento judicial o inspección ocular*, es decir, el examen directo hecho por el juez de ciertos hechos o del lugar en que se desarrollaron; la prueba *pericial*, consistente en el dictamen de peritos o expertos en diferentes áreas (contable, agronómica, caligráfica, médica, ingenieril, informática, etc.); o la prueba de *informes*, que pueden dar instituciones públicas y privadas sobre cuestiones atinentes su actividad o funciones.

CAPÍTULO XI - EFECTOS DEL CONTRATO

196. Planteo general

El tema de los efectos del contrato abarca dos cuestiones diferentes. Por un lado, lo que podemos denominar las consecuencias propias del contrato; por el otro, las repercusiones de ese contrato en las personas.

Las consecuencias propias del contrato apuntan a dos temas centrales: la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato. Si bien gozamos de la libertad de contratar o no contratar, de elegir con quién contratar, y de configurar el contenido del contrato, es claro que una vez que lo hemos celebrado, quedamos obligados en sus términos, respetando, desde luego, los límites que la propia legislación puede imponer.

En cuanto a la repercusión del contrato, hay que poner de relieve que los efectos generados por el contrato y, en general, por todo acto jurídico, recaen sobre las partes intervinientes y sobre sus sucesores; incluso, se ha consagrado, como regla, que los contratos no producen efectos respecto de terceros. Sin embargo, hemos de ver que esta regla tiene limitaciones, pues los contratos pueden afectar a los terceros o repercutir en los intereses de los acreedores de las partes contratantes.

197. La fuerza obligatoria del contrato

Los contratos deben cumplirse, pero ¿por qué razón?

La fuerza obligatoria del contrato se ha fundado con diversos argumentos. En el derecho canónico se invocó la idea del orden moral, basada en que, quien no cumplía con la palabra empeñada, incurría en una mentira que violaba directamente uno de los diez mandamientos; existe, por tanto, una regla ética de conducta que impone el deber de conciencia de respetar la palabra empeñada. Más tarde, la Escuela de Derecho Natural hizo hincapié en la idea del pacto social, por el cual los contratos obligan a sus celebrantes en tanto existiría un convenio anterior y tácito, otorgado contemporáneamente a la constitución de la vida social, y por el cual los hombres se habrían obligado a ser fieles a sus promesas.

Para la Escuela Filosófica del Derecho el fundamento de la obligatoriedad de los contratos se encuentra en el hecho de que el hombre dicta su propia ley. Es el mismo hombre quien voluntariamente se somete a lo convenido; de alguna manera, se autocoacciona. En esta línea, Francesco MESSINEO (*Doctrina general del contrato*, Ejea, Buenos Aires, 1952, t. I, p. 52) ha afirmado que la obligatoriedad del contrato surge del hecho de que las partes han aceptado libremente su contenido, suscribiendo también la limitación de las respectivas voluntades que de él derivan, y surge además de la confianza suscitada por cada contratante en que el otro cumplirá con la promesa que ha hecho.

Las ideas expuestas procuran dar sustento a algo que resulta no solo evidente, sino fundamental: como principio general, el contrato celebrado debe ser cumplido. Y esta es también la idea del Código Civil y Comercial cuando dispone que *todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes* (art. 959).

El Código Civil de Vélez, con otras palabras, recogía la misma idea, al establecer que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma (art. 1197, Cód. Civil). Si bien hay una idea de asimilar los efectos del contrato a los efectos de la ley, la asimilación no era plena (como sí ocurre con su antecedente, el art. 1134 del Código Napoleón, que lisa y llanamente establece que el contrato es ley para las partes) porque ese someterse al contrato "como" a la ley misma, implica que existe un espacio en el que se introduce la regla moral, regla moral esta que —por un lado— obliga a respetar y cumplir la palabra empeñada, pero —por el otro— impide que puedan consagrarse situaciones de aprovechamiento —subjetivo (v.gr., la lesión) u objetivo (ej., teoría de la imprevisión)— de un contratante sobre otro.

Por último, cabe añadir que más allá de que la fuerza obligatoria de los contratos, afirmada en el artículo 959, encuentre su fundamento en el respeto de la voluntad de los contratantes, como hemos visto, también reconoce la importancia de las necesidades del tráfico. Es que los contratos constituyen el principal medio del que se valen los hombres para tejer entre ellos la urdimbre de sus relaciones jurídicas. Son, por consiguiente, un instrumento esencial para la vida económica y para la promoción de la riqueza; por todo ello es indispensable reconocerles fuerza jurídica. Media en la cuestión un interés de orden público.

198. La autonomía de la voluntad

Ha señalado Benjamín MOISÁ (*La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, nro. 13, Zavallía, Buenos Aires, 2005) que la autonomía de la voluntad es la cualidad de la voluntad en cuya virtud el hombre tiene la facultad de autodeterminarse y autorresponsabilizarse, conforme a los dictados de su conciencia, sin más límites que las idénticas y concurrentes facultades de otros hombres.

La autonomía de la voluntad se vincula estrechamente con la fuerza obligatoria del contrato, en tanto lo que se procura es que el contrato libremente pactado (esto es, que haya sido celebrado con pleno discernimiento, intención y libertad, art. 260, Cód. Civ. y Com.) obligue, sin más, a las partes. En otras palabras, el mero consentimiento contractual, prescindiendo de toda otra formalidad, obliga a los contrayentes, pues si bien las personas son libres de obligarse o no, una vez que se han obligado deben cumplir la obligación asumida o responder por su incumplimiento.

Durante el siglo XIX, el individualismo reinante exaltó la idea de la autonomía de la voluntad, consagrada en la fórmula del *laissez faire, laissez passer*. Ya la Declaración de los Derechos del Hombre, en el año 1789, disponía que todo aquello que no fuese objeto de prohibición estaba permitido (art. 5º). Había que dejar a los contratantes que celebraran sus contratos libremente, pues ellos mismos serían los mejores defensores de sus propios intereses y así se lograría un orden económico de equilibrio y crecimiento.

El Estado debía, entonces, limitarse a asegurar ese libre juego de la autonomía de la voluntad, en dos aspectos centrales de la libertad humana en el mundo de los contratos: las denominadas libertad de contratar y libertad contractual. La libertad de contratar apunta, por una parte, a la libertad que toda persona tiene de contratar o de no contratar y, por otra parte, a la libertad de elegir con quién contratar. La libertad contractual —también llamada libertad de configuración—, en cambio, se refiere a la libertad para fijar el contenido del contrato.

En este marco de amplia libertad, las únicas restricciones a la contratación venían de la mano de los principios de orden público y de las buenas costumbres, y en la limitación que impone la necesidad de que la contratación sea lícita y no afecte derechos de terceros. Era inadmisibles que la ley se inmiscuyera en la vida de los contratos y se proclamaba que los jueces carecían de toda facultad para morigerar o atenuar los efectos del contrato.

Sin embargo, ya entrado en el siglo XXI, resulta indudable que los ideales de libertad e igualdad pregonados por la Revolución Francesa se han demostrado falsos: no todos somos iguales ni todos somos libres para contratar; menos aún para discutir cada cláusula. O ¿puede sostenerse seriamente que existe plena libertad —por ejemplo— en un fiador que se ve obligado a garantizar un contrato por el que no obtiene beneficio alguno? ¿Existe tal libertad, acaso, cuando se celebra un contrato de apertura de cuenta corriente bancaria, en el que el peticionante solo tiene la posibilidad de firmar el contrato preimpreso que le presenta el banco o quedarse sin la ansiada cuenta corriente?

Es necesario dejar a un lado la utopía del contrato ideal para hacer jugar el contrato real, el que atiende a las diferencias. Hoy, a los históricos límites de la autonomía de la voluntad conformados por los principios de orden público y de las buenas costumbres, la necesaria licitud de la contratación y la no afectación de terceros, deben añadirse las normas imperativas, la regla moral, la buena fe contractual, el ejercicio regular de los derechos y la equidad (que no es sinónimo de equivalencia económica) de las prestaciones.

Por otra parte, es visible que existen contratos en donde las libertades configurativas de la autonomía de la voluntad tienden a desaparecer. Así, en los contratos de adhesión, la libertad contractual queda absolutamente conmovida, en tanto el contenido del contrato es configurado exclusivamente por el proponente, quedándole al adherente solo el derecho (la libertad) de contratar o no contratar. En otras ocasiones, la propia libertad de contratar parece desaparecer —es el caso de los denominados "contratos forzados"— en el que el sujeto está obligado a contratar, como ocurre con el contrato de seguro automotor obligatorio previsto en el artículo 68 de la ley 24.449.

Sin caer en excesos o abusos intervencionistas, que se han mostrado no solo inútiles sino —peor aún— contraproducentes (el más claro ejemplo de ello fueron las leyes de

prórroga de las locaciones inmobiliarias de mediados del siglo XX), parece claro que existe una necesidad de apuntalar la idea del contrato justo. Es por ello que se reconocen ciertos límites a la fuerza obligatoria de los contratos.

199. Atenuación a la fuerza obligatoria de los contratos

Hemos dicho que la fuerza obligatoria de los contratos no se funda solo en el respeto por la libertad y la voluntad individual, sino también en las exigencias del tráfico social. El interés social vitaliza los contratos, fecunda las manifestaciones de voluntad y, al propio tiempo, señala límites a la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, los contratos carecerán de fuerza obligatoria:

a) Si son contrarios a las leyes de carácter imperativo o indisponible. El Código Civil y Comercial ha profundizado esta prohibición al disponer que *el acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley*. Y añade que *en ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir* (art. 12). Con otras palabras, si las partes —amparándose en una norma permitida— procuran un resultado similar en su sustancia al que prohíbe una norma imperativa, el contrato quedará sometido a las reglas de la norma imperativa que se quiso eludir.

b) Si procuran dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público (art. 12).

c) Si son contrarios a la moral (art. 1004). De esta misma idea moral han surgido las siguientes limitaciones: 1) Carecen de fuerza obligatoria las cláusulas penales excesivas (art. 794). 2) Pueden modificarse las obligaciones contractuales cuando una alteración imprevisible y extraordinaria ha modificado sustancialmente los presupuestos económicos del contrato (teoría de la imprevisión, art. 1091). 3) Puede anularse o modificarse el contrato celebrado con vicio de lesión (art. 332), esto es, cuando una de las partes se encuentra bajo la presión de apremiantes necesidades, que son conocidas y explotadas por la otra, y que la llevan a celebrar un contrato gravoso o inconveniente para su patrimonio.

Asimismo, no tendrán validez aquellas cláusulas contractuales que importen un abuso del derecho. El artículo 10 dispone que *la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*. Y se añade algo esencial: *el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*. Por lo tanto, si se trata de una cláusula contractual abusiva, el juez debe dejarla sin efecto y, claro está, debe ordenar reparar el daño causado.

El artículo 11 del Código Civil y Comercial ha recogido otro límite a la fuerza obligatoria del contrato: el llamado abuso de posición dominante. Allí se dispone que lo establecido en materia de buena fe y abuso del derecho es aplicable *cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales*. Para establecer el campo de aplicación de esta norma, habrá que i) delimitar cuál es el mercado relevante, considerando tanto el producto como el área geográfica de que se trate; ii) determinar si efectivamente hay una posición dominante en el mercado; iii) verificar si ha habido una práctica abusiva por parte de quien ocupa la posición de dominio, y iv) comprobar si existe un perjuicio para el interés económico general. Un contrato celebrado en tales condiciones debe ser anulado.

Una novedad que trae el Código Civil y Comercial es el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva (ya consagrados en el art. 43 de la CN) junto con los derechos individuales. Dispone el artículo 14 que *la ley no ampara el ejercicio abusivo*

de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. Los derechos de incidencia colectiva (que justamente incluyen el derecho al ambiente sano) consisten en derechos pertenecientes a un grupo indeterminado de personas y concernientes a intereses indivisibles.

Finalmente, debe señalarse que, como regla, los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos. Sin embargo, se prevén dos excepciones. La primera, que una de las partes lo pida, y siempre que lo autorice la ley; la segunda, actuando de oficio, si la cláusula afecta, de modo manifiesto, el orden público (art. 960). Hemos de señalar, sin embargo, que las dificultades que existen para definir el orden público, cuyo concepto se ha mantenido en estado brumoso, al decir de Manuel ARÁUZ CASTEX (*Derecho civil. Parte general*, Empresa Técnico Jurídica, Buenos Aires, 1965 t. I, nro. 306,), hacen prever que la intervención judicial de oficio no será acotada.

200. La buena fe en los contratos

No es posible cerrar el desarrollo de la fuerza obligatoria de los contratos sin referirnos a su principio cardinal: *los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe* (art. 961). Añade esta norma que los contratos *obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*.

Disponía el art. 1198 del Código Civil, luego de la reforma de la ley 17.711, que los contratos debían celebrarse, interpretarse y ejecutarse de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Si bien este concepto no ha sido incluido de manera expresa en el Código Civil y Comercial, resulta indudable su aplicación porque ese obrar cuidadoso es una característica constitutiva de la buena fe.

Detengámonos brevemente en el concepto de buena fe.

Siguiendo la terminología usual, debe distinguirse entre la buena fe-creencia y la buena fe-lealtad. La primera consiste en un estado de ánimo que confía en la apariencia de un título. Así, por ejemplo, son válidos los actos de administración y de disposición a título oneroso de los bienes de la sucesión celebrados por el heredero aparente (quien, en verdad, no es heredero) respecto de los terceros a quienes ha transmitido el derecho.

La buena fe-lealtad es el deber de obrar en las relaciones contractuales con probidad, *como lo haría una persona honorable y correcta*, obrando con cuidado y previsión. Esta buena fe obliga a ser claro en las ofertas y tratativas contractuales, de modo de no inducir a error a la otra parte; a interpretar el contrato honorablemente; a abstenerse de todo acto que dificulte el cumplimiento por la otra parte o que implique terminar intempestivamente las relaciones contractuales; etcétera.

§ 2.— Partes contratantes y otros sujetos afectados

201. Las partes contratantes

Las partes son aquellos sujetos que, por sí o por representante (legal o voluntario), se han puesto de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, concurriendo a la formación y consentimiento del contrato; son quienes se han obligado a cumplir determinadas prestaciones y han adquirido ciertos derechos.

Resulta conveniente señalar que parte no es lo mismo que *signatario* del contrato. En efecto, el signatario puede ser el otorgante (y ello ocurre siempre que éste actúe directamente y en ejercicio de su propio derecho) pero puede ser también un representante suyo (como ya hemos dicho en el párrafo precedente), que suscribe el acto sin ser tocado por sus efectos jurídicos.

El Código Civil y Comercial ha creído conveniente aclarar que es parte del contrato: i) quien lo otorga a nombre propio, incluso si lo hace en interés ajeno (que es el caso del mandato sin representación); ii) quien es representado por un otorgante que actúa en su nombre e interés (los supuestos de representación voluntaria y legal), y iii) quien manifiesta la voluntad contractual, aunque esta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación (el caso del nuncio o mensajero) (art. 1023).

Con lo dicho, queda de relieve la importancia de "las partes", que —como regla general— resultan esenciales para la formación del contrato. Al hablar de la esencialidad de las partes, no estamos apuntando a que el contrato tenga que ser celebrado por personas (físicas o jurídicas), lo que es obvio, sino a la importancia intrínseca del sujeto que contrata. En otras palabras, no es lo mismo contratar con Andrés o con María, pues su cocontratante ha tenido en cuenta al momento de celebrar el contrato su solvencia económica y moral, su buen nombre, etcétera.

Por excepción, existen contratos en los que el valor de la persona contratante es menor, como ocurre en los contratos que tienen por objeto cosas fungibles o generan obligaciones de hacer fungibles, en tanto existe la posibilidad de obtener lo querido por otras vías (por ejemplo, a través de la ejecución de la obligación por un tercero, arts. 730, inc. b], y 776). Pero, aun en este caso, la solvencia del deudor no es intrascendente, pues mantiene su importancia al momento de resarcir el daño ocasionado.

202. Los herederos o sucesores universales

El heredero o sucesor universal es aquel a quien pasa todo o una parte indivisa del patrimonio de otra persona a raíz de la muerte de esta última (art. 2278). Dispone este artículo que *la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento*, lo que implica que los efectos de los contratos que han tenido al causante como parte, se transmiten a los sucesores universales.

En la misma línea, el artículo 1024 establece que los efectos del contrato se extienden activa y pasivamente a los sucesores universales, a menos que las obligaciones que el contrato genere sean inherentes a la persona, o que su transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación o esté prohibida por una cláusula del contrato o de la ley.

Todo lo dicho responde al principio establecido por el artículo 2280, que dispone que el heredero, desde la muerte del causante, tiene todos los derechos y acciones de éste, de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión. Y, en principio, responde por las deudas del causante con los bienes que recibe, o con su valor en caso de haber sido enajenados.

Como se advierte, el sucesor universal ocupa el lugar del causante. Afirmar esto importa sostener que el sucesor universal es dueño de las cosas que pertenecían al causante, carga con las obligaciones que pesan sobre las cosas recibidas y se constituye en parte de los negocios jurídicos celebrados por el causante.

Esta regla, nos apuramos en señalarlo, no es aplicable en todos los casos. La primera excepción está informada por el propio artículo 2280, en cuanto impide su aplicación cuando se tratase de derechos no transmisibles por sucesión. ¿Y cuáles son estos derechos intransmisibles por sucesión? Los que respondieran a obligaciones *intuitu personae*, o que la transmisión fuere incompatible con la naturaleza de la obligación, o estuvieran prohibidas por la ley o por el mismo acto (art. 1024).

Son obligaciones inherentes a la persona o *intuitu personae* aquellas en donde se tienen particularmente en cuenta habilidades propias del deudor, como es el caso de la pintura encargada a un artista. El supuesto de la transmisión que fuere incompatible con la naturaleza de la obligación se da en el caso del contrato de constitución de usufructo, cuyos efectos no pueden transmitirse a los herederos porque el derecho a usufructuar termina justamente con la muerte del usufructuario (arts. 2152, inc. a], y 2140). Un típico ejemplo de un derecho intransmisible por estar prohibido por la ley es el nacido de un pacto de preferencia convenido en una compraventa, el cual no puede pasar a los herederos del vendedor, pues así lo dispone el artículo 1165. Obvio es señalar, finalmente, que cuando la ley menciona la transmisión prohibida por el mismo acto está haciendo referencia al pacto contractual por el cual las propias partes impiden que los derechos y obligaciones allí nacidos se transmitan a los herederos.

A los casos señalados, cabe añadir otros dos supuestos de derechos intransmisibles por vía sucesoria. Ellos son los derechos nacidos de las relaciones de familia (como los derivados de la llamada responsabilidad parental) y los llamados derechos personalísimos (como, por ejemplo, el derecho al honor o a la vida), aunque en este último caso pueden transmitirse algunas consecuencias patrimoniales generadas por la agresión a ese derecho tutelado.

Además, siguiendo la idea de la denominada aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario (art. 3363, Cód. Civil, ref. por ley 17.711), el Código Civil y Comercial expresamente dispone, como principio que admite algunas excepciones (véase art. 2321), que los herederos responden por las deudas del causante con los bienes que reciben o con su valor en caso de haberlos enajenado (art. 2280, párr. final), lo que permite al heredero separar su propio patrimonio del heredado.

Finalmente, debe señalarse que los sucesores universales (que, vale resaltar, nunca pueden serlo por acto entre vivos) ocupan el lugar del causante (otorgante del contrato) desde el mismo momento del fallecimiento. Sin embargo, a los efectos de la actuación judicial tiene importancia decisiva la llamada *investidura de la calidad de heredero*. Esta investidura la tienen los herederos forzosos (ascendientes, descendientes y cónyuge) *ipso iure*, desde el mismo momento del fallecimiento (art. 2337); en cambio los otros herederos la tienen: i) si son colaterales, por la declaratoria de herederos dictada por el juez, la cual les reconoce el carácter de tales siempre que justifiquen el título hereditario invocado (art. 2338, párr. 1º); ii) si son designados por *testamento*, por el auto judicial que lo aprueba en cuanto a sus formas (art. 2338, párr. 2º). A partir de que el heredero ha sido investido como tal, podrá ejercer las acciones transmisibles que correspondían al causante. Por tanto, mientras no ostente tal investidura, el heredero no podrá demandar a terceros ni ser demandado por estos. Sin embargo, debe reconocerse que la jurisprudencia ha admitido que los terceros pueden demandar a los sucesores aun antes de que estos tengan la investidura de herederos (llamada posesión hereditaria mientras rigió el Cód. Civil de Vélez), porque de lo contrario a estos les bastaría con dilatar el trámite del sucesorio y el auto de declaratoria o de aprobación del testamento, para burlar los derechos de los acreedores. De todos modos, estos son problemas cuyo estudio corresponde al derecho sucesorio.

203. Terceros: concepto

Dentro de un concepto amplio, puede decirse que tercero es toda persona que no es parte en el acto.

A menos que la ley disponga lo contrario, los contratos no tienen efecto respecto de los terceros, porque justamente estos no han celebrado el contrato (art. 1021). Por ello, el artículo 1022 establece que *el contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal*.

Las disposiciones legales de excepción, a las que se ha hecho referencia, permiten diferenciar supuestos distintos de terceros. Por un lado, el llamado *tercero interesado*, que incluye a los herederos de cuota, los sucesores a título singular y los acreedores quirografarios, y, por otro lado, el *tercero no interesado* o tercero propiamente dicho, también llamado *penitus extranei*. Los iremos viendo a continuación.

204. Los herederos de cuota

A diferencia del sucesor universal, que tiene vocación a todos los bienes del causante, el heredero de cuota solo recibe una cuota de tales bienes y expresamente carece de vocación a todos ellos.

Cierto es que el artículo 2488 consagra una excepción: que se entienda que el testador ha querido conferirles ese llamado al todo para el supuesto de que no puedan cumplirse las demás disposiciones testamentarias. Sin embargo, nos parece claro que esta excepción contempla un supuesto singular: que el causante haya atribuido a este heredero un doble carácter; en primer lugar, lo ha instituido como heredero de cuota; en segundo lugar, y solo para el caso de que no puedan cumplirse las demás disposiciones hereditarias, lo instituye como heredero de remanente.

La misma norma plantea otra excepción, sin duda más compleja. Se establece que si el testador ha instituido varios herederos de cuota, y la suma de las fracciones no cubre todo el patrimonio del causante, el remanente de los bienes corresponde a los herederos legítimos; *pero si no hay herederos legítimos, el remanente corresponde a los herederos de cuota, en proporción a sus respectivas cuotas*. En este último caso, el heredero de cuota se confunde con el heredero universal, porque es claro que tiene una vocación al todo. Estamos ante un supuesto excepcional, que se da solo si se cumplen todos los recaudos que la norma establece.

205. Los sucesores singulares

Debe diferenciarse claramente al sucesor singular (también llamado a título particular) del sucesor universal. Mientras el sucesor universal ocupa de manera integral el lugar del causante; el sucesor singular solo lo ocupa cuando se trata de precisos derechos y obligaciones, pues, justamente, lo sucede respecto de esos determinados derechos y obligaciones.

La diferencia es esencial: mientras el sucesor universal responde con todo el patrimonio recibido y, en algunos casos, incluso con su propio patrimonio (cuando incurra en las conductas sancionadas por el art. 2321) por las deudas contraídas por el causante, pues ocupa el lugar de éste, el sucesor particular solo está obligado con el bien transmitido (art. 1937). En otras palabras, la cosa es el límite de la responsabilidad del sucesor singular. El bien es el único vínculo entre las partes; en lo demás, las partes intervinientes y sus patrimonios permanecen independientes.

Es sucesor singular quien adquiere una cosa mueble o inmueble por el título que sea, lo que puede ocurrir por un acto entre vivos (por ejemplo, un contrato) o por un acto de última voluntad (v.gr., un legado testamentario). El adquirente goza todos los derechos que sobre esa cosa tenía el enajenante, pero —a la vez— debe respetar las condiciones que la afectaban. Veamos algunos ejemplos.

a) El adquirente goza de la llamada garantía de evicción, por la cual el enajenante responde por las turbaciones de derecho que aquél sufra, aun cuando la causa de esa turbación sea anterior a su propia adquisición (arts. 1033, 1034 y 1042) e, incluso, por cuestiones vinculadas al título de propiedad anteriores al momento en que se le transmitió la cosa.

b) El adquirente debe respetar los derechos que gravan la cosa adquirida (art. 1937). Así, i) debe soportar las cargas reales (v.gr., hipotecas o prendas) que gravan el bien y que hubieran sido constituidas con anterioridad a su adquisición; ii) debe pagar las

llamadas obligaciones *propter rem*, tal sería el caso de las expensas comunes que se adeudasen en un inmueble sometido a propiedad horizontal con anterioridad a la fecha de la transmisión o las deudas de medianería que proviniesen del uso del muro medianero; iii) debe respetar los derechos reales (usufructo, uso o habitación) constituidos con anterioridad a su adquisición, etc. Pero, a la vez, gozará de derechos añadidos al título original o accesorios al objeto adquirido, como sería el caso de las servidumbres activas que lo favorecen (art. 2165).

c) El adquirente debe respetar ciertos derechos personales preexistentes. Es lo que ocurre con la venta de una propiedad arrendada (art. 1189), pues el nuevo dueño debe tolerar —salvo pacto en contrario— las condiciones pactadas originalmente en el contrato de locación, pero, a la vez, tendrá derecho para exigirle al locatario el pago del canon.

Finalmente, hay otros casos en que la obligación o el derecho no están ligados ni son accesorios de la cosa transmitida y, sin embargo, el contrato produce efecto respecto de los sucesores. Así ocurre: a) En la cesión de derechos, que obliga al deudor a pagar una obligación al cesionario a pesar de que no contrató con él (art. 1620). b) En el pago con subrogación, en el cual quien hace el pago pasa a ocupar el lugar del acreedor y puede accionar contra quien no ha contratado con él (art. 918). c) En el supuesto de legado testamentario, que obliga al legatario a responder frente a terceros por las obligaciones del causante hasta el límite del legado (art. 2319).

206. Los acreedores

El acreedor de una de las partes del acto jurídico no ocupa el lugar de esta. En otras palabras, las partes siguen siendo ellas y tienen libertad para negociar acuerdos y celebrar contratos; incluso, al acreedor de una de ellas no se le puede reclamar nada vinculado con eventuales incumplimientos de su deudor, pues es ajeno al acto celebrado.

Sin embargo, está claro que al acreedor le importa la conducta de su deudor. Adviértase que el patrimonio de éste integra la garantía común de los acreedores y, por lo tanto, será sobre este patrimonio donde podrá cobrarse lo que se le debe. Por ello, todo ingreso o egreso de bienes repercute económicamente sobre el crédito y genera mayores o menores posibilidades de hacerlo efectivo.

Ello lleva necesariamente a procurar un delicado equilibrio entre dos situaciones: por un lado, la libertad del deudor para poder seguir concretando negocios sin ser controlado por su acreedor, para continuar administrando y explotando sus bienes; y, por el otro, el derecho del acreedor a proteger el patrimonio de su deudor para asegurar el cobro de su crédito. Los conflictos que puedan plantearse, considerando lo expuesto precedentemente, deberán resolverse atendiendo a la buena o mala fe del deudor. Mientras actúe de buena fe, el acreedor no puede controlar su actividad; si hay mala fe, el acreedor tiene derecho a intervenir para preservar la garantía de su crédito.

La ley le reconoce al acreedor diferentes derechos. En efecto:

a) Puede pedir todo tipo de medidas precautorias en garantía de su crédito.

b) Puede iniciar las demandas llamadas de integración de patrimonio, tales como las acciones de simulación, subrogatoria y de declaración de inoponibilidad (también llamada revocatoria o pauliana) que, a grandes rasgos, le permiten reclamar que le sean inoponibles los negocios jurídicos que hayan provocado o agravado la insolvencia del deudor.

c) Puede ejecutar al deudor ante su incumplimiento.

d) En ciertos casos, puede ejercer la acción directa; esto es, la posibilidad de que el acreedor perciba de un tercero lo que éste le adeuda a su deudor. Es el caso del locador que tiene derecho a demandar directamente al sublocatario por lo que éste le adeude

en concepto de alquileres al locatario-sublocador (art. 1216). Del ejemplo se desprende que son condiciones de su ejercicio, la existencia de un crédito exigible, una deuda correlativa y que la deuda del tercero sea disponible y homogénea con la que tiene su propio deudor.

207. Los terceros (*penitus extranei*)

Hemos dicho anteriormente que el contrato tiene efectos entre las partes contratantes, pero no los tiene respecto de terceros, a menos que la ley prevea alguna excepción (art. 1021).

Es necesario interpretar esta disposición en sus justos términos.

Ante todo, la norma mencionada no impide a los terceros que puedan invocar la existencia del contrato, o alegar respecto de las obligaciones engendradas o su incumplimiento. Por otro lado, no tienen derecho a desconocer los vínculos contractuales, a pretender ignorarlos y, menos aún, a interferir en el derecho de crédito.

Por ello, la norma apunta a dejar en claro que lo que el tercero no puede hacer es invocar el contrato que no ha celebrado para aducir derechos contra los propios contratantes, ni puede dañar injustamente los derechos que nacen de ese contrato, con fundamento en la regla *alterum non laedere* (art. 43, CN; art. 1737).

Por otra parte, es importante establecer que el contrato no puede perjudicar a los terceros, ni imponerles obligaciones. Por ello, es válido afirmar que el contrato es oponible a los terceros. Más aún, en ciertos casos los afecta, como hemos de ver seguidamente.

208. a) Contrato o estipulación a favor de terceros

El contrato a favor de un tercero importa la existencia de un acuerdo mediante el cual una de las partes contratantes (llamada estipulante), conviene con la otra (denominada promitente) que la obligación asumida por esta última no sea cumplida con aquél sino con un tercero (el beneficiario). El ejemplo más común de esta figura es el contrato de seguro de vida, en donde la indemnización no es pagada por la aseguradora a quien ha celebrado el contrato (y abonado las consiguientes primas) ni a sus herederos, sino a la persona indicada como beneficiario por el tomador del seguro. Otros ejemplos son la renta vitalicia pactada a favor de un tercero, o la donación con cargo a favor de una persona que no es el donante.

Es importante destacar que el estipulante debe actuar en nombre propio. Es que si actuara en nombre del tercero estaría obrando como su representante y, consiguientemente, la parte contratante sería el propio tercero representado.

Además, debe señalarse que no es necesario que el tercero esté perfectamente determinado en el contrato celebrado. En efecto, la estipulación a favor de otro admite que el tercero beneficiario sea determinable (art. 1027), esto es, que se lo pueda determinar en el momento de hacerse efectivo el beneficio, de acuerdo con las pautas fijadas en el contrato. Así, por ejemplo, en un concurso literario, puede establecerse que el ganador obtendrá un premio consistente en una suma de dinero; está claro que al momento de instituirse el premio, el tercero beneficiario no ha sido determinado, pero están dadas las pautas para determinarlo: será el que realice el mejor trabajo y gane el concurso.

Es factible, también, que el beneficiario designado sea una persona jurídica futura, lo que puede ocurrir con la constitución de una fundación, cuando el beneficio se hace con el fin de dotarle un patrimonio que permita fundarla y obtener la autorización de la autoridad competente (arts. 194, 197 y 198).

También debe tenerse presente que el beneficio puede ser otorgado al tercero en forma total o parcial. En este último caso, pueden ser varios los beneficiarios, y entre ellos puede estar el propio estipulante.

Es muy importante destacar que la aceptación no convierte al tercero en parte. Tanto es así, que el único derecho que tiene es el de exigir el cumplimiento de la obligación (pudiendo ejercer todos los medios compulsivos que gozan los acreedores), pero nunca podrá pedir la resolución contractual. Además, el tercero jamás puede estar obligado a cumplir prestación alguna.

Sentadas estas cuestiones generales, debe afirmarse que en todo contrato que contiene una estipulación en favor de un tercero, surgen tres relaciones:

a) Una relación establecida entre los dos otorgantes del contrato, el estipulante y el promitente. Es la llamada relación de *cobertura*, la cual está sujeta a los principios generales de los contratos. De tal modo, ambas partes: a) pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones asumidas (sin que obste a ello la circunstancia de que el beneficiario haya aceptado el beneficio), b) pueden demandar la reparación de los daños que el incumplimiento de la contraria pudiera haberles ocasionado, c) pueden oponer la excepción de incumplimiento contractual, d) pueden plantear la nulidad del contrato. También tienen el derecho a resolver el contrato en caso de incumplimiento; sin embargo, si es el estipulante quien acciona, deberán resguardarse los derechos del beneficiario (art. 1028, inc. b)).

Si el tercero rechaza el beneficio, o el estipulante lo revocó (cuando ello sea posible), este último tiene derecho a exigir al promitente que le pague a él (art. 1028, inc. a)), a menos que otra cosa resulte de la naturaleza del contrato o de la voluntad de las partes. Tampoco puede vedarse al estipulante, en los casos referidos precedentemente, la facultad de designar otro beneficiario. Finalmente, cabe señalar que la revocación del beneficio no importa, de manera alguna, alterar el resto del contrato celebrado, el que se mantiene en toda su extensión.

b) Una relación establecida entre el estipulante y el beneficiario. Es la llamada relación de *valuta*, la que puede tener distintas causas jurídicas. Ordinariamente se origina en el deseo del estipulante de favorecer al tercero con una liberalidad; pero puede también tener una causa distinta (por ej., el pago del deber de alimentos que pesa sobre el estipulante). En este último caso, la falta de causa autoriza al estipulante a dejar sin efecto el beneficio al tercero, aun después de que éste lo hubiera aceptado, e, incluso, si ya lo hubiera recibido; pero, claro está, el promitente es ajeno a dicha relación y no puede fundar su negativa a cumplir su obligación, en la falta de causa de la relación de *valuta*. Un ejemplo aclara estas ideas. Supongamos que se ha pactado una renta vitalicia en favor de un tercero en razón de que el estipulante (que entregó el capital al promitente para que éste pagara la renta) se propone cumplir con la obligación alimentaria que tiene respecto del beneficiario. Luego resulta que el estipulante no tiene tal obligación alimentaria (sea porque no existía el parentesco o porque el beneficiario alimentado tenía fortuna oculta); el estipulante tiene derecho a hacer cesar el beneficio y exigir que la renta le sea pagada a él y no al tercero, pero el promitente no tiene derecho a negarse a pagar la renta al beneficiario (mientras el estipulante no se lo exija) so color de que en la relación de *valuta* la obligación carecía de causa.

Debe señalarse que la facultad del tercero beneficiario de aceptar la estipulación y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmite a sus herederos, a menos que se haya pactado expresamente la transmisión (art. 1027). Por otra parte, no hay inconveniente alguno en que la facultad del beneficiario de aceptar la estipulación se ejerza con posterioridad a la muerte del estipulante.

Hemos dicho ya, finalmente, que el estipulante puede revocar la estipulación. Tal facultad se extiende hasta el momento de la aceptación por el tercero beneficiario (art. 1027); después deviene irrevocable. Pero creemos que si se trata de un beneficio a recibirse después de la muerte del estipulante (como ocurre en el seguro de vida), éste puede revocarlo en cualquier momento, aun después de la aceptación del beneficiario, pues deben aplicarse por analogía los principios del derecho sucesorio. Por otra parte, si bien la regla es que el estipulante puede revocar el beneficio hasta el

momento en que reciba la aceptación del beneficiario, expresamente se prevé que será necesario contar con la conformidad del promitente, en los casos en que éste tenga interés en que el beneficio sea mantenido (art. 1027).

c) Una relación directa entre el promitente y el tercero beneficiario. El tercero tiene acción directa contra el promitente para obtener el cumplimiento de su obligación (art. 1027). De la circunstancia de que la relación entre ellos sea directa surgen importantes consecuencias: 1) la quiebra del estipulante no afecta al beneficiario y los acreedores de aquél no podrían pretender derecho sobre la prestación adeudada por el promitente; 2) en caso de muerte del estipulante, el beneficio es adquirido por el tercero por derecho propio y no a título de herencia o legado.

El derecho del tercero a exigir el cumplimiento de la prestación debida importa, a su vez, conferirle la facultad de promover las acciones que le permitan proteger su crédito, exigir la ejecución forzosa de la prestación y reclamar los daños que le pueda causar el incumplimiento o la demora en cumplir. Por su parte, el promitente podrá consignar la prestación debida si el tercero rechaza injustificadamente el ofrecimiento de pago.

Asimismo, debemos tener presente que el promitente puede oponer al tercero todas las excepciones que tiene contra el estipulante, derivadas de la relación de cobertura, y también todas las excepciones que tuviera personalmente contra el tercero, fundadas en otras relaciones (art. 1028).

Más allá del texto legal, y siguiendo lo recomendado por VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, no parece posible que el promitente pueda oponer al tercero la excepción de compensación que pudiera tener contra el estipulante, fundada en el propio acto jurídico celebrado.

Es que, considerando que el tercero no es su deudor, resulta irrazonable que pueda perder un derecho propio por una deuda que no es suya. En cambio, si el tercero fuera deudor del promitente por otra causa, este último podrá oponer la compensación.

209. b) El contrato a nombre del tercero

De acuerdo con lo que establece el artículo 1025, nadie puede contratar a nombre de un tercero sin tener por ley su representación; salvo, claro está, que el tercero ratifique el contrato expresamente, o de manera tácita, ejecutando la obligación. Es una aplicación concreta del supuesto de ratificación ante el defecto de representación (arts. 369 y ss.).

Los contratos suscriptos sin representación legal o contractual son ineficaces (art. 1025) y no obligan, ni siquiera, a quien invocó una representación que no tenía. Ello, sin perjuicio de la obligación de indemnizar el daño causado al tercero con quien contrató, si éste ignoraba, sin su culpa, que no existían poderes suficientes (art. 376).

La ineficacia consagrada por el artículo 1025 no es, sin embargo, tan absoluta como parecería desprenderse de sus términos. Es que la ley protege al tercero de buena fe en los casos de *representación aparente*.

Dispone el artículo 367 que *cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente. A tal efecto se presume que: a. quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste; b. los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan; c. los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.*

210. c) El contrato a cargo del tercero o promesa del hecho del tercero

Existe la posibilidad de que se celebre un contrato en donde el cumplimiento quede a cargo de un tercero.

El Código Civil y Comercial ha diferenciado dos supuestos, según se trate de la promesa del hecho de un tercero o la entrega de un bien que pertenece a un tercero (arts. 1008 y 1026). Está claro que en ningún caso es posible exigir al tercero el cumplimiento de una obligación que no asumió (art. 1021), pero, si cumple, el cumplimiento será válido y tendrá todos los efectos que tiene el cumplimiento de una obligación contractual.

¿Qué ocurre si el tercero se niega a prestar el servicio o a entregar el bien? En este caso, parece lógico que exista una responsabilidad en cabeza de quien hizo la promesa, aunque deben diferenciarse distintas situaciones:

i) El que promete la entrega de un bien ajeno y no hubiese garantizado el éxito de la promesa, solo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice; de modo que solo si incumpliera culposamente esa obligación de medios deberá reparar los daños causados. En cambio, si hubiera garantizado la promesa y ella no se produce, siempre debe indemnizar los daños provocados (art. 1008).

La cuestión parece clara: quien ha comprometido la entrega de un bien que pertenece a un tercero puede haber asumido dos posturas, sea garantizar el éxito de la promesa, esto es, su entrega efectiva, sea solo prometer emplear los medios necesarios para que el acreedor reciba el bien. En este último caso solo existe una obligación de medios y solamente si se hubiere incumplido esa obligación deberá responder, pues queda claro que en ningún momento garantizó que el bien iba a ser entregado. En cambio, en el otro supuesto ha garantizado el éxito de la promesa, su entrega; su obligación ya no es de medios sino de resultado, y si el resultado prometido no se alcanza, debe indemnizar los daños causados.

ii) *Quien promete el hecho de un tercero queda obligado a hacer lo razonablemente necesario para que el tercero acepte la promesa. Pero si ha garantizado que la promesa sea aceptada, queda obligado a obtenerla y responde personalmente en caso de negativa* (art. 1026). Como se ve, se ha planteado una solución análoga a la dada en el caso de la promesa de bienes ajenos. Sin embargo, entendemos que cabe establecer una tercera posibilidad: la de que se haya garantizado que el tercero efectivamente realice el hecho prometido. En este caso, estaremos ante una obligación de resultado que solo quedará satisfecha con la efectiva prestación del servicio, y si ello no ocurre, deberá indemnizar el daño causado.

211. d) Contrato para persona a designar

Dispone el primer párrafo del artículo 1029 que *cualquier parte puede reservarse la facultad de designar ulteriormente a un tercero para que asuma su posición contractual, excepto si el contrato no puede ser celebrado por medio de representante, o la determinación de los sujetos es indispensable.*

La norma regula el contrato para persona a designar, también llamado contrato en comisión, esto es, aquel contrato por el cual una de las partes manifiesta que, si bien celebra el contrato a nombre propio, se propone transferir a un tercero los derechos y obligaciones derivadas del contrato.

Es esta una práctica, usada con cierta frecuencia, en especial en la compraventa de inmuebles, con el fin, o bien, de dejar oculto el nombre del verdadero comprador, que por cualquier motivo no quiere aparecer como tal, o bien, de gozar de una amplia libertad para transferir los derechos y obligaciones emergentes del contrato, para lo cual se cuenta con el consentimiento anticipado del vendedor. En este último caso, esta cláusula envuelve un propósito de especulación: el comprador que ha firmado el boleto de compraventa espera transferir el boleto antes de la escritura, obteniendo una ganancia que quedará oculta.

No estamos ante un supuesto de mandato sin representación. En efecto, en este caso, el mandatario no puede luego desligarse de sus obligaciones; en tanto que en el contrato en comisión, el comisionista (es decir, quien se ha reservado la facultad de designar a otra persona para ocupar su lugar) queda desligado de toda obligación desde el momento en que revela el nombre de la persona para quien ha contratado. Y en el caso tan frecuente de que el comisionista actúe sin orden de tercero y con el propósito de negociar la transferencia del contrato, no hay semejanza posible con el mandato.

Nuestra ley no obliga a la parte contratante a revelar el nombre de la persona finalmente designada para ocupar su lugar. Esta obligación recae directamente en esta última. En efecto, se dispone que la asunción de la posición contractual por el tercero debe ser comunicada a la parte que no hizo la reserva, y sus efectos se retrotraen a la fecha en que se celebró el contrato. Esta comunicación debe revestir la misma forma que el contrato, y ser hecha dentro del plazo que se haya estipulado o, si nada se ha pactado, dentro de los quince días contados desde su celebración (art. 1029, párr. 2º).

Con lo dicho hasta acá, puede afirmarse que para que esta cláusula pueda hacerse valer y produzca todos sus efectos es preciso:

a) *Que haya sido pactada en el contrato.* Es que esta cláusula importa una autorización anticipada dada por quien no se ha reservado la facultad de designar a otra persona, para que la otra transfiera todos los derechos y obligaciones emergentes del contrato, quedando esta última desobligada; hay, pues, una cesión de la posición contractual, que no puede hacerse sin el consentimiento del cedido (art. 1636).

b) *Que la transferencia se haya hecho antes del plazo fijado en el contrato o, si nada se ha establecido, en el plazo de quince días, contados desde la fecha de la celebración del contrato.*

c) *Que la comunicación que debe hacerse al contratante que no se ha reservado la facultad de designar otra persona sea hecha con la misma formalidad que la exigida en el contrato celebrado.*

d) *Que no se trate de un contrato que no pueda ser celebrado por medio de representante.*

e) *Que no se trate de un contrato en el que la determinación de los sujetos sea indispensable.*

Los principales efectos del contrato para persona a designar son los señalados a continuación:

i) Quien se ha reservado la facultad de designar ulteriormente un tercero para que asuma su posición contractual queda autorizado a transferir los derechos y obligaciones del contrato celebrado; hecha esa transferencia, queda desobligado respecto de su cocontratante.

ii) Si quien se ha reservado la facultad de designar ulteriormente un tercero para que asuma su posición contractual no transfiere los derechos en término, queda como obligado personal. Es que *mientras no haya una aceptación del tercero, el contrato produce efectos entre las partes* (art. 1029, párr. 3º)

iii) La transferencia de la calidad de contratante en favor de un tercero no importa un nuevo contrato, sino el cumplimiento de la última etapa de un solo negocio jurídico; en consecuencia, no hay dos contratos, sino un solo acto, lo que se revela particularmente importante respecto de los efectos impositivos.

212. e) Contrato por cuenta de quien corresponda

El artículo 1030 establece que *el contrato celebrado por cuenta de quien corresponda queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva*. Y añade, que *el tercero asume la posición contractual cuando se produce el hecho que lo determina como beneficiario del contrato*.

Es el caso de ciertos concursos musicales, en lo que el premio que se da al ganador son contratos que ya han sido celebrados por el organizador del concurso y alguna empresa discográfica. En tales contratos, la empresa discográfica asume la obligación de grabar, producir y comercializar discos compactos con canciones de quien resulte ganador del concurso, conviniéndose también otras cláusulas tales como la remuneración prevista para el concursante ganador. No estamos ante un contrato a favor de un tercero sino de un contrato en el que el organizador dejará su lugar al ganador del concurso, quien asume todas las consecuencias de ser parte, lo que le permite, entre otras cosas, demandar la resolución del contrato y los daños que pudiere sufrir.

Se trata de un contrato sujeto a la condición de que efectivamente exista un concursante ganador, de allí que la ley prevea que está sujeto a una condición suspensiva.

CAPÍTULO XII - CESIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL Y SUBCONTRATACIÓN

§ 1.— La cesión de la posición contractual

213. Cuestión metodológica

El Código Civil y Comercial regula el contrato de cesión de la posición contractual en el título IV del Libro Tercero, dentro de los contratos en particular. A nuestro entender, se trata de un error metodológico, pues habría sido preferible incluirlo en el título II, junto con el subcontrato, para facilitar la diferenciación entre estas confundibles figuras. Por ello, hemos de tratarlos, uno a continuación del otro, en este lugar de la parte general de los contratos.

214. Noción

La cesión de la posición contractual es un negocio jurídico por el cual una de las partes —que ha celebrado un contrato— se obliga a transmitir a un tercero, el conjunto de derechos y obligaciones que están adheridos a la calidad de parte que tiene justamente en ese contrato.

Afirmar que se transmite un conjunto de derechos y obligaciones implica poner en evidencia que existen deberes o prestaciones recíprocas pendientes. Éste es un requisito imprescindible para que pueda cederse la posición contractual (art. 1636), pues, de lo contrario, estaríamos frente a una simple cesión de crédito o de deuda, regulados por los artículos 1614 a 1635.

215. Forma

La forma en que debe instrumentarse el contrato de cesión de una posición contractual depende de la forma que se exija para el propio contrato que se cede. Bajo el régimen del Código Civil de Vélez, se había sostenido que "en punto a la forma del

contrato de cesión resultan de aplicación los principios del Código Civil para la cesión de créditos. En los supuestos en que fuese necesaria la escritura pública, el instrumento privado valdrá en los términos del art. 1185" (recomendación del II Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe). Esta recomendación es aplicable al Código vigente en tanto ese artículo 1185 es similar al actual artículo 1018.

Lo expuesto es de rigor cuando se cede el contrato voluntariamente. Sin embargo, hay casos en que nos enfrentamos a una cesión impuesta por la ley. Es el caso de la enajenación de un inmueble alquilado, que trae como consecuencia, salvo pacto en contrario, la subsistencia del contrato de locación por todo el plazo pactado (art. 1189, inc. b)), lo que impone al adquirente la obligación de respetar los derechos de uso y goce del locatario.

216. Efectos

Durante la vigencia del Código Civil de Vélez, el contrato de cesión de la posición contractual no estaba regulado de manera expresa, más allá de algunas normas establecidas en ciertos contratos, como ocurría en la locación de cosas y de obra. Ello no obstaba a que se admitiera su validez. Ahora bien, era un criterio unánime que podía cederse la posición contractual sin necesidad de contar con la conformidad del contratante cedido. Es que, si el cedido daba su conformidad, el cedente quedaba eximido de toda obligación y, a la vez, perdía su derecho; en cambio, si no daba su conformidad, el cedido mejoraba su posición, pues al no liberar al primitivo deudor, sumaba un nuevo obligado (el cesionario) al que ya tenía (el cedente), quien seguía obligado en toda la extensión del deber originario.

Esto se ha modificado sustancialmente en el Código Civil y Comercial. En efecto, siguiendo otros lineamientos —como los establecidos por la parte general del Código europeo de contratos, también conocido como Proyecto de Pavía (arts. 119 y 120)— la regla es la liberación del cedente, quien solo continúa obligado si el cedido declara que no lo quiere liberar.

En nuestro ordenamiento legal, es necesario que el cedido consienta la transmisión de la posición contractual. Sin ese consentimiento, no hay cesión de la posición contractual posible.

Ese consentimiento puede ser dado antes, simultáneamente o después de la cesión (art. 1636). La norma invocada aclara que si el cedido ha dado su conformidad antes de la cesión, ella solo tiene efectos una vez que el propio cedido haya sido notificado por instrumento público o privado de fecha cierta.

La regla primaria es, entonces, que desde la cesión o, en su caso, desde la notificación al contratante cedido, *el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones, los que son asumidos por el cesionario*. Sin embargo, el cedido está facultado a conservar sus acciones contra el cedente, siempre que hubiera pactado con éste el mantenimiento de sus derechos para el caso de incumplimiento del cesionario (art. 1637).

En este último caso, siguiendo las pautas fijadas por los artículos 1408 y 1437 de los Códigos civiles de Italia y Perú, respectivamente, la norma plantea un supuesto de caducidad del derecho que se funda en el principio general de la buena fe: el cedido está obligado a notificar al cedente el incumplimiento del cesionario, dentro de los treinta días de producido; y si no lo hace, este último queda libre de responsabilidad.

En el caso de que el cedido conserve su acción contra el cedente por haber convenido el mantenimiento de sus derechos para el caso del incumplimiento del cesionario, y haya cumplido con la notificación establecida en la parte final del artículo 1637, el cedente mantendrá contra aquel (el cedido) todas las defensas pertinentes. Así podrá plantear, entre otras, las excepciones de pago y de incumplimiento contractual.

217. Defensas que pueden invocar el cedido y el cesionario

El cedido tiene derecho a oponer al cesionario todas las defensas que pudiera haberle opuesto al cedente provenientes del contrato cedido, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, a menos que hubiera hecho expresa reserva de oponer tales excepciones al momento de consentir la cesión (art. 1638).

A su vez, el cesionario puede ejercer todos los derechos del cedente, como los de demandar el cumplimiento del contrato cedido, su resolución, plantear su nulidad y oponer la excepción de incumplimiento contractual.

218. Las garantías dadas por el cedente

Como regla general, el cedente garantiza la existencia y validez del contrato (art. 1639), pero no el efectivo cumplimiento por parte del cedido, salvo que haya asumido tal obligación convencionalmente, en cuyo caso responderá como fiador (art. citado).

La misma norma admite la posibilidad de que se pacte de manera expresa que el cedente no garantice la existencia y legitimidad del contrato. En este caso, estaremos ante un contrato aleatorio. Sin embargo, esta cláusula de eximición es inadmisiblesi el cedente ha actuado de mala fe. Por ello, dispone que tal cláusula se tendrá por no escrita si la nulidad o la inexistencia del contrato se debe a un hecho imputable al propio cedente.

A su vez, el párrafo final del artículo 1639 establece que se aplican a este contrato de cesión de la posición contractual las normas sobre evicción en la cesión de derechos en general. Esto nos remite al artículo 1628, el cual prevé otras dos situaciones de garantía, además de la ya vista sobre la existencia y legitimidad del contrato: i) el cedente no garantiza la existencia y legitimidad de un derecho (en este caso de un contrato) que se transmite como litigioso o dudoso; ii) el cedente no garantiza la solvencia del deudor cedido (en este caso del contratante cedido) ni de sus fiadores, a menos que se pacte lo contrario o haya obrado de mala fe.

219. Las garantías dadas por terceros

¿Qué ocurre con las garantías constituidas por terceras personas a favor del cedente? Estaríamos frente a un caso de novación subjetiva en donde todos los accesorios (que incluyen las garantías reales o personales) se extinguen, salvo reserva expresa de las partes (art. 940).

Para aventar toda duda, el Código Civil y Comercial (siguiendo otros antecedentes como el Código Civil peruano, art. 1439) dispone tajantemente que las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquellas que las constituyeron (art. 1640).

§ 2.— La subcontratación

220. Noción

El Código Civil y Comercial define al subcontrato como *un nuevo contrato mediante el cual el subcontratante crea a favor del subcontratado una nueva posición contractual derivada de la que aquél tiene en el contrato principal* (art. 1069).

Como puede advertirse, el subcontrato es un nuevo contrato por el cual el subcontratado asume facultades del subcontratante, pero en ningún caso se extingue el primer contrato. Se trata de una unión de contratos con dependencia unilateral. Desde luego, la íntima vinculación entre ambos contratos trae sus consecuencias.

La primera de ellas es que si estamos ante un contrato con prestaciones pendientes, estas prestaciones —como regla— pueden ser subcontratadas, en el todo o en parte. Sin embargo, claro está, tal subcontratación está prohibida si se trata de obligaciones que requieren prestaciones personales o *intuitu personae* (art. 1070). Tampoco es posible la subcontratación si ella está prohibida legalmente o por acuerdo de partes.

Además, el subcontrato está condicionado en su existencia al contrato base, aunque deban añadirse los efectos propios del nuevo contrato; por ello, el subcontratado no puede adquirir derechos o contraer obligaciones mayores que los del subcontratante.

Más allá de la disparidad conceptual que existe entre la subcontratación y la cesión de la posición contractual, resulta conveniente precisar algunas diferencias concretas que pueden encontrarse entre una y otra figura. Así, a) la cesión de la posición contractual requiere la conformidad del cedido, lo que no resulta necesario en la subcontratación; b) el cesionario debe respetar fielmente las cláusulas del contrato originario; en cambio, el subcontratado cuyo contrato no especifica restricciones análogas a las contenidas en el contrato originario, tiene las acciones emergentes del subcontrato contra el subcontratante; c) En la cesión de la posición contractual, el cedente transfiere su situación contractual en favor de un tercero, que pasa a ocupar su lugar y establece relaciones directas con el cedido. No ocurre así en la subcontratación, en la que el subcontratante mantiene íntegramente las obligaciones asumidas en el contrato principal, aunque luego las cumpla por intermedio de terceros que están vinculados jurídicamente con él y no con la otra parte del contrato principal. Desde luego, la subcontratación es posible mientras no esté prohibida en el contrato o no se demuestre por la naturaleza de la prestación u otras circunstancias, que el contratante principal tuvo especialmente en mira las habilidades o condiciones personales de su contratante.

221. Acciones

El Código Civil y Comercial establece con precisión las acciones que tienen tanto el subcontratado como el contratante original que no ha celebrado el subcontrato.

El subcontratado dispone de las acciones emergentes del subcontrato contra el subcontratante, pero también está facultado a ejercer las acciones directas (reguladas en los arts. 736, 737 y 738) que corresponden al subcontratante contra la otra parte del contrato principal, en la extensión en que esté pendiente el cumplimiento las obligaciones de éste respecto del subcontratante (art. 1071).

A su vez, la parte que no celebró el subcontrato mantiene contra el subcontratante las acciones emergentes del contrato principal. Y, además, tiene las acciones que le corresponden a este último contra el subcontratado, pudiendo ejercerlas en nombre e interés propio (art. 1072).

Por último, cabe reconocer al acreedor del subcontratado la facultad de accionar contra el deudor del contrato principal, dada la coincidencia de objetos y dependencia unilateral.

§ 1.— Excepción de incumplimiento

222. Concepto y antecedentes históricos

En los contratos de los cuales nacen obligaciones simultáneas a cargo de ambas partes, una de ellas no puede reclamar a la otra el cumplimiento si no hubiera cumplido sus propias obligaciones u ofreciere cumplirlas.

En otras palabras, si una de las partes de un contrato sinalagmático exige la ejecución de su crédito sin cumplimentar u ofrecer cumplir su propia deuda, la otra parte puede rehusarse oponiendo la denominada excepción de incumplimiento contractual.

En virtud de esta defensa, un contratante tiene derecho a abstenerse de cumplir su prestación si no adviene el cumplimiento simultáneo de la prestación correlativa.

La excepción de incumplimiento contractual (también llamada *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido o de toma y daca) es, entonces, la facultad que tiene un contratante de diferir legítimamente el cumplimiento de su propia obligación, hasta tanto la otra no cumpla la suya u ofrezca cumplirla simultáneamente, a menos que esta última sea a plazo.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante (nro. 230), debe resaltarse lo manifestado precedentemente: la excepción deja de jugar cuando las obligaciones de quien reclama están sujetas a plazo. Así, por ejemplo, si el comprador cuenta con el plazo de un año, a partir del momento de la entrega de la cosa, para pagar el saldo de precio, puede demandar esa entrega sin necesidad de pagar el saldo.

La excepción de incumplimiento contractual ha sido consagrada por nuestro Código en la primera parte del artículo 1031 que expresamente dispone que *en los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir*.

Se trata de una *medida de autodefensa privada*, con carácter coercitivo, tendiente a salvaguardar el equilibrio contractual, y que permite no cumplir porque el otro no ha cumplido.

La excepción de incumplimiento contractual constituye una de las instituciones más tradicionales en el derecho de los contratos. Se la conoció ya en el derecho romano, en el que se distinguía entre la excepción de incumplimiento total (*exceptio non adimpleti contractus*) y la de incumplimiento parcial o de cumplimiento defectuoso (*exceptio non rite adimpleti contractus*). La acogió el derecho canónico, para el cual el principio de que nadie puede demandar el incumplimiento de un contrato sin haberlo cumplido por su parte, se funda en una razón de moral y buena fe. Hoy es un principio admitido universalmente (Cód. Civil italiano, art. 1460; alemán, art. 320; de las Obligaciones suizo, art. 82; brasileño, art. 476; paraguayo, art. 719; peruano, art. 1426; ecuatoriano, art. 1568; venezolano, art. 1168). Cabe notar que algunos códigos modernos (italiano, alemán), hacen la salvedad de que la excepción debe oponerse de buena fe, lo que, como veremos en su momento (nro. 229), tiene importancia.

223. Fundamento

Regla tan prestigiosa y tan universalmente admitida debe tener sólidos fundamentos. Y, efectivamente, así es. Los contratos que originan obligaciones a cargo de ambas partes importan un trueque, un cambio, una reciprocidad. No se puede pretender recibir si no se da. Media en esto una cuestión de buena fe y de moral.

224. Sujetos afectados

Si el contrato ha sido celebrado entre dos personas no existe ningún problema para aplicar la *exceptio*. La cuestión se complica cuando una de las partes contratantes (o ambas) está integrada por varios individuos (sea así desde su origen o por vía sucesoria o por cesión del derecho). Para resolver el problema será necesario diferenciar según que las obligaciones sean divisibles o indivisibles.

No pueden caber dudas de que la excepción procederá siempre que la prestación reclamada sea indivisible, aun cuando la contraprestación fuera divisible, y quien demandara hubiera cumplido con su parte. También procederá si la prestación reclamada fuera divisible y la del reclamante indivisible y esta no hubiese sido absolutamente cumplida. El incumplimiento (sea total, sea parcial) permite alegar la excepción.

¿Qué ocurre si ambas prestaciones fueran divisibles? La parte final del art. 1031, siguiendo las pautas del anteproyecto de Bibiloni y de los arts. 719 del Código Civil paraguayo, y 320 del Código Civil alemán, da la solución. En efecto, allí se dispone que *si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación*.

225. Retardo de la ejecución y ausencia de mora

Ya hemos dicho que la parte a quien se le reclama el cumplimiento de su obligación puede retardar su ejecución hasta que la otra cumpla con la suya. Esto significa, además, que el deudor no incurre en mora durante el tiempo de espera, pues su demora responde a un derecho legítimo.

Es cierto que el Código Civil y Comercial no contiene una norma análoga al artículo 510 del Código Civil de Vélez, según el cual uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir sus propias obligaciones, pero parece claro que no puede ser otra la solución, toda vez que no puede incurrir en mora quien se acoge a una facultad, la de oponer la *exceptio*, expresamente reconocida por la ley.

Podría sostenerse que si una de las partes ha sido constituida en mora, en un contrato bilateral, no puede invocar la *exceptio*, por cuanto la morosidad previa impediría alegar la mora del cocontratante. Sin embargo, pensamos que nadie puede ser constituido en mora cuando la contraparte, en los contratos bilaterales, no cumple las obligaciones que le son respectivas. Aunque la mora sea automática ella no se opera cuando aparece un factor impeditivo, cuál sería el incumplimiento del acreedor de sus propias obligaciones correlativas.

226. Oportunidad para oponer la excepción. Prescripción

La *exceptio* puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción (art. 1031). Al referirse la norma a la posibilidad de deducirla como acción se comprenden dos supuestos diferentes pero similares: que se la alegue al demandar o al reconvenir.

Asimismo, debe destacarse que la mención a la oponibilidad como excepción, solo alude a la hipótesis de excepción sustancial. Con esto queremos señalar que ella no es invocable en los juicios ejecutivos, pues en estos procesos el número de defensas está estrictamente determinado por la ley. Por lo tanto, si esta excepción no hubiera sido

previsto entre ellas (como ocurre en el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), no puede ser invocada.

La forma de oponer la *exceptio* es importante desde otra óptica: la conservación del propio derecho. En efecto, si la excepción de incumplimiento contractual se opone como acción (demanda o reconvención) interrumpe el curso de la prescripción, pues éste es el efecto de toda petición del titular de un derecho hecha ante la autoridad judicial que traduzca la intención de no abandonar tal derecho (art. 2546). En cambio, su articulación como una mera defensa no interrumpe el curso de la prescripción de la acción de cumplimiento de la prestación debida por el actor, pues no se está reclamando su cumplimiento sino solo justificando el propio incumplimiento.

227. Naturaleza jurídica; efectos

La *exceptio non adimpleti contractus* funciona como excepción dilatoria: demandado el cumplimiento, la otra parte puede oponerse al progreso de la acción, en tanto el actor no pruebe haber cumplido sus obligaciones. Admitida la excepción, la sentencia no hace cosa juzgada en las relaciones entre las partes, salvo en cuanto a que el actor todavía no ha cumplido; pero si posteriormente cumple, puede accionar nuevamente.

Esta es la solución clásica y estricta; pero en la jurisprudencia se advierte una notoria tendencia a flexibilizar los efectos de la *exceptio*, de modo que sirva a su objeto de obligar al actor a cumplir, pero no más. Así, se ha declarado que si el demandado ha aducido la *exceptio*, no cabe la repulsa de la demanda, sino condenar al demandado a cumplir, pero previo cumplimiento de sus obligaciones por el actor. Es claro que esta solución no cabe si el cumplimiento es tardío y carece de interés o es perjudicial a quien opone la excepción, pero en este caso, más que la *exceptio* corresponde invocar la cláusula resolutoria..

228. Carga de la prueba

Ordinariamente, quien opone una excepción debe probarla; pero, en este caso, la doctrina, de manera pacífica, afirma que debe invertirse la carga de la prueba, de manera de hacerla pesar sobre el que demanda el cumplimiento. Es una solución tradicional fundada en que es más simple la prueba positiva del cumplimiento que la negativa de la falta de su cumplimiento. En otras palabras: el demandado se limita a oponer la excepción; si el actor pretende que esta es infundada, debe probarlo.

En la excepción de incumplimiento parcial o de cumplimiento defectuoso, la mayoría de los autores afirman que la carga recae sobre quien opone la excepción, porque se ha reconocido que algún cumplimiento ha existido. Sin embargo, por nuestra parte, pensamos que en este caso ambas partes deben acreditar sus afirmaciones, pues no existe razón alguna para apartarse de las normas generales probatorias. Advuértase que si el excepcionante opone la *exceptio* es porque afirma que el cumplimiento es defectuoso, si el excepcionado no se allana es porque afirma que es exacto, todo lo cual evidencia que estamos frente a un hecho controvertido: determinar si la obligación ha sido cumplida en forma correcta o defectuosa. El excepcionante deberá demostrar que el cumplimiento es defectuoso mientras que el excepcionado deberá acreditar que es exacto.

No es posible olvidar que las partes tienen el deber de probar los hechos afirmados en sus alegaciones, sean hechos positivos o negativos, pues la carga de la prueba incumbe a la parte que alegue un hecho controvertido (art. 377, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Es más, se ha dicho que los hechos negativos no pueden ser probados; esta es la razón por la cual en la excepción de incumplimiento total el excepcionante nada debe probar. Ello es así en razón de las dificultades que acarrea la prueba del incumplimiento; en cambio, es más simple para la contraparte probar que efectivamente ha cumplido. Pero en la excepción de incumplimiento ritual o parcial nada de ello es aplicable. Es que ha habido cumplimiento, aunque defectuoso. Por lo tanto, lo que debe

probarse son los hechos positivos: uno que ha cumplido bien, el otro que se ha cumplido mal.

229. Condiciones de ejercicio

Para que proceda la *exceptio non adimpleti contractus* es necesario:

a) Que se trate de un contrato bilateral (art. 1031). Como esta noción de contrato bilateral es bastante confusa (y, a nuestro entender estéril, véase nro. 18), preferimos decir que debe tratarse de un contrato que origine obligaciones a cargo de ambas partes.

b) Que las obligaciones deban cumplirse simultáneamente (art. 1031), es decir, que no estén sujetas a plazo diferente; si la obligación de la contraparte tuviera un plazo no vencido, la excepción sería improcedente.

c) Que el que opone la excepción suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, de manera total o parcial. En el derecho moderno no se distingue mayormente entre la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*, más allá de la apuntada carga probatoria (nro. 228). Es que un incumplimiento parcial o un cumplimiento defectuoso de la contraparte son suficientes para hacer viable la excepción; en definitiva, no se ha cumplido íntegramente o de manera cabal con la obligación asumida.

Debemos agregar que a la contraparte, a quien se le opone la *exceptio*, le basta con ofrecer cumplir sus obligaciones, para paralizar sus efectos.

d) Que quien reclama el cumplimiento de la obligación, no ofrezca cumplir con la propia. En efecto, el que sin haber cumplido, demanda por cumplimiento, tiene dos posibilidades: o bien cumple en el momento de demandar (por ejemplo, consignando la suma adeudada a las resultas del pleito) o bien ofrece cumplir simultáneamente con la otra parte. Esta será ordinariamente la conducta a seguir por el actor, a quien no le conviene tener inmovilizada una suma de dinero durante toda la duración del pleito.

e) Que la *exceptio* haya sido hecha valer de buena fe, lo que implica que no puede oponerse la *exceptio* con base en un incumplimiento poco importante, pues importaría un ejercicio abusivo del derecho. Es el caso de los pequeños defectos o deficiencias que presenta un edificio, los cuales no autorizan al dueño de la obra a oponer la *exceptio* negándose a pagar el precio pactado; su derecho se limita a retener una cantidad suficiente para reparar dichas deficiencias. Tampoco procede la *exceptio* cuando el excepcionante ha impedido por sus propios actos el cumplimiento del actor, o cuando se ha colocado él mismo en la imposibilidad de cumplir.

230. La tutela preventiva

Dispone el artículo 1032 que *una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia*.

Esta norma amplía los alcances de la excepción de incumplimiento contractual. En efecto, como hemos visto, la *exceptio* solamente es invocable cuando estamos ante obligaciones de cumplimiento simultáneo. El artículo 1032, en cambio, se refiere al supuesto de que quien debe cumplir su obligación, por haberlo así pactado, sufre —a su vez— una grave amenaza de daño, el cual se configura por el hecho de que su contraparte, quien tiene un mayor plazo para cumplir, ha visto menoscabada significativamente su aptitud para ejecutar su obligación o ha quedado afectada su solvencia.

La figura encuentra su fundamento en el abuso del derecho. Es que resulta abusivo el reclamo de cumplimiento hecho por quien ha visto menoscabada significativamente su solvencia o su aptitud para cumplir su obligación, amparándose en que tiene plazo para hacerlo.

La única manera que se le permite a este último reclamar el cumplimiento de la contraparte es cumpliendo su obligación o asegurándolo mediante una garantía —que puede ser real o personal— suficiente (art. 1032, *in fine*).

De más está decir que quien invoque la tutela preventiva será quien debe acreditar el estado de insolvencia de la contraparte o el grave riesgo de no percibir lo que se le debe.

§ 2.— Señal o arras

231. Concepto

En la práctica de los negocios es frecuente que los contratantes exijan una garantía de la seriedad de las intenciones de la otra parte. Un recurso muy empleado es la entrega de una suma de dinero en concepto de señal; es verdad que no hay inconveniente legal en que la señal consista en una cosa mueble que no sea dinero (art. 1060), pero en la práctica esto es muy poco frecuente.

La señal (también llamada señal o arras), tal como ha sido regulada en el Código Civil y Comercial, importa algo más que dar una seguridad; significa darle principio de ejecución al contrato celebrado. Es la llamada señal confirmatoria.

A la par de esta señal, existe otra, llamada penitencial, que desempeña un doble papel: por una parte, es una garantía de la seriedad del acto y tiene el carácter de un adelanto del pago del precio; por otra, importa acordar a los contratantes el derecho de arrepentirse, perdiendo la señal el que la ha entregado y devolviéndola doblada el que la ha recibido (art. 1059).

Si bien la regla en nuestro derecho es la señal confirmatoria, nada obsta a que las partes la pacten como penitencial (art. 1059), para lo que no se exige términos sacramentales.

Se trata de una cláusula que puede insertarse en todo contrato en el que queden pendientes de cumplimiento ciertas obligaciones.

A.— SEÑAL CONFIRMATORIA

232. Concepto y casos

La señal confirmatoria consiste en un adelanto de una parte del precio, o en la entrega de una cosa mueble, como garantía del cumplimiento de un contrato o, más aún, como principio de ejecución del contrato. A la inversa de la señal penitencial, que abre un derecho de arrepentimiento, la confirmatoria implica la renuncia a esta posibilidad.

Hay que agregar que la palabra señal, usada sin calificativos, tiene normalmente significado de confirmatoria, y así debe entenderse a menos que lo contrario resulte muy claramente de los términos del contrato, por ejemplo cuando el contrato dice expresamente que las partes están facultadas para arrepentirse.

La señal confirmatoria tiene el carácter de pago parcial, si es de la misma especie que la que debe darse por el contrato (art. 1060). Si la señal fuera de diferente especie de la prestación prometida (lo que en la práctica es desusado), o si la obligación es de hacer o no hacer, cumplida la obligación, la cosa mueble dada como señal debe devolverse.

B.— SEÑAL PENITENCIAL

233. Derecho de arrepentimiento

El efecto típico de la señal penitencial es el derecho de arrepentimiento que confiere a las partes; esto es, el derecho a no cumplir el contrato que se le reconoce a quien justamente no quiere cumplirlo.

234. Forma de manifestar el arrepentimiento

La parte que ha entregado la señal puede manifestar su arrepentimiento en forma expresa o tácita, puesto que la ley no exige términos formales.

La parte que ha recibido la señal debe, en cambio, no solo manifestar expresamente su arrepentimiento, sino acompañarlo de la devolución doblada de la señal; y si la otra parte, interesada en mantener el contrato, se negara a recibirla, deberá consignar judicialmente dicha suma; la jurisprudencia, luego de alguna vacilación, tiene decidido, con razón, que no basta *ofrecer* la devolución o manifestar que la señal doblada *está a disposición* del comprador, pues en verdad la única forma de ponerla realmente a su disposición es consignándola. La mera manifestación verbal es insuficiente porque no pasa de ser una promesa de devolver una suma de dinero, lo que es muy diferente a devolverla realmente.

El arrepentimiento, además, debe ser *actual e incondicional*; es decir no se lo puede hacer depender de un acontecimiento futuro e incierto ajeno a las defensas planteadas en la *litis*, tal como si el vendedor manifiesta arrepentirse para el caso de que no se le conceda el préstamo bancario que está gestionando.

235. Oportunidad del arrepentimiento; concepto de principio de ejecución del contrato

Si el contrato ha fijado término para el ejercicio del arrepentimiento, no podrá hacerse valer después de vencido; si no hay término para el arrepentimiento pero sí para el cumplimiento de las obligaciones, aquel derecho puede ser ejercido hasta la constitución en mora del deudor; finalmente, si una de las partes hubiera demandado judicialmente el cumplimiento del contrato, el demandado puede arrepentirse hasta el momento de contestar la demanda, si previamente no medió constitución en mora, pues en tal caso habría perdido ya la facultad de arrepentimiento.

El derecho de arrepentimiento se pierde desde que la parte que pretende hacerlo valer ha comenzado a ejecutar el contrato. Por *principio de ejecución* debe entenderse todo acto que demuestra inequívocamente la voluntad de cumplir con las obligaciones contraídas.

Se ha declarado que constituye principio de ejecución que impide el arrepentimiento la entrega de la posesión al comprador, la entrega de una nueva suma a cuenta de precio posterior al boleto, la autorización conferida al comprador para que realice por cuenta propia refacciones en el edificio, para construir un placard en el departamento y para guardar muebles en el depósito común de los copropietarios.

236. Cláusula "como seña y a cuenta de precio"

Durante la vigencia del Código Civil de Vélez, que había consagrado como regla el carácter penitencial de la seña (art. 1202), se había entendido que la cláusula "como seña y a cuenta de precio" tenía una doble función sucesiva: como seña si el contrato no se cumplía y como tal permitía el arrepentimiento; y a cuenta de precio en caso de cumplimiento. A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial esto ha cambiado. Esa seña es lisa y llanamente confirmatoria, pues la nueva regla es justamente esta. El mismo efecto confirmatorio tiene la cláusula "como seña, a cuenta de precio y principio de ejecución", que desde siempre fue considerada una seña confirmatoria porque expresamente se está pactando que existe un principio de ejecución contractual.

237. Efectos de la seña

a) Optan por cumplir el contrato

La seña tiene entonces el carácter de pago parcial, si es de la misma especie que lo que debe darse por el contrato (art. 1060). Si la seña fuera de diferente especie de la prestación prometida, o si la obligación es de hacer o no hacer, cumplida la obligación, la cosa mueble dada como seña debe devolverse.

b) Cualquiera de las partes opta unilateralmente por arrepentirse

Si quien se arrepiente es quien entregó la seña, pierde esta; si quien lo hace es el que la recibió, debe restituirla doblada (art. 1059). La restitución "doblada" significa que si lo recibido es dinero, debe devolverse lo recibido y entregarse además otra suma dineraria igual; si lo recibido es una cosa mueble, debe devolverse la cosa y una suma dineraria equivalente al valor de la cosa. La seña juega aquí a modo de cláusula penal: señala la medida de la indemnización y los contratantes no podrían demostrar que los daños sufridos por la parte no culpable han sido menores para pretender una reducción de la pena, ni que han sido mayores para reclamar una cantidad superior.

c) Ambas partes, de común acuerdo, resuelven rescindir el contrato

Aquí también media arrepentimiento, pero es bilateral. No juegan ya los principios propios de la seña, sino de la rescisión; en consecuencia, ni el comprador pierde la seña, que debe serle devuelta, ni el vendedor tiene otra obligación que devolverla simplemente, no doblada. Esta hipótesis es aplicable también a la seña confirmatoria, pues, como se dijo, se trata de una rescisión bilateral.

d) Una de las partes, sin hacer valer el derecho de arrepentirse, incurre en incumplimiento

La otra parte tiene entonces dos acciones, una para reclamar el cumplimiento del contrato; la otra para pedir la resolución. En la última hipótesis, cabe preguntarse si la seña funciona como cláusula penal o si, por el contrario, la parte no culpable puede exigir el pago de todos los daños efectivamente sufridos. Este último criterio es el que prevalece en la jurisprudencia; se funda en que la seña solo actúa como cláusula penal en caso de arrepentimiento y aquí se trata de incumplimiento de las obligaciones, por lo que corresponde aplicar los principios relativos a su resarcimiento.

238. La llamada "reserva"

La reserva puede ser definida como aquel contrato preliminar atípico, en virtud del cual el futuro vendedor se compromete a mantener indisponible el bien por un cierto período, a cambio de una suma de dinero, conviniéndose que al vencer el plazo, sin que se arribe a conclusión del negocio, se producirá la caducidad del contrato, debiéndose reintegrar la suma dineraria entregada.

La reserva consiste, entonces, en la entrega de una suma de dinero de poca significación al solo efecto de que se le otorgue prioridad en la celebración de un contrato. Si el contrato finalmente no se celebra, quien recibió la suma dineraria dada en reserva deberá devolverla, y quien la dio solo tendrá derecho a reclamar la suma entregada.

Como se ve, la diferencia con la seña penitencial es clara, pues en esta, si se arrepiente quien dio la seña, la perderá; en tanto que si el arrepentido es el que la recibió, deberá devolverla doblada. Sin embargo, no deberá concluirse en que la reserva carece de importancia; en efecto, si la persona que recibe la reserva dispone del objeto previsto para el futuro contrato, puede incurrir en responsabilidad precontractual.

§ 3.— Pacto comisorio o cláusula resolutoria

239. Concepto; antecedentes

La cláusula resolutoria, clásicamente llamada pacto comisorio, es aquella que permite a los contratantes reclamar la resolución del contrato cuando una de ellas no ha cumplido con las obligaciones a su cargo.

En el derecho romano, el principio era que las partes solo podían reclamar el cumplimiento del contrato; solo cuando las partes pactaban la *lex commissoria* podían pedir la resolución.

Este principio, si bien con numerosas excepciones particulares (como ocurría con el contrato de compraventa), pasó al Código Civil de Vélez, según el cual cuando no hubiere pacto expreso que autorizara a una de las partes a disolver el contrato, si la otra no lo cumpliera, el contrato no podía disolverse y solo podía pedirse su cumplimiento. Tal sistema era anacrónico. Ya el derecho canónico, con el propósito de asegurar más enérgicamente el respeto por los compromisos contraídos, había autorizado a pedir la resolución en caso de incumplimiento. La utilidad de este recurso resulta evidente. La agilidad de los negocios, la fluidez del tráfico, exigen un procedimiento rápido y expeditivo. Es natural que si una de las partes no cumple, pueda la otra, o bien demandar el cumplimiento, o bien desligarse de sus obligaciones. Es antieconómico obligarla a seguir un juicio por cumplimiento, cuyo resultado será una sentencia que frecuentemente no podrá hacerse efectiva. Por ello, la legislación moderna se inclina decididamente a admitir que todo contrato, salvo estipulación contraria, contiene un pacto comisorio tácito que autoriza, en caso de incumplimiento, a solicitar la resolución del contrato (Cód. Civil francés, art. 1184; italiano, art. 1453; alemán, arts. 323 y ss.; de las Obligaciones suizo, art. 107; español, art. 1124; brasileño, art. 475; paraguay, art. 725; peruano, art. 1428; chileno, art. 1489; mexicano, arts. 1949 y ss.; venezolano, art. 1167; japonés, art. 541). Era también el principio adoptado por nuestro Código de Comercio (art. 216), y por el mismo Código Civil después de la reforma introducida por la ley 17.711 (art. 1204).

Es el sistema que ha consagrado el Código Civil y Comercial. Frente al incumplimiento, la otra parte puede tenerlo por resuelto, en las condiciones fijadas por la ley, lo que será objeto de nuestro análisis en los números siguientes.

La solución es acertada y permite la rápida liquidación de situaciones contractuales perjudicadas por el incumplimiento de una de las partes.

Estas disposiciones relativas al pacto comisorio son aplicables a los contratos bilaterales, en los que hay prestaciones recíprocas. Es que si una sola de las partes se ha obligado (por ej., en la donación) el acreedor no tendrá ningún interés en pedir la resolución, pues él no está obligado a nada.

A.— CLÁUSULA RESOLUTORIA IMPLÍCITA O PACTO COMISORIO TÁCITO

240. Régimen legal

Aunque la cláusula resolutoria no hubiera sido pactada de manera expresa, existe la posibilidad de que se resuelva el contrato bilateral (art. 1087).

Para ello es necesario que se cumplan una serie de recaudos que la propia ley prevé.

Ante todo, se requiere que una de las partes haya incumplido su obligación (art. 1088, inc. a]). Pero no se trata de cualquier incumplimiento, sino de aquel que sea esencial en atención a la finalidad del contrato (art. 1084). Esta última norma dispone que *el incumplimiento se considera que es esencial cuando: i) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato* (así, cuando se ha convenido la entrega de una cosa que, a su vez, ha sido prometida a un tercero); ii) *el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor* (es el caso de la confección del vestido de novia que necesariamente debe estar terminado para el día de la boda); iii) *el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar* (como cuando se ha adquirido un juego de muebles determinado, que el vendedor pretende sustituir con otro); iv) *el incumplimiento es intencional*, y v) *el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor*.

¿Y si el incumplimiento fuera parcial? Incluso cuando el incumplimiento sea parcial, es posible invocar la cláusula resolutoria implícita. Lo que se necesita es que tal incumplimiento prive *sustancialmente de lo que razonablemente la parte tenía derecho a esperar en razón del contrato* (art. 1088, inc. a]). Para un mayor desarrollo de esta cuestión, nos remitimos al número 246.

Además, es necesario que el incumplidor haya incurrido en mora (art. 1088, inc. b]), la que como regla se produce por el solo transcurso del tiempo fijado (art. 886).

Finalmente, ocurrido el incumplimiento y la mora de una de las partes, el acreedor debe emplazar al deudor, bajo apercibimiento expreso de resolver total o parcialmente el contrato, a que cumpla con su obligación, en un plazo no menor de quince días, a menos que de los usos, o de la índole de la prestación, resulte la procedencia de uno menor (art. 1088, inc. c]). Desde luego, y aunque la norma no lo mencione de manera expresa, el acreedor también está facultado a exigir la reparación de los daños derivados de la demora.

Transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, la resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo (art. 1088, inc. c]).

Con otras palabras, cuando la cláusula resolutoria no ha sido pactada expresamente, es necesario el requerimiento, es decir, se brinda al deudor una ocasión de cumplir. Vencido el plazo fijado en el requerimiento, la obligación se resuelve por el mero cumplimiento del plazo y sin necesidad de otra actividad ulterior del acreedor. Por lo tanto, si el acreedor requiere el cumplimiento, pero sin ánimo de resolver el contrato,

deberá aclarar que no persigue tal resolución; de lo contrario, ella se producirá automáticamente.

El plazo concedido al deudor no debe ser menor de quince días, salvo que los usos o la índole de la prestación justifiquen un término más breve. También es admisible un plazo menor si las partes lo han pactado expresamente; juega aquí la autonomía de la voluntad.

La ley no establece ningún requisito formal para el requerimiento que, por lo tanto, podrá hacerse incluso verbalmente. Pero será siempre aconsejable hacerlo por un medio fehaciente, para evitar luego los inconvenientes de la dificultad de la prueba.

Este requerimiento no es necesario si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o si el cumplimiento resulta imposible. En tales casos, la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte (art. 1088, inc. c)).

Además, tampoco es exigible el requerimiento si la ley faculta a la parte a declarar unilateralmente la extinción del contrato, sin perjuicio de disposiciones especiales (art. 1089). Es lo que ocurre con la revocación del mandato (arts. 1329, inc. c], y 1331), entre otros ejemplos.

B.— PACTO COMISORIO EXPRESO O CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA

241. Régimen legal

Puede ocurrir que las partes hayan previsto expresamente en el contrato la cláusula resolutoria. No obstante que ya la ley da el derecho a resolver el contrato en caso de incumplimiento, tal estipulación no es inútil. En efecto, el artículo 1086 dispone que en caso de que ocurran incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados, se producirá la resolución del contrato, la cual surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver.

La diferencia con el pacto comisorio tácito es, pues, importante. . En este último, para que pueda resolverse el contrato se necesita que el incumplimiento sea esencial (art. 1084); en cambio, si el pacto comisorio es expreso, la resolución puede requerirse ante cualquier incumplimiento genérico o específico que las partes hubiesen fijado (art. 1086). Además, si el pacto no hubiera sido previsto en el contrato, el contrato puede resolverse, pero la parte interesada en la resolución debe darle al deudor una última oportunidad de cumplir; si el pacto fuere expreso, el cumplidor se limita a comunicar al incumplidor su voluntad de resolver.

Adviértase que la ley dice que en este caso la resolución se produce —de pleno derecho— desde que se comunica al incumplidor la voluntad de resolver, y no desde el momento del incumplimiento o de la mora. La solución es lógica. La resolución no podría ser automática, pues el acreedor puede tener interés en exigir el cumplimiento.

Bien entendido que la comunicación solo tiene efecto si previamente el deudor ha quedado constituido en mora.

242. Forma de la comunicación de la voluntad de resolver

El artículo 1086 dispone que la comunicación de la voluntad de resolver debe hacerse en *forma fehaciente*. El artículo 1088 establece que el acreedor debe *emplazar* al deudor. No hay, por lo tanto, ningún requisito formal expreso ni en la cláusula resolutoria implícita ni en la expresa; inclusive hay que admitir que la comunicación puede ser hecha verbalmente. Pero la ley quiere que sea *fehaciente*, que exista un *emplazamiento*, es decir, de modo que constituya una prueba segura, en la cual se pueda depositar fe. Cualquier duda acerca de si la comunicación ha sido hecha o no, debe resolverse en el sentido de que no lo fue, ya que pudiendo utilizar el interesado una forma que no arroje dudas (telegrama, sea o no colacionado, notificación por escribano, etc.) ha utilizado un medio menos seguro.

En el caso de la comunicación verbal, el medio normal de prueba será la de testigos. Pero no debe bastar la declaración de dos o tres testigos que, ya se sabe, pueden ser complacientes. Solo excepcionalmente, el número y calidad de los testigos puede inducir al juez a aceptar esta prueba. Y, por cierto, la comunicación verbal puede probarse por confesión.

243. Restitución de las prestaciones. Excepciones

El artículo 1080 dispone que si el contrato es extinguido total o parcialmente, entre otros casos, por resolución (como ocurre con la cláusula resolutoria), las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor. Sin embargo, el artículo 1081 establece que si hubiera prestaciones cumplidas, ellas quedan firmes y producirán sus efectos en cuanto resulten equivalentes, si son divisibles y hubieran sido recibidas sin reserva respecto del efecto cancelatorio de la obligación (inc. b)). La ley se refiere aquí a los contratos de tracto sucesivo o de prestaciones susceptibles de ser divisibles, como, por ejemplo, la locación, el mutuo, etc. En tal caso la resolución retroactiva no tiene sentido, porque ya no puede borrarse el beneficio que el locatario o el prestatario ha tenido durante el tiempo en que ha gozado de la cosa o el dinero. En tales casos, la resolución produce sus efectos *ex nunc*, es decir, solo para el futuro.

244. Incumplimiento por caso fortuito

Supongamos que el incumplimiento se debe a un caso fortuito. ¿Funciona en tal caso el pacto comisorio? Es indudable que sí. El artículo 955 dispone que la obligación queda extinguida cuando la prestación viene a ser —física o legalmente— imposible de cumplir. Si la obligación del deudor cesa, es obvio que también el acreedor debe sentirse desobligado. En otras palabras, la obligación quedará resuelta, pero el deudor no estará obligado al pago de los daños, pues la propia norma dispone que la obligación se extingue sin responsabilidad.

245. Incumplimiento derivado del incumplimiento del que pretende resolver el contrato

Algunas prestaciones requieren el concurso de la otra parte. Así, por ejemplo, un constructor se compromete a terminar la obra en un tiempo dado, pero el dueño ha asumido el compromiso de proporcionar los materiales. Es claro que si el incumplimiento (o la demora en cumplir) del constructor tiene como causa que el dueño no le ha

entregado los materiales o ha demorado su entrega, el dueño de la obra no puede hacer jugar el artículo 1087 para pedir la resolución.

Esta solución es aplicable a cualquier contrato en el cual las prestaciones de una de las partes están condicionadas a la colaboración de la otra.

246. Incumplimiento parcial

Cabe preguntarse si un incumplimiento parcial puede dar lugar a la acción por resolución. Nuestra ley distingue dos supuestos (art. 1083). Por un lado, el incumplimiento parcial del deudor faculta al acreedor a resolver parcialmente el contrato. Pero, por otro lado, se admite que si el acreedor no tiene ningún interés en la prestación parcial ejecutada por el deudor, puede resolver íntegramente el contrato. Ahora, si ha optado por la resolución parcial o por la resolución total, no puede luego modificar su opción; se trata de una elección excluyente.

Sin perjuicio de lo señalado antes, debe resaltarse que, en el marco de la cláusula resolutoria *implícita*, el incumplimiento parcial no faculta al acreedor —como regla— a resolver el contrato, sino que tal derecho existirá solo si es privado de manera sustancial de lo que razonablemente tenía derecho a esperar en razón del contrato (art. 1088, inc. a)).

La resolución parcial se da ante supuestos de incumplimientos menores, que afectan solo a partes accesorias del contrato. En estos casos, incluso el juez está autorizado a rechazar la demanda por resolución y decidir la cuestión sobre la base de la indemnización de los daños derivados del incumplimiento parcial, manteniendo en pie el resto del contrato, con fundamento en el principio de conservación del contrato (art. 1066). Lo contrario significaría un ejercicio abusivo e injustificable del derecho de resolución.

247. Culpa recíproca

Si ambas partes demandan la resolución y una sola de ellas es culpable, el juez debe declarar resuelto el contrato e imponer al culpable el pago de los daños. Ahora examinemos la hipótesis de que la prueba demuestre que ambos son culpables. En tal caso, también debe el juez declarar resuelto el contrato, rechazar los reclamos recíprocos por daños y decretar que las costas corran en el orden causado.

Este principio, sin embargo, no es absoluto. El grado de culpabilidad puede ser muy distinto y ya hemos dicho que el incumplimiento poco significativo no da lugar a la resolución. Además, es posible que uno de los incumplimientos esté generado en el de la otra parte. Por ello, en caso de incumplimiento recíproco el juez debe apreciar la entidad e importancia de dichos incumplimientos, para decidir si entre las violaciones contractuales de uno y otro contratante existe el nexo de causalidad y la relación de proporcionalidad necesaria para la resolución del contrato a cargo de una u otra parte.

248. Reparación del daño

Independientemente del derecho a la resolución del contrato, la parte que ha cumplido tiene derecho a la reparación de los daños sufridos (art. 1082), daños que deben ser aprehendidos con una noción amplia, comprensiva del daño emergente, el lucro cesante, el daño extrapatrimonial e, incluso, la pérdida de chance. También deberán reembolsarse los gastos generados por la celebración del contrato y por los tributos que lo hayan gravado (art. 1082, inc. b)).

249. *Ius variandi*

¿Puede variarse el sentido de lo que se reclama al incumplidor? Quien ha pedido el cumplimiento, ¿puede más tarde reclamar la resolución y viceversa?

Esta cuestión ha sido resuelta por el artículo 1078. La norma dispone que *la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su cumplimiento y la reparación de daños; y, añade, esta demanda no impide deducir ulteriormente una pretensión extintiva* (inc. e)]. En cambio, *la comunicación de la declaración extintiva del contrato produce su extinción de pleno derecho, y posteriormente no puede exigirse el cumplimiento ni subsiste el derecho de cumplir* (inc. f)]. Incluso, *la demanda ante un tribunal por extinción del contrato impide deducir ulteriormente una pretensión de cumplimiento* (inc. g)].

La solución es acertada. Se justifica que quien demande el cumplimiento, pueda variar su acción y pedir la resolución. Muchas y muy aceptables razones pueden inducirlo a ello. El pleito se dilata más allá de lo previsto, por las chicanas del incumplidor; el acreedor toma conocimiento de que el deudor no está en condiciones de cumplir, etc. Es natural que se le reconozca el derecho a desistir de su acción y de pedir la resolución.

Diferente es la situación si se hubiere demandado la resolución, sea por vía judicial o extrajudicial. En tal caso, el deudor, puesto que ha visto que se pide la resolución, puede comprometer su trabajo o sus bienes con otro contrato con terceros. Puede, por ejemplo, haber vendido a otro la misma cosa que era objeto del contrato primitivo. En tal supuesto, no es posible reconocer al acreedor el *ius variandi*; reclamada la resolución, no puede ya pedirse el cumplimiento.

El pedido de cumplimiento, ya lo dijimos, no impide demandar más tarde la resolución. ¿Hasta qué momento conserva el acreedor su *ius variandi*? La ley no establece ninguna limitación. Por consiguiente, el acreedor puede variar su demanda y reclamar la resolución aun después que haya sentencia definitiva en el juicio por cumplimiento (art. 1085). En efecto, si no obstante la sentencia que lo condena a cumplir, el deudor mantiene su incumplimiento, es necesario reconocer al acreedor el derecho a liberarse de sus propias obligaciones.

Para que se produzca la resolución basta con la declaración de voluntad del acreedor, sin necesidad de demandar judicialmente la resolución. Es el sistema que surge claramente del artículo 1078, que se refiere simplemente a la comunicación de la declaración extintiva del contrato que produce su extinción de pleno derecho (inc. f)].

250. Efectos

La invocación de la cláusula resolutoria provoca que el contrato quede sin efectos de manera retroactiva, y que las partes deban devolverse recíprocamente lo que hubieran recibido, o su valor, como consecuencia de él, en la medida que corresponda (art. 1080). Con respecto a los contratos de tracto sucesivo, nos remitimos al número 243.

Supuesto que el acreedor que pidió la resolución se demorase en devolver la cosa deberá reparar los daños que cause, pero su actitud no perjudica la resolución ya operada.

En cuanto a los terceros, la resolución es más compleja. La aplicación estricta de los principios de la condición resolutoria conduciría a dejar sin efecto los derechos que los terceros pudieran haber adquirido sobre la cosa que debe devolverse. Pero esta solución sería excesiva y afectaría gravemente la confianza en los negocios. En la práctica, y por efecto del juego de prudentes disposiciones del Código, el tercero de buena fe no se ve afectado por el pacto comisorio. De allí que el artículo 1080 se refiere a la posibilidad de restituir el valor de la cosa recibida y no la misma cosa.

251. Noción. Origen. Aplicaciones tradicionales

La obligación tácita de seguridad ha sido definida como "la obligación expresa o tácita, anexa e independiente del deber principal, existente en todo tipo de contrato, por el cual el deudor garantiza objetivamente al acreedor que, durante el desarrollo efectivo de la prestación planificada, no le será causado daño en otros bienes diferentes de aquel que ha sido específicamente concebido como objeto del negocio jurídico" (AGOGLIA, María M., BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993 p. 161).

Se trata de una creación pretoriana, cuya finalidad fue la de aligerar la carga de la prueba que pesa sobre la víctima ante daños sufridos en el marco de una relación contractual. La figura ha sido aplicada a daños sufridos durante la ejecución de numerosos contratos, tales como el de transporte, el uso de aerosillas, el de hotelería, el servicio en restaurantes y bares, las funciones en cines y teatros, el de organización de actividades deportivas o de colonias de vacaciones, y el de servicios educativos. También ha sido invocada para fundar la responsabilidad de las obras sociales, empresas de medicina prepaga y clínicas ante daños producidos por la actividad médica, y la de los dueños de locales bailables, supermercados y centros comerciales por los daños sufridos por quienes van esos lugares.

252. El impacto del Código Civil y Comercial

El campo de aplicación de esta figura es, hoy en día, más limitado. En efecto, la mayoría de los casos que se reconocían como supuestos de aplicación de la obligación tácita de seguridad han quedado bajo el amparo de la legislación protectora de los consumidores (art. 42, CN, y ley 24.240, en especial sus arts. 5º y 40). Otros han quedado resueltos por leyes especiales, como ocurre con la responsabilidad de las entidades o asociaciones participantes en un espectáculo público deportivo (ley 23.184, ref. por ley 24.192). Incluso, hay autores que sostienen que la obligación de seguridad ha sido suprimida por el Código Civil y Comercial, sometiendo la reparación del daño sufrido por el acreedor contractual, causado al margen del incumplimiento de la obligación principal, a las normas atinentes a la responsabilidad extracontractual (PICASSO, Sebastián, *Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común*, RCCyS 2015 [julio], p. 146), debiéndose aplicar el régimen que se desprende de los artículos 732, 1753, 1757, 1758 y concordantes del Código Civil y Comercial.

Pero aun con un campo de aplicación más reducido, no parece posible prescindir absolutamente de la figura en estudio, en aquellos contratos cuyo cumplimiento genere riesgos para la otra parte. El principio general de la buena fe que debe gobernar todas las relaciones jurídicas (art. 9º), además de los contratos (art. 961), impone esta solución.

Como ha puntualizado Ramón D. PIZARRO (*¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?*, LL 2015-E-840), la obligación de seguridad mantiene su importancia en diversos supuestos. Veámoslos.

a) En el supuesto de cumplimiento contractual

El autor citado precedentemente da el ejemplo del contrato de larga duración celebrado entre una obra social y un hospital para la atención de sus afiliados, en el que aquella alega que el centro asistencial omite cumplir con los deberes de seguridad adecuados para proteger la seguridad de estos últimos, con posible repercusión sobre sus propios intereses patrimoniales. Resulta razonable autorizar a la obra social: i) a demandar el cumplimiento del contrato y, en ese marco, ii) a exigir la adopción de las medidas de seguridad que correspondan, en estricto cumplimiento de la obligación de seguridad asumida, que no tiene por qué haber sido convenida de manera expresa; e,

incluso, iii) a plantear la excepción de incumplimiento contractual en los términos del artículo 1031.

b) En el supuesto de resolución contractual

Siguiendo el ejemplo anterior, revelada la obligación tácita de seguridad incumplida, no parecen haber obstáculos para demandar la resolución del contrato. Y ello puede tener particular importancia en los contratos de larga duración.

c) En el supuesto de prevención del daño, tema éste regulado por los artículos 1710 y siguientes

La prueba de una obligación de seguridad incumplida, que torne posible la producción de un daño, será uno de los fundamentos sustanciales para poder decretar alguna medida cautelar. A tal efecto, deberá tenerse en cuenta el interés en la prevención del daño y la razonabilidad de las medidas que se adopten.

d) En el supuesto de incumplimiento doloso

Nuestra ley prevé un supuesto de responsabilidad agravada en este caso, que obliga al deudor a reparar las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de celebrarse el contrato y también al tiempo del incumplimiento (art. 1728). No se advierte razón alguna para eximir de responsabilidad a quien incumple dolosamente con una obligación de seguridad, que expresa o tácitamente pueda pesar sobre él.

e) En el supuesto de responsabilidad de los profesionales liberales

Preciso es recordar que la actividad de los profesionales liberales ha sido excluida de la ley de defensa del consumidor (a excepción de la normativa vinculada a la publicidad, art. 8º, ley 24.240), que no está comprendida dentro del supuesto de actividad riesgosa (art. 1768), y que si se trata de daño causado por el hecho de las cosas, la responsabilidad se limita al daño causado por su vicio. Ante tal marco restrictivo, se advierte la importancia que puede adquirir el reconocimiento de la obligación tácita de seguridad en los casos de actividad de los profesionales liberales.

f) En el supuesto de la prevención del daño contractual

Si dejamos a un lado la cuestión de la prevención del daño en el ámbito extracontractual, y nos enfocamos en el mundo de los contratos, podemos advertir que la obligación de seguridad adquiere importancia. En efecto, más allá de la obligación genérica de no dañar (*alterum non laedere*), podemos advertir que las partes contratantes están obligadas no solo a lo que formalmente se ha expresado en el contrato, sino —y acá aparece la obligación de seguridad— a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ese contrato, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

El deber de seguridad, así entendido, obliga a las partes a comportarse de tal manera que el acreedor pueda alcanzar las expectativas tenidas en mira al contratar. En consecuencia, la obligación de seguridad justifica la mayor exigencia que pesa sobre el deudor obligacional, lo que tiene particular relevancia en los contratos de servicios (conf. UBIRÍA, Fernando, A., *La prevención desde un doble ángulo: el deber legal de prevención y la obligación tácita de seguridad*, L.L. t. 2018-B, p. 1017).

253. Obligación de saneamiento. Noción

El artículo 2109 del Código Civil de Vélez disponía que *el adquirente de la cosa no está obligado a citar de evicción y saneamiento al enajenante que la transmitió, cuando hayan habido otros adquirentes intermediarios. Puede hacer citar al enajenante originario, o a cualquiera de los enajenantes intermediarios.*

Referenciamos esa norma a los efectos de exhibir que allí se hablaba de dos citaciones, una por evicción y otra por saneamiento.

En la regulación velezana se hacen otras referencias al saneamiento (arts. 2110, 2111, 2159 y 3957) pero siempre como sinónimo de evicción. La doctrina siempre interpretó que el saneamiento constituía el género de otras dos garantías que eran las especies: la ya nombrada evicción (que apunta a garantizar la existencia y legitimidad del derecho que se transmite) y la garantía por vicios redhibitorios (que procura cubrir los defectos ocultos que, por ser tales, no pudieron ser advertidos por el adquirente). De allí que el artículo 1034 dispone que *el obligado al saneamiento garantiza por evicción y por vicios ocultos*, más allá de las normas especiales que puedan existir, como lo son las regulaciones del contrato de obra.

De tal manera, el saneamiento viene a constituir una suerte de parte general de la evicción y de los vicios ocultos, en el que se establecen una serie de normas que son aplicables a ambos institutos.

254. Sujetos responsables

El artículo 1033 establece quiénes son los sujetos que están obligados al saneamiento. Ellos son: i) quien haya transmitido el bien a título oneroso; ii) quienes hayan dividido bienes con otros, y iii) los respectivos antecesores, si han efectuado la correspondiente transferencia a título oneroso.

La norma requiere algunas precisiones.

En primer lugar, responde por saneamiento quien haya transmitido el bien a título oneroso (art. 1033, inc. a)). Desde luego, en caso de muerte del enajenante responderán sus sucesores universales, porque a ellos se le transmite la herencia — que comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento— en el límite de los bienes recibidos (arts. 2277, 2278 y 2317); pero no responden los legatarios, a menos que la sucesión sea insolvente, en cuyo caso el acreedor tiene acción hasta el límite del valor de lo recibido (art. 2319).

En segundo lugar, también responden los antecesores del enajenante, si han transferido el bien a título oneroso (art. 1033, inc. c)), y, desde luego, siempre que el vicio no sea posterior a la respectiva transferencia.

Por lo tanto, con lo dicho hasta acá, cabe concluir que el actual adquirente puede dirigir su acción por saneamiento ya sea contra su enajenante a título oneroso, ya sea contra cualquiera de sus antecesores en el dominio que hubieran enajenado la cosa también por título oneroso.

Esta acción puede dirigirse *omisso medio*, vale decir, sin necesidad de demandar primeramente al enajenante inmediato, porque todos ellos están obligados por saneamiento, indistintamente (art. 1033). Ejemplo: A vende a B; B a C; C a D. Este último puede dirigir su acción por saneamiento contra cualquiera de los anteriores vendedores.

De todos modos, más allá de este derecho que tiene el adquirente, todos los que deben responder por saneamiento en virtud de enajenaciones sucesivas son obligados concurrentes (art. 1042), esto es, se trata de varios deudores que deben el mismo objeto en razón de causas diferentes, gozando el deudor pagador del derecho a exigir a los demás que contribuyan con el pago hecho (arts. 850 y 851, inc. h)].

El artículo 1042 aclara, empero, que *si el bien ha sido enajenado simultáneamente por varios copropietarios, éstos sólo responden en proporción a su cuota parte indivisa, excepto que se haya pactado su solidaridad*. En otras palabras, la regla es la simple mancomunidad.

En tercer lugar, cabe señalar que no solo el adquirente es titular del derecho por saneamiento. El saneamiento puede ser reclamado también por los sucesores del adquirente en el dominio de la cosa enajenada. El titular de la acción es, por tanto, el adquirente a título oneroso y sus sucesores universales y/o particulares.

En cuarto lugar, se prevé que también responden por saneamiento quienes han dividido bienes con otros (art. 1033, inc. b)]. Es el caso de una división de condominio o de una partición hereditaria, en las que se dividieron bienes y fueron adjudicados. Si alguno de tales bienes carga con un vicio en el título (evicción) o en la cosa (vicio redhibitorio), quien lo haya recibido está facultado para reclamar de sus excondóminos o coherederos la parte proporcional. De lo contrario, el comunero afectado por el saneamiento puede quedarse sin nada, mientras los restantes mantendrían intacto su patrimonio, alterándose de tal manera el equilibrio tenido en cuenta al momento de la división. La misma solución es aplicable cuando se dividen los bienes en el régimen de comunidad de bienes del matrimonio.

¿Qué ocurre si el adquirente es a título gratuito? Éste no tiene acción contra su enajenante pero se le reconoce el derecho a ejercer en su provecho las acciones de responsabilidad por saneamiento correspondientes a sus antecesores (art. 1035). No se trata de una acción subrogatoria sino de una acción particular —propia de la obligación de saneamiento— que le confiere el ordenamiento legal.

El supuesto legal es el siguiente: A vende la cosa a B; éste a su vez la dona a C o se la vende con una cláusula por la cual C renuncia a la garantía de evicción. En tal caso, C no tiene acción por saneamiento contra B, pero sí la tiene contra A. El derecho del donatario a reclamar el saneamiento del antecesor no inmediato se justifica plenamente, pues debe reputarse que él ha recibido del donante todas las acciones vinculadas con la cosa que le ha sido transmitida; de lo contrario, el que enajenó a título oneroso una cosa sujeta a saneamiento, vendría a quedar exento de responsabilidad por la mera circunstancia de que ulteriormente el comprador la haya donado a un tercero, lo que importa una consecuencia a todas luces inadmisibles.

255. Cláusulas que amplían, reducen o eliminan la obligación de saneamiento

La obligación o garantía de saneamiento es un elemento natural de los contratos; por lo tanto, existe aunque no haya sido estipulada por las partes (art. 1036).

Pero, justamente, por ser un elemento natural, las partes pueden convenir aumentarla, disminuirla o suprimirla (art. citado).

No hay inconveniente alguno en aumentar la garantía; en definitiva, se le están dando más derechos al adquirente. Ejemplo de este supuesto es el contrato de donación cuando el donante se obliga por saneamiento; en efecto, el donante, como regla, no debe esta garantía, pues ella presupone una transmisión de dominio a título oneroso, pero nada obsta a que la asuma de manera expresa.

Más compleja es la posibilidad de suprimir o disminuir la responsabilidad por saneamiento. Es que en estos casos, podría estar perjudicándose a quien recibe el bien, rompiéndose el equilibrio entre las ventajas y sacrificios previstos al momento de contratar. Por ello, las cláusulas de supresión y disminución de la responsabilidad por

saneamiento son de interpretación restrictiva (art. 1037), esto es, que debe estarse a la literalidad de los términos usados al manifestar la voluntad (art. 1062).

Incluso, hay casos en los que las cláusulas de supresión o de disminución de la responsabilidad por saneamiento se las tiene por no convenidas (art. 1038). Ellos son: i) si el enajenante conoció, o debió conocer el peligro de evicción, o la existencia de vicios, lo cual exhibiría un obrar de mala fe o, al menos, negligente y ii) si el enajenante actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad, porque tal profesionalidad (de uno u otro) acarrea un deber agravado de comportarse con diligencia y previsibilidad por las consecuencias que puedan acaecer (art. 1725).

Respecto de lo dicho en i), parece necesario señalar que para que haya mala fe del enajenante será necesario algo más que conocer o poder haber conocido el peligro de evicción o del vicio oculto; es necesario que oculte al adquirente la existencia de un mejor derecho de un tercero sobre la cosa que transmite, o el vicio mismo. Tal ocultamiento violaría el principio moral que debe regir las relaciones contractuales.

Finalmente, cabe apuntar que las cláusulas de supresión o disminución de la garantía de saneamiento son inválidas en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo, y deben tenerse por no escritas. Ello con fundamento en los artículos 988, inciso b), 1117 y 1119.

256. Responsabilidad por saneamiento y por daños

Establece el artículo 1039 que el acreedor de la obligación de saneamiento está facultado a reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios; o a reclamar un bien equivalente, si es fungible; o, finalmente, a declarar la resolución del contrato, aunque se prevén algunas excepciones en este último caso.

La primera opción obliga a distinguir entre evicción y vicios ocultos. Por ello se refiere a sanear el título, propio de la evicción, y a subsanar el vicio, que debe ser oculto.

En definitiva, se procura que el bien transmitido se ajuste exactamente a lo prometido, lo que permitirá tener por debidamente cumplidas las obligaciones contractuales pactadas.

La segunda opción apunta a los bienes fungibles; esto es, aquellos bienes que reconocen la existencia de otro igual, con su misma calidad y especie, lo que los hace intercambiables. En tal caso, si el enajenante no tenía el derecho para transmitir su propiedad a otro, o si la cosa tuviera defectos que la hacen impropia para su destino, deberá, a pedido del acreedor, entregarle otra idéntica, sin defectos materiales y con un título existente y legítimo. Cabe añadir que la norma establece que existe un derecho a reclamar un bien equivalente; si bien tal equivalencia es propia de la fungibilidad de la cosa, permite superar la hipótesis de inexistencia de la cosa concretamente prometida en el mercado. En tal caso, como ocurriría con un automotor que se ha dejado de fabricar, la equivalencia quedaría cubierta con la entrega de un bien de igual o superior calidad.

La tercera opción es la más drástica. El acreedor puede llegar a resolver el contrato. Sin embargo, se prevén dos excepciones. La primera, para el supuesto de evicción, la cual impide invocar esta garantía si ha transcurrido el tiempo suficiente para que el derecho quede saneado por el transcurso del plazo de prescripción adquisitiva (art. 1050); la excepción se justifica en el hecho de que al tornarse inatacable el título, desaparece todo perjuicio. La segunda, si el defecto oculto es subsanable (art. 1057), pues la resolución importaría un verdadero abuso del derecho y conspiraría contra el principio de conservación del contrato.

El régimen vigente otorga al acreedor, además del derecho a reclamar el saneamiento en los términos del artículo 1039, la facultad de exigir que se le reparen los daños sufridos por el vicio.

Así lo dispone el artículo 1040, el cual, sin embargo, prevé algunas excepciones. En efecto, el acreedor de la obligación de saneamiento no puede reclamar la reparación de los daños: i) si la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente y ii) si la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa. Tampoco puede reclamar: iii) si el adquirente conoció, o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios, pues parece claro que lo ha tenido en cuenta al momento de contratar y iv) si el enajenante no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios, pues se advierte que no ha obrado de mala fe; sin embargo, renace el derecho a reclamar los daños, en estos dos últimos casos, si el enajenante actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad, en cuyo caso vuelve a aparecer la prohibición.

No podemos dejar de señalar que el artículo 1040 merece ciertos reparos, más allá de su confusa redacción.

Parecería que el Código Civil y Comercial distingue entre el reclamo por el saneamiento (art. 1039) del reclamo por los daños (art. 1040). En el primer caso, no se plantean excepciones, más allá de las muy particulares previstas para el supuesto de que se opte por la resolución. En cuanto a las excepciones previstas para el segundo caso, esto es del reclamo de daños, no se advierte el motivo para que ellas no constituyan también excepciones al derecho de saneamiento (a excepción del caso en que el enajenante no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios, pues ello no parece razón suficiente para que no deba sanear el derecho o la cosa misma).

En efecto, resulta muy difícil admitir que el adquirente pueda reclamar el saneamiento, si la transmisión fue hecha a su riesgo (art. 1040, inc. c)). Quien asume el riesgo de que existan vicios ocultos en la cosa adquirida o que el título que se recibe pueda ser cuestionado en su existencia o legitimidad, no puede luego reclamar la subsanación del vicio o el saneamiento del título. Ciertamente es que esto podría interpretarse como una supresión de la garantía de saneamiento, supresión que debe ser interpretada restrictivamente (art. 1037), lo que obliga a estar a la literalidad de los términos (art. 1062), por lo que si no fue expresamente pactado no puede tenerse por suprimida. Sin embargo, a nuestro juicio, la pretensión de saneamiento contradice la anterior conducta jurídicamente relevante y eficaz (art. 1067) que consistió en la asunción de la posibilidad de que tales riesgos se produzcan. Por ello, con fundamento en la teoría de los actos propios, quien adquiere algo a su riesgo, no puede más tarde exigir el cumplimiento de la garantía de saneamiento.

Tampoco parece admisible que pueda exigir esta garantía el adquirente que conocía o podía conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios (art. 1040, inc. a)). Cuanto menos habría un obrar negligente del propio adquirente, lo que impide el ejercicio del derecho. Con todo, debe destacarse la importancia que tiene el precio pactado en relación con el valor corriente de la cosa adquirida. Es claro que si el precio es menor al de plaza, estaríamos ante un contrato aleatorio, en el que las ventajas y pérdidas dependen de un acontecimiento incierto (art. 968) que se ha tenido en cuenta justamente a los efectos de la fijación del precio, lo que revela que el adquirente tenía conocimiento del peligro de la evicción o la existencia del vicio.

Por último, la excepción prevista para cuando la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa (art. 1040, inc. d)), tiene particularidades que no pueden obviarse. Ante todo, deberá recordarse la discusión que existe sobre quién vende en esos casos (si el órgano público actúa en representación del dueño de la cosa, o si vende en representación de los acreedores, o si lo hace en nombre propio). Mientras esta discusión continúe, ¿a quién reclamar la garantía de saneamiento? Incluso, si se admitiera que el responsable de los daños es el dueño de la cosa ejecutada, ¿cuál es su responsabilidad? Adviértase que él no ha percibido la totalidad del precio de la

subasta, sino solamente lo que haya quedado luego de pagar a los acreedores y los demás gastos procesales. Por ello, no parece admisible hacerlo responsable por los daños en cuanto exceda lo que efectivamente ha percibido.

Para concluir, debe insistirse en que el obligado al saneamiento no puede invocar su ignorancia o error, para eximirse de su responsabilidad, excepto estipulación en contrario (art. 1043), excepción esta última que solo es aplicable a los contratos paritarios, pues en los demás supuestos configuraría una cláusula abusiva. En otras palabras, es un supuesto de responsabilidad objetiva, en tanto es irrelevante la culpa del enajenante (art. 1722); esto es, que conociera o no el defecto oculto o el riesgo de evicción. En cambio, tal conocimiento puede tener incidencia en la indemnización del daño.

257. Pluralidad de bienes

Un supuesto particular se da cuando se enajenan varios bienes. En tal caso, hay que distinguir según sean enajenados como un conjunto o separadamente (art. 1041).

En el primer caso, por ejemplo, la venta de un juego de muebles de comedor, la enajenación es indivisible. Por lo tanto, el vicio que afecta a una de las cosas que integra el conjunto (en el título o en la materialidad misma) afecta todo el contrato.

En el segundo caso, si la enajenación se hizo por separado, aun cuando se haya fijado una sola contraprestación, ella es divisible. En otras palabras, si se vende una mesa y un cuadro, y existe un vicio que afecta a una de las dos cosas, el contrato celebrado con relación a la restante queda firme, aun cuando se haya fijado un solo precio. En este caso, habrá que tasar las cosas y determinar el precio de la cosa que sufre el vicio para descontarlo.

§ 1.— Evicción

258. Noción

Las obligaciones del enajenante no terminan con la entrega del bien. Quien transmite una cosa por título oneroso (vendedor, cedente, etc.), está obligado a garantizar la legitimidad del derecho que transmite; debe asegurar al adquirente que su título es bueno y que nadie podrá perturbarlo alegando un mejor derecho. Es una consecuencia de la buena fe y de la lealtad que debe exigirse siempre a los contratantes. Esta garantía de evicción comprende tres aspectos: en primer lugar, debe procurar que el adquirente no sea turbado de derecho por un tercero que invoque para hacerlo un derecho anterior o contemporáneo a la transmisión, y si el tercero triunfa en sus pretensiones, el enajenante tiene la obligación de indemnizar al adquirente por los daños sufridos; en segundo lugar, debe garantizar al adquirente respecto de los reclamos formulados por terceros en derechos resultantes de la propiedad intelectual, a menos que el enajenante se haya ajustado a especificaciones suministradas por el transmitente. Finalmente, el enajenante debe abstenerse de realizar todo acto que implique una turbación de hecho o de derecho respecto del bien que ha transmitido (art. 1044).

Nos ocuparemos a continuación de estos tres aspectos de la garantía de evicción.

A.— TURBACIONES DE DERECHO CAUSADAS POR UN TERCERO

259. Recaudos

Hemos dicho (nro. 258) que el transmitente debe procurar que el adquirente no sea turbado de derecho por un tercero que invoque para hacerlo un derecho anterior o contemporáneo a la transmisión.

De esta definición se desprende que para que funcione esta garantía es indispensable que se reúnan los siguientes recaudos: a) que se trate de un defecto o turbación en el derecho transmitido, de la cual resulte una pérdida total o parcial de la propiedad o posesión; b) que el tercero invoque un título anterior o contemporáneo a la adquisición.

260. a) Turbación de derecho

En primer lugar, es indispensable que se trate de una perturbación de derecho, es decir, fundada en una causa jurídica; el enajenante no garantiza jamás contra las turbaciones de hecho de los terceros (art. 1045, inc. a). Contra ellas, el adquirente tiene a su disposición remedios policiales y judiciales (acciones posesorias, interdictos, querellas criminales); pero el enajenante no puede asumir el papel de defensor del nuevo propietario contra las agresiones de hecho de que sea víctima.

La turbación de derecho queda típicamente configurada por toda pretensión, excepción o defensa deducida en juicio por un tercero y que de prosperar determinaría la pérdida total o parcial del derecho adquirido; excepcionalmente, sin embargo, se admite evicción sin sentencia ni procedimiento judicial (véase nro. 261). Pero el simple temor de sufrir el reclamo de un tercero, por fundado que sea, no da origen a la evicción.

La turbación puede fundarse en un derecho real (propiedad, condominio, usufructo, servidumbre, etc.) o personal (arrendamiento) o intelectual (derechos de autor) que pretenda un tercero sobre el bien.

261. ¿Requisito de sentencia judicial?

El artículo 2091 del Código Civil de Vélez parece exigir —para que haya evicción— que la turbación de derecho emane de una sentencia judicial. Esa exigencia estaba ya contenida en los orígenes de la institución. En el derecho romano, en efecto, se requería ineludiblemente una sentencia que consagrare el derecho del tercero; la misma palabra evicción deriva de *evincere*, que significa vencer y se la aplicó a la victoria en juicio. Sin embargo, aunque prudente, la exigencia de la sentencia no puede constituir un requisito *sine qua non*, cualquiera que sea la evidencia del derecho invocado por el tercero.

El Código Civil y Comercial, si bien se refiere a la citación a juicio y a la sentencia, no la establece como recaudo imprescindible. Más aún, dispone que la responsabilidad del enajenante subsiste si el adquirente prueba que no existía oposición justa que hacer al derecho del tercero o que su allanamiento es ajustado a derecho (art. 1048, párr. final). Por ello, debe admitirse que cuando el derecho del tercero fuera indiscutible, el adquirente puede hacer abandono del bien y reclamar la garantía de evicción. Es la solución lógica, pues no tiene sentido obligar al adquirente a seguir un juicio que ciertamente ha de perder, lo cual ocasionará molestias y gastos que en definitiva redundarán en perjuicio del enajenante. Es claro que ante la mínima duda sobre el derecho del tercero, será prudente deferir al pronunciamiento judicial la dilucidación de

la cuestión, pues de lo contrario el enajenante podría sostener que la pretensión del tercero no era fundada y negarse a prestar la garantía.

262. b) Turbación de derecho proveniente de la ley

La responsabilidad por evicción no comprende las turbaciones de derecho provenientes de una disposición legal (art. 1045, inc. b)], como sería el ejemplo de una servidumbre real y forzosa (art. 2166).

Es natural que estas limitaciones del derecho de propiedad no den lugar a reclamo del adquirente, pues no cabe duda de que esa limitación del derecho de propiedad ha debido ser tomada en cuenta al fijar el precio.

El adquirente no tiene, por tanto, de qué quejarse.

263. c) Título anterior o contemporáneo a la adquisición

El adquirente no podrá invocar la garantía de evicción sino en el caso de que el tercero que pretenda derecho sobre la cosa ostente un título anterior o contemporáneo a la adquisición (art. 1044, inc. a)]. El enajenante, en efecto, solo puede garantizar la bondad del derecho que ha transmitido; pero no asegura al adquirente contra la eventualidad de que alguien con posterioridad adquiera un derecho mejor, como ocurriría si lo adquiere por prescripción.

El caso más frecuente y típico es el de la reivindicación de la cosa por un tercero, en cuyo supuesto el adquirente tendrá derecho a reclamar la garantía de evicción y a ejercer las acciones derivadas de la venta de cosa ajena. Otro caso frecuente es el del acreedor hipotecario o prendario del vendedor que hace ejecución de la cosa por falta de pago.

264. La evicción resultante de un derecho de origen anterior a la transferencia y consolidado después

Una cuestión interesante se plantea con motivo de la venta de inmuebles que, al tiempo de celebrarse el contrato, están en posesión de un tercero, quien al cabo de algunos años los adquiere por usucapión haciendo valer el tiempo de posesión anterior y posterior a la venta.

El Código Civil y Comercial (art. 1045, inc. c]) ha dispuesto que, en principio, el adquirente no tendrá derecho a responsabilizar por evicción al enajenante, pues si la usucapión se ha cumplido, ha sido por su negligencia, ya que pudiendo evitar que aquella se operara, no lo ha hecho y no es admisible que esa negligencia se haga pesar sobre el enajenante. Sin embargo, la norma faculta al tribunal a apartarse de esta regla cuando hay un desequilibrio económico desproporcionado, el cual debe entenderse en el sentido de que confiere facultades al juez para apreciar el caso según las circunstancias y precisar si es el enajenante o el adquirente quien tuvo mayor responsabilidad por la evicción producida (conf. XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2017). Es el caso de que la venta haya sido tan próxima al instante del cumplimiento del plazo de prescripción adquisitiva, que el adquirente no ha tenido ocasión de conocerla o interrumpirla.

265. La evicción tiene lugar de pleno derecho

La garantía de evicción funciona de pleno derecho y sin necesidad de convenio alguno de las partes, pero estas pueden modificar sus efectos y aun renunciarla (art. 1036; véase nro. 255). Son soluciones universalmente admitidas.

266. Quiénes tienen la acción de evicción y contra quiénes

A esta cuestión nos hemos referido más arriba al tratar los sujetos responsables de la obligación de saneamiento (véase nro. 254).

267. Enumeración de los efectos de la citación por evicción ante la demanda promovida por un tercero

La demanda entablada por un tercero contra el adquirente tiene los siguientes efectos respecto del enajenante: a) en primer término, tiene participación en el juicio, al que debe ser citado; b) en segundo lugar, si el adquirente fuere vencido, deberá indemnizarle todos los daños sufridos.

268. Defensa en juicio

Dispone el artículo 1046 que si un tercero demanda al adquirente en un proceso del que pueda resultar la evicción de la cosa, el garante citado a juicio debe comparecer en los términos de la ley de procedimientos. El adquirente puede seguir actuando en el proceso.

Por lo tanto, el enajenante, citado por el adquirente, debe (en verdad, como se verá más adelante, puede) comparecer a juicio, en los términos de la ley de procedimientos. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula, justamente, en los artículos 105 a 110, la citación de evicción.

La intervención del enajenante en el juicio se dirige —más que a defender al adquirente— a amparar a él mismo, a quien le interesa de manera primordial el triunfo en el pleito, cuyo resultado desfavorable vendría a pesar sobre él. Solo concebido como procedimiento tutelar del enajenante se explica que el adquirente deba citarlo a juicio y que, citado, su comparecencia a juicio sea meramente facultativa y no obligatoria (arg. art. 1048, inc. b); art. 106, Cód. Proc. Civ. y Com.).

269. Citación a juicio

El enajenante debe ser citado a juicio por el adquirente, bajo pena de eximir de responsabilidad al primero, si no lo hiciere, o lo hiciere vencido el plazo que establece la ley procesal (art. 1048, inc. a). Esta citación importa una verdadera excepción dilatoria y, por tanto, se aplican las normas procesales relativas a tales defensas. Si el enajenante no se presenta a juicio, no puede ser compelido a ello ni tampoco a manifestar si intervendrá o no; el tercero deberá en tal caso intimar al adquirente a que conteste derechamente la demanda.

La citación del enajenante no significa excluir al adquirente del proceso; por el contrario, éste puede seguir actuando en el proceso (art. 1046), y sigue siendo el demandado y tiene todos los derechos de parte (contestar demanda, producir prueba, etc.), sin perjuicio de su facultad de abandonar la defensa de sus derechos en el enajenante y de pedir que en atención a ello se lo excluya del proceso.

270. Caso de enajenaciones sucesivas

El adquirente del bien no está obligado a citar de evicción a su antecesor inmediato en el dominio, sino que puede hacer citar a cualquiera de los anteriores (arts. 1033, inc. c], y 1035). Se explica que así sea porque todos ellos son responsables de la evicción (véase nro. 254).

271. Consecuencias de la falta de citación

Si el adquirente no ha citado a juicio al enajenante, o lo cita después de vencido el plazo que establece la ley procesal, cesa la responsabilidad de éste por evicción (art. 1048, inc. a); lo mismo ocurrirá si el adquirente sin la conformidad del enajenante se allanase a la demanda, o somete la cuestión a arbitraje y el laudo le es desfavorable (art. 1048, inc. c). Es justo que así sea, pues la intervención del enajenante en juicio es la única garantía de que sus derechos están bien defendidos y de que no habrá una colusión entre actor y demandado para hacer recaer sobre él la responsabilidad.

Pero esta no es una regla absoluta. A pesar de haberse allanado, o de haber sometido la cuestión a arbitraje, o de no haber citado a juicio al enajenante o haberlo hecho extemporáneamente, el adquirente podrá responsabilizarlo por la evicción si probare que no había oposición justa que hacer al derecho del tercero, o que la citación del enajenante era inútil, o que el allanamiento o laudo desfavorable son ajustados a derecho (art. 1048, párr. final). Esta regla se compagina perfectamente con el principio de que no es indispensable la sentencia para hacer surgir la responsabilidad por evicción cuando el derecho del tercero fuera tan evidente que sería inútil discutirlo. Bien entendido que corre por cuenta del adquirente la carga de probar que no había defensa legítima que oponer al reclamo del tercero.

Debe admitirse, incluso, que un reclamo extrajudicial puede dar lugar al allanamiento del adquirente a devolver la cosa, si el derecho del tercero fuera de tal modo evidente que resulte inútil obligarlo a demandar y a incurrir en los gastos consiguientes.

272. Gastos de defensa

En el régimen del Código Civil de Vélez, si el tercero que pretende derechos sobre la cosa resulta vencido en el pleito, el enajenante carece de toda responsabilidad. No podrá reclamarle el adquirente la indemnización de los daños que aquella injusta acción le haya ocasionado, ni siquiera cobrarle los gastos que hubiera hecho (art. 2117). Esta solución era aplicable aun en el caso de que el enajenante le hubiera negado su asistencia en el pleito, porque el resultado de éste demuestra que el derecho transmitido por el enajenante era bueno y no es lógico poner a su cargo los trastornos o gastos que le ocasionen al adquirente las acciones irrazonables y contrarias a derecho de terceros.

Pero si el tercero resultaba vencedor en el juicio, el enajenante debía pagarle todos los daños que resulten al adquirente de la privación total o parcial de la cosa, incluido desde luego los gastos de defensa.

El Código Civil y Comercial ha modificado, a nuestro juicio de manera equivocada, el sistema. Ahora, la regla es que el garante debe pagar al adquirente los gastos que éste ha afrontado para la defensa de sus derechos. El adquirente, solamente, no podrá cobrarlos, ni efectuar ningún otro reclamo si: i) no citó al garante al proceso, o ii) citó al garante, y aunque éste se allanó, continuó con la defensa y fue vencido (art. 1047). Sin embargo, las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2017) concluyeron que la norma debe ser interpretada en el sentido de que el garante debe pagar los gastos de juicio que el adquirente ha sufrido en caso de derrota judicial ante la demanda del tercero; en cambio, si el adquirente resulta vencedor del reclamo del tercero, en ningún caso el garante responde por las costas del proceso.

273. Distintas causas por la que se extingue la responsabilidad por evicción

La garantía por evicción se extingue: a) por la omisión de la citación a juicio del enajenante; b) por el allanamiento a la demanda; c) por la omisión por parte del adquirente de defensas o recursos en el juicio que le ha promovido el tercero; d) por haber sometido el adquirente el pleito a árbitros.

a) Omisión de la citación a juicio del enajenante

La omisión de la citación a juicio en tiempo oportuno del enajenante extingue la garantía de evicción, a menos que el adquirente probare que era inútil citarlo por no haber oposición justa que hacer al derecho del accionante (art. 1048, inc. a, y párr. final). Hemos estudiado este punto en otro lugar, al que remitimos (nro. 271).

b) Allanamiento a la demanda

El mismo efecto producirá el allanamiento judicial o extrajudicial del adquirente a la demanda del tercero (art. 1048, inc. c)), salvo que aquél demuestre que no tenía defensas legítimas que oponer (art. 1048, párr. final).

c) Omisión de defensas

También se extingue la garantía de evicción si el enajenante no comparece al proceso judicial, y el adquirente, obrando de mala fe, deja de oponer las defensas pertinentes, o no las sostiene, o no interpone o prosigue los recursos (como, por ejemplo, el de apelación) que tuviere contra la sentencia desfavorable (art. 1048, inc. b)), a menos que probare que era inútil interponer o sustanciar los recursos que tenía contra el fallo (art. 1048, párr. final).

d) Sometimiento del pleito a árbitros

Cesa igualmente la obligación por la evicción cuando el adquirente, sin consentimiento del enajenante, comprometiese el negocio en árbitros y estos laudasen en contra del adquirente (art. 1048, inc. c)). La solución es razonable. Cuando el adquirente, sin que nada lo obligue a ello, saca la dilucidación del pleito de sus jueces naturales y lo somete a árbitros, sin autorización del enajenante, debe entenderse que ha asumido el riesgo de la decisión; y el enajenante no podría ser obligado a indemnizar porque la sentencia no ha sido dictada por los jueces naturales, únicos que para él constituyen una garantía de ecuanimidad. Sin embargo, la propia ley prevé que la responsabilidad subsiste si el laudo desfavorable es ajustado a derecho (art. 1048, párr. final).

Desde luego, si el propio enajenante da su consentimiento para el sometimiento del asunto a árbitros, deberá acatar su decisión.

274. Régimen de las acciones

El acreedor de la responsabilidad dispone del derecho a declarar la resolución: i) si los defectos en el título afectan el valor del bien a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no lo habría adquirido, o su contraprestación habría sido significativamente menor; ii) si una sentencia o un laudo produce la evicción (art. 1049). El primero de los casos es de evicción parcial: hay un desequilibrio sustancial de las ventajas y desventajas previstas en el contrato. En el último caso, lisa y llanamente el adquirente ha sido desapoderado del bien.

275. Prescripción adquisitiva

Cuando el derecho del adquirente se sana por el transcurso del plazo de prescripción adquisitiva, se extingue la responsabilidad por evicción (art. 1050). Es que al consolidarse el derecho de dominio, desaparece el riesgo de ser turbado por un tercero y por ello se extingue la responsabilidad por evicción.

B.— RECLAMOS FUNDADOS EN DERECHOS RESULTANTES DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL O INDUSTRIAL

276. Noción

La responsabilidad por evicción se extiende a los reclamos de terceros fundados en derechos resultantes de la propiedad intelectual o industrial, excepto si el enajenante se ajustó a especificaciones suministradas por el adquirente (art. 1044, inc. b)).

La norma puede resultar redundante, desde que el inciso anterior dispone que la garantía de evicción se extiende a toda turbación de derecho que recae sobre un bien,

concepto este último que es comprensivo de cosas y derechos, de cualquier tipo de derechos, sean personales, sean reales, sean intelectuales.

La fuente de esta norma parece encontrarse en el artículo 42 de la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías (ley 22.765). Allí se expresa que el vendedor debe entregar las mercaderías libre de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conocía o no podía ignorar al tiempo de la celebración del contrato, a menos que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o pretensión, o que estas resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionadas por el comprador.

Teniendo presente lo expuesto, puede decirse que el inciso b) del artículo 1044 mantiene la premisa general de que el enajenante responde por la turbación del derecho transmitido, pero que se exime en el caso de haya debido ajustarse a ciertas precisiones o especificaciones dadas por el adquirente.

C.— TURBACIONES DE HECHO CAUSADAS POR EL ENAJENANTE

277. Concepto y alcances

La primera obligación que la lealtad en los negocios impone al enajenante es abstenerse de todo acto que perturbe al adquirente en el goce del derecho que le ha transmitido. Adviértase bien que no se trata del deber general, que pesa sobre todos los integrantes de una comunidad, de abstenerse de perturbar la propiedad ajena, y que, naturalmente, también pesa sobre el enajenante, sino de abstenciones que le corresponden a él en su carácter de contratante. En el primer caso, la violación del derecho ajeno hará nacer una obligación *ex delicto*; en el segundo, da origen a una responsabilidad *ex contractu*.

Esa turbación puede ser de hecho o de derecho. La primera ocurrirá cuando el enajenante perturbe al adquirente con sus hechos o sus actos jurídicos. La jurisprudencia francesa registra un interesante caso. Una persona había vendido las partes bajas de sus tierras, en las que había un molino, y había conservado las más altas. Posteriormente, gestionó ante la Administración Pública una modificación de la altura del agua, que habría beneficiado sus tierras pero perjudicado al molino. El vendedor fue obligado a desistir de su gestión.

La perturbación de derecho ocurrirá cuando el enajenante pretenda derechos sobre la cosa vendida en virtud de un título posterior a la venta. Así, por ejemplo, puede ocurrir que luego de transferida la propiedad, haya heredado a una persona que a su vez aducía un mejor título al dominio. Aunque así fuera en estricto derecho, el enajenante no podría ya reivindicar la cosa del adquirente.

La turbación de derecho hecha por el enajenante queda gobernada por la evicción en general, cuando se refiere a toda turbación de derecho (art. 1044, inc. a)).

En cambio, el principio de que la turbación de hecho excluye la responsabilidad por evicción cuando fuera causada por un tercero (art. 1045, inc. a)), deja de ser aplicable cuando esa turbación es causada por el propio enajenante, quien responde por evicción (art. 1044, inc. c)) y, consiguientemente, por el saneamiento y los daños previstos en los artículos 1039 y 1040.

278. Invalidez de la cláusula de no-garantía contra los hechos personales

Toda cláusula que exima al enajenante de su obligación de garantizar al adquirente contra sus hechos personales debe tenerse por nula, pues importaría autorizarlo a perturbar dolosamente la posesión pacífica del derecho que ha transmitido. Se trataría de una cláusula contraria a la buena fe que debe primar en los negocios jurídicos.

§ 2.— Vicios redhibitorios

279. Concepto

Se llaman vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa que existen al tiempo de la adquisición y cuya importancia es tal que de haberlos conocido el adquirente no la habría adquirido o habría dado menos por ella. Todo el que transfiere el dominio de una cosa a otra persona por título oneroso debe garantía por ellos. Es lógico que así sea, pues cuando dos personas contratan sobre una cosa, debe entenderse que lo hacen teniendo en consideración su estado aparente y las cualidades que normalmente tienen las cosas de esa especie y calidad. Si luego resulta que tenían un vicio o defecto oculto, la lealtad que debe presidir las relaciones contractuales obliga al enajenante a apresurarse a ofrecer al adquirente la rescisión del contrato o la indemnización del perjuicio. Y si no lo hace, la ley le da al adquirente las acciones tendientes a lograr ese resultado. No se trata de un recurso contra la mala fe del enajenante, que conocía los defectos ocultos de la cosa y los calló al adquirente; contra ese evento está ya amparado éste por la acción de nulidad y daños derivados del dolo. Se trata de una garantía que la ley reconoce a todo adquirente a título oneroso para ponerlo a cubierto de sorpresas desagradables y para brindar una mayor seguridad en los negocios jurídicos. Por ello esa garantía es debida inclusive por el enajenante de buena fe, que desconocía los vicios. Es un caso de responsabilidad objetiva. Mientras la evicción compromete el derecho mismo que se ha transmitido, aquí solo está en juego la integridad económica y práctica de la cosa.

La palabra *redhibitoria* proviene de *redhibere*, que significa hacer retomar. Con ella se expresa la idea de que el adquirente tiene el derecho de hacer retomar la cosa al enajenante y de exigirle que éste le devuelva el precio. Pero hay que advertir que no siempre el adquirente tiene esa acción para dejar sin efecto el contrato, pues cuando el vicio es subsanable, solo podrá reclamar la restitución de una parte del precio.

Ya dijimos que esta garantía solo se debe en los contratos a título oneroso, pero no en los gratuitos (pues en estos el beneficiario de la liberalidad no tendría en verdad de qué quejarse, pues siempre ha visto acrecentado su patrimonio), sin perjuicio del derecho del adquirente a ejercer en su provecho las acciones de responsabilidad correspondientes a sus antecesores (art. 1035).

280. Condiciones de existencia

Para que exista vicio redhibitorio capaz de dar origen a la responsabilidad del enajenante es necesario que el vicio sea *oculto, importante y anterior a la enajenación*.

a) Debe ser oculto

Los vicios *aparentes* no dan origen a ninguna responsabilidad del enajenante. Cuando dos personas contratan respecto de una cosa que puede ser vista y apreciada por el adquirente, no podrá luego quejarse éste de los defectos notorios, aunque ellos no hayan sido mencionados en el contrato. Por igual motivo, no da origen a

responsabilidad la existencia de un vicio oculto, pero conocido por el adquirente que recibe la cosa sin reservas.

Por ello, la responsabilidad por defectos ocultos no comprende los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición (art. 1053, inc. a)]. Desde luego, esta norma es aplicable siempre y cuando el adquirente no haya hecho reserva expresa respecto de ellos, tal como lo prevé la propia norma citada.

¿Cuándo los defectos deben reputarse ocultos? Esta es una cuestión sujeta a la libre apreciación judicial. Como principio puede afirmarse que no son ocultos aquellos defectos que podrían descubrirse mediante un examen atento y cuidadoso de la cosa, practicado en la forma usual para ese negocio y para esa mercadería, sin que sea necesario que el adquirente se haga asesorar por un experto. Tal asesoramiento constituiría una exigencia excesiva, que no se aviene con la práctica de los negocios ni con las necesidades del tráfico comercial. Basta pues con el cuidado que pone en sus negocios un propietario diligente.

Es claro que el adquirente no podrá ampararse en su inhabilidad, impericia o ignorancia, para excusarse de no haber descubierto un vicio que pudo ser advertido por un propietario diligente. Así, por ejemplo, si una persona compra un viñedo notablemente afectado de filoxera, no podrá luego afirmar que él desconocía la forma en que tal plaga se manifiesta; en ese caso podría replicársele con razón que si él carecía de toda experiencia sobre el punto debía haberse hecho asesorar por un experto. Por ello es que si el bien reviste características especiales de complejidad, y la posibilidad de conocer el defecto requiere cierta preparación científica o técnica, para determinar esa posibilidad se aplican los usos del lugar de entrega (art. 1053, inc. a)], lo que lleva a admitir en estos casos la necesidad de contar con el asesoramiento de expertos.

b) Debe ser importante

En segundo lugar, el vicio debe tener una importancia tal que hagan a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyan su utilidad a tal extremo, que de haberlo conocido, el adquirente no la habría adquirido la cosa o habría dado menos por ella (art. 1051, inc. b)]. Cabe notar que el artículo que citamos agrega que debe tratarse de defectos que hagan que la cosa resulte *impropia para su destino*. Se trata de un párrafo poco feliz, que obviamente solo puede referirse a la hipótesis de que el adquirente reclame la resolución del contrato: si solo reclama la devolución de una parte del precio, basta con demostrar que de haber conocido el vicio hubiera pagado menos.

La gravedad del vicio se vincula, sobre todo, con las acciones que la ley pone a disposición del adquirente: si fuera tan importante que la cosa resultare impropia para su destino, o indudable que el adquirente de haberlo conocido no la habría adquirido, tiene a su disposición la acción redhibitoria, por la cual puede obtener la resolución del contrato (art. 1056). En cambio, si el defecto es subsanable, en principio solo puede exigir la subsanación y la reparación de los daños sufridos; sin embargo, si el enajenante no lo subsana, renace el derecho del adquirente a resolver el contrato (art. 1057).

c) Debe existir al tiempo de la adquisición

Solo los vicios que existían al tiempo de la adquisición de la cosa —al momento de la tradición— pueden dar fundamento a una queja del adquirente (art. 1053, inc. b)]; los posteriores al momento de la tradición no son imputables al enajenante y deben atribuirse a la acción del tiempo o a culpa del adquirente. Bien entendido que basta que ellos se encuentren en germen en aquel momento, aunque todavía no se hayan manifestado. Así por ejemplo, la aparición de una mancha de humedad con

posterioridad a la entrega de la cosa da lugar a la acción redhibitoria si ella es ocasionada por un defecto de la cañería existente al tiempo de la entrega.

281. Prueba

Incumbe al adquirente, como regla, probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición (art. 1053, inc. b)) y, no probándolo, se juzga que sobrevino después. Pero debe recordarse que en materia de prueba también puede recurrirse a las presunciones e indicios. Por ello, bastará con que de las circunstancias del caso y de la naturaleza del defecto resulte indudable o muy probable que el vicio ya existía en ese momento. La prueba pericial tendrá ordinariamente un valor decisivo cuando la fecha de aparición del defecto no ha podido ser categóricamente establecida por otros medios, como pueden ser testigos, informes de las oficinas técnicas estatales, etcétera.

La norma citada prevé una excepción: la prueba de que el vicio es posterior a la tradición incumbirá al enajenante cuando éste actúe profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación. Con razón, se hace recaer en el experto la carga de la prueba.

282. Entre quiénes existe la garantía

Ya nos hemos referido a esta cuestión cuando tratamos los sujetos responsables en la obligación de saneamiento, y allí nos remitimos (véase nro. 254).

283. Acción redhibitoria; efectos entre las partes y respecto de terceros

Esta acción está destinada a dejar sin efecto el contrato. El adquirente pondrá a disposición del enajenante el bien y reclamará la restitución de la contraprestación dada.

Cabe preguntarse qué ocurre con los derechos reales con que el adquirente haya gravado la cosa. La acción redhibitoria importa una resolución contractual. Ahora bien, dispone el artículo 1079, inc. b), que la resolución produce efectos retroactivos entre las partes, pero no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe. Esto significa que si el adquirente ha constituido derechos reales sobre la cosa (hipotecas, usufructos, servidumbres, etc.), no podrá intentar la acción redhibitoria si no la desgrava previamente.

En lo que atañe a las relaciones entre las partes, ellas deben restituir lo que han recibido en razón del contrato o su valor (art. 1080). Además, el enajenante debe reembolsar, total o parcialmente, según corresponda, los gastos generados por la celebración del contrato y los tributos que lo hayan gravado (art. 1082, inc. b)). Asimismo, debe reparar los demás daños causados (art. 1082, inc. a)); a tal efecto, parece necesario distinguir entre el enajenante de buena y mala fe. En el primer caso, responderá por las consecuencias inmediatas; en el segundo, considerando que ha obrado con dolo, responderá también por las consecuencias mediatas (arts. 1727 y 1728).

284. Acción por subsanación del defecto

¿Tiene el adquirente la alternativa de reclamar la subsanación del defecto en lugar de accionar por redhibición? Desde luego que sí. Se trata, en definitiva, de una acción por cumplimiento de contrato, consecuencia inevitable del principio general según el cual el acreedor tiene siempre el derecho a reclamar del deudor el exacto cumplimiento de su obligación. Dentro de esta posibilidad debe incluirse no solo la subsanación, sino también el derecho del adquirente a exigir un bien equivalente si se trata de un bien fungible (art. 1039, inc. b)).

285. ¿Es indemnizable el daño extrapatrimonial?

Como regla, el derecho del adquirente se reduce a las acciones ya vistas, es decir, a las acciones redhibitorias, por subsanación del defecto y de entrega de un bien

equivalente si es fungible. Sin embargo, teniendo en cuenta que el art. 1057 deja a salvo la reparación de daños, sin ningún tipo de exclusión, parece razonable que quede comprendido también en ese daño, la indemnización del daño extrapatrimonial sufrido por quien ha adquirido una cosa que ha tenido que ser reparada, por las molestias e inconvenientes que tales reparaciones le hayan causado.

286. Venta de varias cosas conjuntamente

Ya nos hemos referido a esta cuestión al tratar el tema de la pluralidad de bienes en la obligación de saneamiento, y allí nos remitimos (véase nro. 257). Solo añadiremos que si la venta comprende cosas principales y accesorias, los vicios ocultos de las primeras permiten reclamar la redhibición de las segundas. Pero los vicios ocultos de las accesorias no afectan a las principales. No es más que la aplicación de las disposiciones relativas a las cosas accesorias (art. 1041, párr. final).

287. Pérdida de la cosa

Puede ocurrir que la cosa defectuosa se pierda en poder del adquirente; los efectos de tal evento varían según las siguientes hipótesis:

a) Si la cosa se pierde, total o parcialmente, como consecuencia del vicio, el enajenante soporta su pérdida (art. 1058), lo que implica que deberá restituir lo recibido, conservando el derecho a reclamar la cosa por él dada, en el estado en que se encuentra, si se ha perdido de manera parcial.

b) Si la cosa se pierde por caso fortuito o por culpa del adquirente, se aplican las normas generales de que las cosas perecen para su dueño, sin importar la existencia del vicio redhibitorio, que, en definitiva, no incidió en la pérdida.

288. Venta en subasta

El dueño de la cosa vendida en remate judicial o administrativo no responde, a nuestro entender, por los vicios redhibitorios. Desde luego, debe tratarse de ventas forzosas, emanadas de una decisión judicial o administrativa.

Vale aclarar que esta interpretación no es la que surge del artículo 1040, en la que parecería que el acreedor de la obligación de saneamiento puede exigir la subsanación del defecto, pero no puede reclamar daños (cuestión que hemos visto antes, nro. 256). Pero, en este caso, incluso, podría responder hasta el monto percibido.

289. Ventas especiales: a prueba, sobre muestra, alternativa

La circunstancia de que la venta se haya hecho a prueba o ensayo no elimina la responsabilidad del vendedor por los vicios que hayan permanecido ocultos durante el período de prueba, pero no habrá responsabilidad si se trata de vicios que el comprador podría haber descubierto fácilmente durante la prueba.

Análogos principios deben aceptarse respecto de la venta sobre muestra. El vendedor no podrá alegar, para excusar su responsabilidad, que el defecto estaba ya en la muestra aceptada por el comprador, si en ella también era oculto. Así ocurrirá, por ejemplo, si un agricultor ha comprado una semilla sobre muestra y luego resulta que carece de poder germinativo.

En las obligaciones alternativas subsiste la responsabilidad por vicios redhibitorios aunque la elección haya sido hecha por el comprador, pues esto no significa en forma alguna renuncia a la garantía por vicios ocultos; por el contrario, la elección de la cosa viciada indica comúnmente que se ignora esa circunstancia.

290. Causales de cesación de la garantía

No deberá el enajenante la garantía por vicios redhibitorios: a) si así se hubiera estipulado en el contrato (art. 1036), aunque dicha estipulación deberá ser interpretada

con carácter restrictivo (art. 1037); b) si el adquirente conocía el vicio o si debía conocerlo mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición (art. 1053, inc. a)). Especial valor tendrá la profesión u oficio del adquirente.

Correlativa a esta última disposición es la exención de la responsabilidad del enajenante cuando el adquirente conocía o pudo conocer la existencia del vicio (art. 1040, inc. a)). La cuestión de si el vicio era de tal naturaleza que debía ser conocido por el adquirente es materia que queda sometida a la libre apreciación judicial. Sin embargo, en el marco de la ley de defensa del consumidor, tal conocimiento no puede ser opuesto al adquirente para liberarse (art. 18, inc. b], ley 24.240), a pesar de que envía a una norma derogada.

291. Cláusulas que modifican la garantía

Ya nos hemos referido a esta cuestión cuando tratamos este tema en la obligación de saneamiento, y allí nos remitimos (véase nro. 255).

292. Supuesto de ampliación convencional de la garantía

Se considera que un defecto es vicio redhibitorio: i) si lo estipulan las partes con referencia a ciertos defectos específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocido; ii) si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida (por ejemplo, el cumplimiento de las normas ISO), aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad; iii) si el que interviene en la fabricación o en la comercialización de la cosa otorga garantías especiales. Sin embargo, excepto estipulación en contrario, el adquirente puede optar por ejercer los derechos resultantes de la garantía conforme a los términos en que fue otorgada (art. 1052).

Se toca así un problema que ha dado lugar a largas discusiones doctrinarias. ¿Hay una diferencia esencial entre vicios redhibitorios propiamente dichos y cualidades ocultas prometidas por el enajenante? Considerando el problema desde este punto de vista filosófico, no es difícil establecer esta diferencia: vicio redhibitorio es un defecto del que *normalmente* carecen las cosas de esa especie y cualidad; el adquirente tiene derecho a esperar que la cosa que compra estará libre de él, pues eso es lo normal. Defecto de cualidad prometida no constituye en cambio una anomalía natural, sino la falta de una cierta cualidad que diferencia esas cosas de las demás de su especie y que por ello, por no ser común en las demás, ha debido ser garantizada en el contrato. Si se vende un automóvil nuevo que no da más de 50 kilómetros por hora, tiene un vicio redhibitorio, porque es normal que dé 130 o 150 kilómetros; si, en cambio, se promete que da 250, como esta no es una cualidad normal, se trata de un defecto de cualidad prometida.

Pero examinado el asunto desde el ángulo jurídico, es decir, considerando las proyecciones que trae aparejadas con relación a los deberes y derechos de las partes, la distinción no parece justificarse. En ambos casos, lo que está en juego es una condición o cualidad de la cosa que el adquirente tiene derecho a esperar conforme a la buena fe, sea porque normalmente la cosa vendida la tiene, sea porque el contrato lo ha asegurado. No se justifica, por tanto, un tratamiento legal diferente.

Pero es necesario advertir que debe tratarse de cualidades ocultas; si, en cambio, se tratare de cualidades aparentes prometidas en el contrato y la cosa entregada no se ajustare a ellas, la situación legal de las partes está regida por los principios generales relativos al incumplimiento de las obligaciones: el adquirente podrá negarse a recibir la cosa, oponer la *exceptio non adimpleti contractus* y, finalmente, reclamar todos los daños derivados de la falta de la cualidad prometida, sin que el enajenante pueda eximirse de esta responsabilidad alegando buena fe o ignorancia del defecto.

293. Caducidad y prescripción de las acciones

El Código Civil y Comercial establece un sistema complejo de caducidad y prescripción de las acciones reconocidas.

En efecto, el artículo 1055 establece que la responsabilidad por defectos ocultos caduca en diferentes plazos según se trate de inmuebles o muebles. Si se trata de un bien inmueble, la caducidad se produce cuando transcurren tres años desde que el adquirente lo recibió; si se trata de bienes muebles, el plazo de caducidad se reduce a seis meses, el que se cuenta a partir de la fecha en que el adquirente lo recibió o lo puso en funcionamiento.

Esta última hipótesis se refiere a las máquinas; es lógico que el plazo comience a correr desde que se las puso a andar, pues es allí cuando se puede advertir el defecto oculto.

Vencidos esos plazos, se extingue el derecho (art. 2566).

Pero debe recordarse que estos plazos pueden ser aumentados convencionalmente (art. 1055), lo que resulta común en muchos casos, como la garantía que suelen extender las empresas automotrices, que muchas veces se dan por plazos mayores.

Supongamos ahora que aparece el vicio en los plazos antes indicados. El adquirente tiene la carga de denunciar expresamente la existencia del defecto oculto al garante dentro de los sesenta días de haberse manifestado, debiéndose aclarar que si el defecto se manifiesta gradualmente, el plazo se cuenta desde que el adquirente pudo advertirlo (art. 1054).

¿Y si no hace la denuncia en el plazo de sesenta días? El incumplimiento de esta carga extingue la responsabilidad por defectos ocultos, excepto que el enajenante haya conocido o debido conocer, la existencia de los defectos (art. 1054, párr. final). La excepción final importa una sanción a la mala fe del enajenante.

Distinto de la caducidad es la prescripción. Según el citado artículo 1055, párrafo final, la prescripción de la acción está sujeta a lo dispuesto en el Libro Sexto. En este Libro, en el artículo 2564, se establece que el reclamo por vicios redhibitorios prescribe al año (inc. a)).

¿Cómo conjugar estas disposiciones?

A partir de la entrega del bien, o de su puesta en funcionamiento cuando ello corresponda, comienza a correr el plazo de caducidad. Si durante ese tiempo se revela el defecto oculto (debemos insistir en que si transcurre el plazo de tres años o de seis meses ya vistos se extingue la posibilidad de reclamar por tales vicios ocultos), el adquirente tiene un reducido plazo de sesenta días (excepto que el enajenante haya conocido o debido conocer la existencia del defecto) para poder denunciar al enajenante el vicio oculto que ha aparecido, y vencido ese plazo sin haber hecho la comunicación, también se extingue el derecho.

Ahora bien, hecha la denuncia, comienza a correr el plazo de prescripción de un año para iniciar la acción judicial, redhibitoria o por subsanación del defecto oculto.

Cierto es que lo que acabamos de afirmar no se desprende ajustadamente de nuestro Código. En efecto, debe recordarse que el plazo de prescripción comienza a correr desde el día en que la prestación es exigible (art. 2554). Y la prestación será exigible, cuando se advirtió el vicio. Por lo tanto, si esta advertencia fue anterior al momento en que se denunció su existencia, el plazo de prescripción debería comenzar a correr antes de tal comunicación.

Sin embargo, no compartimos esta solución por dos motivos. Por un lado, porque la certeza del conocimiento del vicio se da con la comunicación al garante, lo que lleva a contar el plazo de prescripción a partir de esa fecha. Por el otro, porque hay que tener en cuenta que la interpretación de la prescripción es restrictiva, por lo que ante la duda

habrá que estar al plazo más amplio. Esta ha sido la recomendación unánime de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2017).

CAPÍTULO XV - INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

§ 1.— ¿Qué se interpreta en un contrato?

294. Cuestiones generales

La pregunta que encabeza este párrafo recibe una respuesta clara: lo que se interpreta es la voluntad de los contratantes, al tiempo de celebrar el contrato. Pero, en verdad, con esta respuesta tampoco obtenemos una solución del problema.

En efecto, inmediatamente nos surge otro interrogante: ¿cuál es la voluntad de los contratantes? Sobre este tema se han desarrollado diferentes teorías. Veamos.

295. a) Teoría de la voluntad íntima

Hasta el siglo XIX, y con un fuerte desarrollo de la doctrina francesa, predominó esta teoría, también llamada de la voluntad psicológica o de la voluntad real, que fuera expuesta primeramente por SAVIGNY. Se afirma que en la interpretación de los contratos debe procurarse desentrañar o determinar lo verdaderamente querido por las partes, esto es, aquello que cada uno entendió que eran los derechos y obligaciones nacidos del vínculo contractual. Ello es así pues, se sostiene, lo que acompaña a la voluntad interna, esto es, las palabras, gestos, escritos, no son más que despreciables vestigios de los procesos por los cuales se han dado a conocer; o, con otras palabras, la declaración no es más que un simple medio de prueba de la voluntad interna.

A primera vista, la tesis se presenta razonable, pues, en definitiva, lo que se intenta es interpretar el contrato de manera tal de no traicionar lo querido por cada uno de los contratantes.

Sin embargo, de inmediato pueden advertirse los riesgos tremendos que genera aceptar esta postura.

Lo primero que debe señalarse es que aquello "verdaderamente" querido por los contratantes, en la medida en que no sea expresado, resulta inaccesible a terceros, con la consiguiente inseguridad jurídica que se provoca. No solo se estarían facilitando el obrar desaprensivo de quien actúa de manera dolosa o de mala fe, y los casos de reserva mental o de simulación del acto jurídico, justificándose ese obrar en la hipotética discordancia entre lo expresado y lo "verdaderamente" querido (que bien se puede "armar" prefabricando prueba en determinado sentido), sino que, incluso, se estaría premiando a quien hubiera obrado de buena fe pero negligentemente, sin prestar demasiada atención a las diferencias que pudieran haber existido entre lo manifestado y su voluntad íntima.

Tan contundentes son estas razones que, y solo para tomar dos casos, nadie duda de que es válida la obligación asumida bajo reserva mental y que también lo es el acto simulado respecto de terceros.

Lo dicho, con ser muy grave, no es todo. Es necesario advertir que difícilmente las partes hayan podido prever todas las posibilidades que se pueden dar en la vida del contrato. Hay innumerables cuestiones no previstas que generan lagunas en éste, las que deben ser llenadas —en lo que se ha dado en llamar la integración del contrato— recurriendo a las normas supletorias y a los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables (art. 964). Y es evidente que en la búsqueda de la interpretación de la voluntad no puede sostenerse que solo deben analizarse las cláusulas expresamente pactadas, prescindiendo de las integradas por la ley, porque la existencia misma del contrato está dada por todas las cláusulas.

Por último, y ya dentro de la nuestra ley, es importante destacar que el artículo 1061 establece que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. Como se ve, la ley pone el acento en la intención común y no en la intención individual de cada contratante. Es lo querido por ambas partes lo que importa. Más aún, en la mayoría de los casos, el contrato definitivo no expresa lo querido por cada parte, sino algo diferente. En efecto, cuando en una compraventa inmobiliaria, el dueño ofrece en venta el bien en la suma de u\$s 90.000 y el interesado en comprarlo ofrece u\$s 85.000, y finalmente se realiza la operación en u\$s 87.000, es evidente que el precio acordado no expresa lo que cada contratante quería "íntimamente", pero sí lo que alcanzaron de común acuerdo.

296. b) Teoría de la declaración de la voluntad

Estas críticas han puesto de relieve que, en aras a la seguridad jurídica y como una manera de proteger la confianza depositada en la palabra empeñada, lo importante es lo que las partes han expresado al momento de contratar. Esto ha sido resaltado por la llamada teoría alemana, destacándose DANZ como su más importante expositor. Pero algo más hay que señalar: la voluntad (interna) y su expresión conforman un todo inescindible, de tal manera que no puede concebirse una sin la otra. Desde luego que las palabras usadas en esa manifestación deberán ser interpretadas en el contexto del contrato, y de acuerdo con el lenguaje corriente, los usos y costumbres del lugar, el momento histórico en que se hizo la declaración, las circunstancias del caso y la conciencia social dominante.

Debe señalarse, no obstante, que la teoría de la declaración de la voluntad también ha recibido críticas. Así, se sostuvo que si se prescindiera absolutamente de la voluntad íntima habría que darle valor a declaraciones que no responden a la voluntad del declarante, tales como aquellas realizadas por la persona que se encuentra en estado de ebriedad o bajo hipnotismo, o como aquellas otras contraídas con espíritu de broma. A estos casos, caben añadirse las declaraciones viciadas por error, dolo y violencia.

Una visión extrema de la teoría de la declaración de la voluntad, que solo tenga en cuenta lo declarado y que prescinda de valorar la intención de obligarse, se hace pasible a tales críticas. Pero, cuando se habla de la declaración de la voluntad, se habla tanto de la declaración como de la voluntad; *mejor aún —en verdad— se habla de la voluntad declarada*. En otras palabras, importa sobremanera lo declarado, pues ello es lo que recibe la contraparte y sobre su base se obliga recíprocamente, pero a la vez debe existir una voluntad de obligarse. Esto se ve con claridad en los casos de ebriedad, hipnotismo u obligación contraída con espíritu de broma: en los dos primeros supuestos, no hay conciencia de lo que se está declarando; en el último, no hay intención de obligarse, lo que desde luego deberá surgir patente del acto.

A su vez, en los supuestos de dolo y violencia, la voluntad está viciada, ya sea por el engaño sufrido, ya sea por la compulsión padecida.

Queda el supuesto de error. En este punto, y siguiendo la doctrina clásica, el error vicia la voluntad y por tanto permite anular el acto jurídico. Sin embargo, conforme lo dispone el artículo 265, si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad. En otras palabras, en los contratos (que son siempre actos jurídicos bilaterales) el mero error de una de las partes no es suficiente para anular el acto si no pudo ser reconocido por la otra.

297. c) Teorías eclécticas

Se han desarrollado otras teorías, llamadas eclécticas o intermedias, en tanto toman elementos de las desarrolladas en los puntos anteriores, procurando combinar la necesidad de respetar la real intención de las partes creadoras del acto, con la seguridad y confianza que deben prevalecer en las relaciones humanas para que pueda hablarse de un verdadero orden jurídico.

i) *Teoría de la responsabilidad*. Esta teoría, desarrollada por WINDSHEID, sostiene que en caso de que existan diferencias entre la voluntad íntima y lo declarado debe prevalecer la primera, a los efectos de interpretar correctamente el contrato. Sin embargo, expresamente señala que si la divergencia existente es consecuencia de la culpa del declarante, deberá prevalecer lo declarado. Como se ve, se trata de una aceptación de la teoría de la voluntad psicológica con una concesión a la teoría de la declaración de la voluntad. Es interesante advertir que esta teoría, al aludir a la culpa del declarante, está diciendo, con otras palabras, que si el autor de la declaración la ha hecho de manera oscura o equívoca, debe responder por ello, y esto ha sido recogido por la moderna doctrina cuando interpreta los contratos con cláusulas predisuestas.

ii) *Teoría de la confianza*. Esta teoría, difundida en Italia bajo el nombre de *affidamento*, es la simétrica antítesis de la anterior. En efecto, se sostiene aquí que en el caso de que existan diferencias entre la voluntad íntima y lo declarado debe prevalecer la segunda, excepto que el destinatario haya obrado culposamente, esto es, sabiendo o debiendo saber que no había correspondencia entre la manifestación y la verdadera voluntad del declarante. Como se ve, recepta la teoría de la declaración de la voluntad, pero hace una concesión a la teoría de la voluntad íntima.

iii) *Teoría de la imputabilidad*. Esta teoría, defendida por DE RUGGIERO, propone que la interpretación de los contratos tenga directa relación con la buena o mala fe de los contratantes referida a la conciencia que el declarante o el destinatario de la declaración tuvieron de la discordancia. Lo que interesa, entonces, es el comportamiento de las partes, si estas actuaron de buena o mala fe. Con otras palabras, puede decirse que lo que importa es a quién debe imputarse la discordancia, para decidir luego si se debe considerar la íntima intención o la voluntad declarada. La solución no es convincente, pues ¿qué sucede si ambos contratantes obraron de buena fe? ¿Qué criterio existe para optar por una u otra solución? Pareciera no haber respuestas válidas.

iv) *Teoría de las declaraciones recepticia y no recepticia*. MESSINEO ha afirmado que la interpretación de los contratos debe hacerse teniendo en cuenta el carácter recepticio o no de la declaración formulada. En el primer caso, importará lo declarado, pues tal manifestación ha sido hecha teniendo en cuenta que otra persona va a recibirla, lo que implica atribuirle el alcance que razonablemente se le puede asignar atendiendo a las circunstancias en las que se la formula; en el segundo, importa lo querido, porque no había un fin de afectar a otro sujeto, pero —claro está— es imprescindible que eso querido tenga alguna expresión, aunque fuere incompleta, en la declaración.

298. La situación en la legislación argentina

Hemos de dejar a un lado la discusión que existía sobre este tema en tiempos de vigencia del Código Civil de Vélez.

En la actualidad, la cuestión parece resuelta. Veamos.

Ante todo, debe tenerse presente que los actos humanos son voluntarios o involuntarios, juzgándose que son voluntarios cuando han sido ejecutados con discernimiento, intención y libertad, y si se manifiesta por un hecho exterior (art. 260), y ese hecho exterior se configura con la palabra oral o escrita, los signos inequívocos o la ejecución de un hecho material (art. 262), o, en ciertos casos puntuales, por el silencio (art. 263).

Por otra parte, debe recordarse que no siempre el error vicia el acto jurídico. En efecto, el error de derecho no lo vicia, pues la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, a menos que exista una excepción expresamente autorizada por el ordenamiento legal (art. 8); por su parte, si bien cuando el error de hecho es esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto, es necesario para que ello ocurra —como ya hemos adelantado— que tal error pueda ser reconocido por el destinatario de la manifestación de voluntad si se trata de un contrato (art. 265).

Como puede advertirse de lo dicho hasta acá, siempre se exige que la voluntad sea declarada y que, en definitiva, sea reconocible por la contraparte.

Añádase que i) si se trata de un acto simulado, la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito, y que si encubre otro acto real, éste es plenamente válido si no viola la ley o perjudica a terceros (art. 334) y ii) los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos válidos, producen los efectos de los hechos en general y dan lugar a las reparaciones que correspondan (art. 391).

De lo expuesto, podemos concluir que las normas reseñadas permiten sostener la preponderancia de la teoría de la voluntad declarada (lo que no impide considerar alguna de las teorías eclécticas, sobre todo la que distingue entre declaraciones recepticias y no recepticias), pues todas ellas hacen producir efectos a lo manifestado sobre las intenciones ocultas de los interesados.

Es la buena solución. Ante todo porque resulta importante impulsar un ejercicio responsable de los propios actos; esto es, exigir coherencia a quien efectúa una declaración, entre lo declarado y su verdadera intención. A ello súmese la necesidad de evitar lamentables sorpresas en quien recibe esa declaración que, de buena fe, interpreta lo declarado teniendo en cuenta el sentido común de las palabras, los usos y costumbres del lugar y el modo de expresión al tiempo de la declaración. Modificar el sentido normal en aras a respetar lo íntimamente querido por el declarante importa un agravio a la confianza y buena fe de quien ha sido destinatario de tal declaración.

Como se ha dicho, no es posible obligar a las partes a adivinar lo que la otra siente o quiere en su fuero íntimo, sino que deberá limitarse a considerar lo que ella manifiesta. Pero, desde luego, si el destinatario conocía la discordancia entre lo declarado y lo querido por la contraparte, deberá ampararse esto último a fin de evitar una interpretación que termine favoreciendo al destinatario que ha actuado de mala fe (lo que importa recoger la idea de la teoría ecléctica de la confianza).

Por ello, el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe. En otras palabras, respetar lo manifestado en concordancia con la buena fe que cabe exigir a ambos contratantes.

299. Interpretar un contrato, ¿es una cuestión de hecho o de derecho?

Lo dicho hasta acá, esto es, si debe prevalecer en materia de interpretación de los contratos la teoría de la voluntad íntima o psicológica o la teoría de la voluntad declarada (e, incluso, si se opta por una de las teorías eclécticas), tiene una importancia sustancial al momento de definir si la interpretación de los contratos conforma una cuestión de hecho o una cuestión de derecho.

En efecto, sostener que la interpretación de los contratos es una cuestión de hecho importa afirmar que lo que debe procurarse es conocer la intención de las partes. En

otras palabras, se trata de una cuestión de prueba: hay que acreditar qué es lo que ellas han querido.

Por el contrario, afirmar que la interpretación de los contratos es una cuestión de derecho significa afirmar que lo importante es el sentido que normalmente tienen las palabras usadas, conforme al lenguaje común y los usos y costumbres del lugar. En otras palabras, debe determinarse el significado objetivo de la declaración realizada, los alcances que ella tiene, de manera análoga a lo que ocurre con la interpretación de la ley.

La cuestión es de substancial importancia, pues los tribunales de casación solo entienden en las cuestiones de derecho y jamás en las cuestiones de hecho, toda vez que cuando lo que se discute son temas de prueba, la cuestión se agota en los tribunales ordinarios.

Desde esta óptica, parece claro que la interpretación de los contratos es una cuestión de derecho, por cuanto lo que importa es definir los efectos jurídicos de la manifestación de la voluntad. Además, es la única manera de superar el problema que plantea la convivencia entre normas acordadas y supletorias, tema al que ya nos hemos referido con anterioridad (nro. 295).

Estas, con ser razones fundamentales, no son las únicas. Así puede advertirse que el juez, cuando interpreta un contrato, debe ajustarse a ciertas reglas y principios jurídicos; por lo tanto, si debe aplicar normas jurídicas, está claro que no hay un tema probatorio, propio de las cuestiones de hecho, sino de interpretación, lo que constituye una cuestión de derecho.

§ 2.— Reglas de interpretación

300. Cuestiones preliminares

Las reglas de interpretación constituyen un sistema de reglas obligatorias e imperativas que gobiernan el contrato considerado en su totalidad. Considerar en su totalidad el contrato celebrado importa que no solo se procura interpretarlo, sino también que deben interpretarse todas las normas (convalidantes, supletorias o rectificatorias) que sean aplicables a ese contrato.

Las reglas tienen particular importancia para los jueces (o en su caso, para el árbitro) quienes tendrán la responsabilidad de resolver el conflicto planteado, conforme a ellas. Pero también, estas reglas tienen como destinatario a las mismas partes contratantes, a los terceros que puedan ser beneficiados por el contrato y a aquellos otros a los cuales el contrato les impone una obligación.

Mucho se ha discutido sobre si estas reglas deben ser usadas en un orden determinado o no. Sin perjuicio de que el artículo 1065 parece imponer un cierto orden, pensamos, siguiendo a Noemí Lidia NICOLAU ("Interpretación y elaboración de normas en materia contractual, con especial referencia al derecho argentino", en obra colectiva *Interpretación del contrato en América Latina*, Grijley - Universidad Externado - Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 356), que lo fundamental es que se respete el orden lógico de las tareas a cumplir; es decir, primero debe darse la interpretación, escudriñando la voluntad común de las partes, y segundo, si fuere menester, procederse a la integración.

301. El principio general de la buena fe

Sin duda, el criterio rector en materia de interpretación de los contratos es el principio general de la buena fe, al que deben subordinarse todas las demás reglas interpretativas. Pero ¿en qué consiste este principio? ¿Qué es la buena fe?

La "buena fe" es un concepto de difícil definición y aprehensión, que no puede ser simplistamente definido como el comportamiento opuesto al de mala fe o a procedereshonestos o desleales. Por ello, parece conveniente comenzar por distinguir entre las llamadas buena fe subjetiva y buena fe objetiva.

La primera, también llamada buena fe en sentido psicológico o buena fe creencia, consiste en la creencia nacida de un error excusable, de que su conducta no va contra derecho. Este concepto engloba, en verdad, un doble campo de acción: en primer lugar, consiste en creer que no se está dañando un interés ajeno tutelado por el derecho o en ignorar que se estaba provocando tal daño —v.gr., la posesión de buena fe—; en segundo lugar, consiste en la creencia o error de una persona con la que otro sujeto, que se beneficia, se relaciona (como por ejemplo, el pago de lo que no se debe).

La segunda, llamada también buena fe en sentido ético o buena fe lealtad, consiste en la creencia y confianza que tiene un sujeto en que una declaración surtirá en un caso concreto los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales. Es decir, son las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico, que llevan a creer en la palabra empeñada y en que el acto sea concertado lealmente, obrando con rectitud.

Sentado lo precedentemente expuesto, puede sostenerse que el principio general de la buena fe es una norma jurídica que impone a las personas el deber de comportarse lealmente en el tráfico jurídico, ajustando el comportamiento al arquetipo de conducta social reclamada por la idea ética vigente. Importa, además, exigir a los sujetos una actitud positiva de cooperación y de despertar confianza en las propias declaraciones, manteniendo la palabra empeñada. Y como consecuencia de ello, opera como límite al ejercicio de los derechos subjetivos. Por lo tanto, el principio de la buena fe significa que el acreedor no debe pretender más que lo que es debido, conforme a la honesta inteligencia de las cláusulas contractuales y habida cuenta de la finalidad de ellas.

Asimismo, como la buena fe implica ajustarse a lo convenido en el contrato, ello incluye no solo el cumplimiento fiel de lo pactado sino también de los deberes accesorios de conducta, tales como los de información, cooperación, diligencia, seguridad y garantía, que se fundan en deberes de convivencia y solidaridad social, que van más allá de lo expresamente pactado, pero que impiden toda acción u omisión que pueda dañar al otro contratante, con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Este principio ha sido destacado por el Código Civil y Comercial en diferentes partes. En efecto, el Título preliminar lo recepta en su artículo 9º (*los derechos deben ser ejercidos de buena fe*) con una clara intención de que gobierne todas las relaciones jurídicas, sin excepción alguna. A su vez, el artículo 961 dispone que *los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, y que obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*. Finalmente, el artículo 1061 establece que *el contrato debe interpretarse conforme al principio de la buena fe*.

La idea resulta clara: se está pensando en un comportamiento leal, sincero, ético, sin reservas y confiado en la palabra empeñada, que en definitiva tiende a proteger a ambos contratantes, a quien recibe la declaración contra la posibilidad que el declarante alegue que quiso algo distinto de lo que expresó, y a este último contra la posibilidad de que aquel alegue que entendió lo manifestado en un sentido diferente de lo que es su significado propio. Reiterando palabras ya dichas, el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, los mismos efectos que normalmente ha producido en casos iguales.

En definitiva, interpretar un contrato de buena fe significa interpretarlo teniendo en cuenta que los contratantes han debido comportarse frente al otro lealmente, de manera sincera y sin reservas, descartando hacer uso de las facultades obtenidas con un innecesario rigor que pueda provocar un daño injusto a la contraparte. La interpretación de buena fe no puede agotarse en el contrato, sino que debe extenderse al tiempo anterior a su celebración, a las negociaciones previas (art. 991), y hacia el futuro, pues no solo deberá tener en cuenta lo expresamente pactado sino también las consecuencias que pueden considerarse comprendidas en lo convenido, siempre que se esté en el marco de un contratante previsor y cuidadoso.

El valor del principio general de la buena fe es tan importante que, como se verá, constituye el fundamento de una gran cantidad de reglas interpretativas.

302. La intención común

El artículo 1061 establece que *el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes*.

La intención común de las partes presume la libertad contractual, es decir, la facultad que ellas tienen de determinar el contenido del contrato. Pero la norma hace algo más: pone de relieve la importancia de desentrañar esa intención común, que es más que la intención individual de cada contratante. Es importante, entonces, interpretar el contrato de acuerdo con la intención común de los contratantes, esto es, la común intención de obligarse y de adquirir derechos, y no la intención individual de cada contratante o su particular finalidad personal. La idea de una intención común es de gran valor, pues implica que la voluntad de las partes va más allá de la finalidad individual perseguida.

La idea de la intención común también ha sido recogida por los Principios Unidroit. Así establecen que a) el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. Si esa intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes (art. 4.1); b) las declaraciones y demás actos de cada una de las partes se interpretarán conforme su intención, siempre que la otra haya conocido o no la haya podido ignorar (art. 4.2.1). El estándar de la persona razonable apunta a un esperado entendimiento usual en personas de la misma condición, es decir, con los mismos conocimientos y experiencia técnica o en los negocios.

Debemos señalar, para concluir, que esta búsqueda de desentrañar la intención común de las partes debe ser cuidadosa para no perjudicar a los terceros, quienes podrían verse afectados por manifestaciones culposas de los contratantes.

303. La interpretación restrictiva

El artículo 1062, primera parte, prevé que *cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad*.

Es lo que se ha dado en llamar "interpretación auténtica", que incluye no solo la hipótesis de que la ley haya dado a los términos un significado determinado, sino también a las definiciones que las partes hayan establecido de ellos. De esta forma, se aclara la terminología que pueda generar dudas.

Normalmente, esta interpretación se fija en el propio contrato; sin embargo, no existe problema en que ella se asiente en uno nuevo. Pero, en este caso, el nuevo contrato no puede afectar los derechos adquiridos por los terceros como consecuencia del primero.

Esta disposición no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente (art. 1062, 2ª parte); ello en consideración a la protección que debe darse a adherentes y consumidores.

304. La interpretación gramatical

Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general (art. 1063, párr. 1º, 1ª parte); esto es que el significado común de las palabras prevalece sobre el sentido técnico. Este punto hace una aplicación expresa de la lealtad, que —como hemos recordado antes— es un concepto integrante del principio general de la buena fe. El hombre medio usa las palabras en sentido común y no técnico, incluso —a veces— de manera impropia, aunque conforme con un uso vulgar, y no es posible que las diferencias culturales o de poder negociador sean reafirmadas mediante la prevalencia del sentido técnico en desmedro del débil jurídico. Es esencial hablar claro; quien no lo hace debe cargar con las consecuencias.

Por ello, por el valor que tienen las palabras usadas es que cuando el convenio es claro y preciso no puede ser modificado por interpretaciones sobre la base del espíritu de las cláusulas, intención presunta de las partes o las finalidades perseguidas, pues las palabras se corresponden en sí mismas con la realidad que designan y además, por regla general, traducen con fidelidad el pensamiento. Quien pretenda que la voluntad contractual difiere de la que surge claramente del contrato o que los términos usados tienen un significado distinto del que se desprende de su acepción común, debe producir una prueba harto contundente; de lo contrario, debe prevalecer la interpretación conforme a la claridad aludida.

Pero, desde luego, si el contrato se refiriera a un tema técnico y ambas partes fueran idóneas en él, deberá entenderse que las palabras usadas han sido tomadas en el sentido propio con que se las utiliza en esa especialidad; lo mismo sucede cuando la propia ley, el acuerdo de las partes o los usos y prácticas del lugar de celebración, atribuyen a las palabras un significado específico (art. 1063, párr. 1º, 2ª parte). Estas mismas reglas, debe añadirse, se aplican a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta (art. 1063, párr. final).

Una cuestión particular, pero interesante, está dada por el uso de palabras o expresiones específicas, seguidas por palabras o expresiones genéricas. Esta expresión o palabra genérica no puede ser interpretada en sentido amplio sino acotada a la palabra o expresión específica que la precede. Así, si en un contrato de seguro, el riesgo cubierto es el incendio o naufragio de una nave u otro peligro, este "otro peligro" solo puede ser entendido como un riesgo relativo a la navegación.

Un problema particular se plantea con los contratos redactados en diferentes lenguas (es el caso, por ejemplo, de que se firmen diversos ejemplares en distintos idiomas). En este supuesto, si las partes no han dado prioridad a un idioma en particular, dando autenticidad a todas las versiones, parece razonable presumir que, en caso de discrepancia, las partes quieren ser leídas en la lengua en que se hizo la primera redacción (conf. art. 4.7, Principios Unidroit).

305. La interpretación contextual o sistemática

Las cláusulas contractuales no pueden ser interpretadas aisladamente sino *unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto* (art. 1064). La solución es absolutamente lógica, pues el contrato es un todo inescindible e indivisible. Además, son las mismas personas que se obligaron, por lo que resulta absurdo pensar que se pueda separar cada idea, toda vez que las cláusulas están encadenadas unas con otras. La pretensión de hacer prevalecer una palabra o frase aislada, que no guarda coherencia con el resto del contrato, altera su sentido y espíritu que es uno solo, y constituiría una clara arbitrariedad, violatoria a su vez del principio general de la buena fe. Las partes no pueden ampararse en cláusulas que las favorecen y desechar las perjudiciales.

Es necesario añadir que cada cláusula arrancada del conjunto y tomada en sí misma puede tener un significado inexacto; solamente la correlación armónica de cada una con

las otras y teniendo en cuenta la luz que proyectan armónicamente permite desentrañar el significado efectivo de cada una y de todas tomadas en conjunto.

Debe señalarse, sin embargo, que esta interpretación sistemática no es aplicable a los contratos con cláusulas predisuestas, porque el grueso de contrato, al estar prerredactado, responde al querer de uno solo de los contratantes. Por ello, en estos casos, prevalece la cláusula especial sobre lo predispuesto. Cabe recordar que el artículo 987 establece que *las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente*.

306. El principio de la conservación del negocio

El artículo 1066 dispone que *si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto*. Y añade que *si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato*.

Resulta absurdo pensar que las partes han celebrado un negocio jurídico tendiente a que no produzca efectos, como resultaría de la nulidad posible. Lo razonable es que han querido producir efectos jurídicos, y de allí la validez que debe presumirse. Lo mismo cabe decir de ciertas cláusulas convenidas; sería un sinsentido pensar que han sido pactadas para no darle valor alguno.

La norma avanza también en otra dirección: si hay varias interpretaciones posibles (como se ve, no se plantea una hipótesis de ineficacia), deberá preferirse aquella que se adecue mejor al objeto contractual.

307. La naturaleza y finalidad del contrato

El artículo 1065 establece que *cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se debe tomar en consideración... c) la naturaleza y finalidad del contrato*.

Se trata de una regla interpretativa, que a su vez deriva del principio general de la buena fe. Para los Principios Unidroit, la naturaleza y la finalidad del contrato constituyen una circunstancia relevante en la interpretación del contrato (art. 4.3).

Es fundamental determinar qué contrato se ha querido celebrar, calificarlo, más allá del nombre que se le haya dado, pues la interpretación deberá ser acorde con eso querido, esto es con la finalidad tenida en cuenta por las partes. El nombre que las partes le den al contrato es de escasa importancia. Lo que importa es que el juez lo califique jurídicamente, lo que le permitirá desentrañar su naturaleza, clasificarlo entre las categorías jurídicas existentes, determinar las normas jurídicas que han de aplicarse, e interpretarlo correctamente. El ejemplo típico es el contrato de comodato celebrado entre dos partes, que en verdad encubre una verdadera locación, usándose aquel formato para eludir las reglas imperativas que gobiernan a este último.

Por otra parte, para interpretar un contrato resulta necesario conocer el fin práctico y económico tenido en cuenta por las partes. Ello es así, pues el contrato es el medio adecuado para que ellas alcancen el fin querido, con lo que se advierte que teniendo en cuenta el fin querido podremos dar el significado adecuado al contrato.

Asimismo, este tener muy en cuenta el fin querido por las partes nos conecta con la llamada teoría de la causa que ha tendido a imponerse en el derecho comparado. El neocausalismo, hoy sostenido mayoritariamente, hace referencia a un fin económico, objetivo, y a otro fin subjetivo o motivo determinante. En este caso, resulta esencial el fin económico, que demuestra que todo contrato persigue el objetivo de producir la circulación de bienes.

308. La conducta de las partes

El artículo 1065 establece que *cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se debe tomar en consideración... b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración.*

La norma causa cierta perplejidad. De su redacción, pareciera que lo importante es la conducta anterior; de allí que se dice que incluso debe considerarse la conducta posterior. Y, en verdad, lo realmente trascendente es la conducta posterior. La anterior solamente deberá ser tenida en cuenta con mucha precaución.

Con mejor criterio, el Código de Comercio derogado establecía que *los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato* (art. 218, inc. 4º). Lo mismo han destacado los Principios Unidroit, que disponen que los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato son circunstancias relevantes de la contratación (art. 4.3). La idea es clara: si las partes se han comportado de determinada manera, es porque así creyeron que cumplían sus obligaciones y ejercían sus derechos conforme a lo convenido. Esa conducta, muchas veces, revela lo querido de manera más clara que lo escrito en el contrato, pues traduce en hechos lo que puede resultar dudoso en la palabra. Pretender lo contrario a lo que se interpreta del comportamiento efectuado es contrario al principio general de la buena fe que debe gobernar la relación contractual.

Es claro que las conductas de los contratantes a los que alude la norma son aquellos actos voluntarios, pues los ejecutados sin discernimiento, intención o libertad no constituyen un acto jurídico y, por tanto, no producen por sí obligación alguna (arts. 259 y 260).

Ahora bien, debe destacarse que la conducta que verdaderamente importa y debe considerarse es aquella que perjudica al que la ha realizado. En efecto, si se considerara la conducta que beneficia a quien la alega, las partes encontrarían una vía sencilla para torcer la recta interpretación del contrato, ejecutando ciertos hechos que más tarde se harán valer en la contienda judicial en su propio provecho.

Pasemos ahora a la conducta anterior a la celebración del contrato. ¿Resulta o no relevante a los efectos de interpretarlo? La cuestión no es sencilla. Por un lado, está claro que si lo pactado es distinto de lo obrado con anterioridad, ello demuestra que finalmente las partes acordaron algo diferente, por lo que ese comportamiento anterior no tiene relevancia. Sin embargo, en los casos de duda, cuando el contrato ha dejado algunas lagunas, esos vacíos bien pueden llenarse con las conductas anteriores de las partes, que reflejan una unidad de obrar y conforman, además, las bases de entendimiento que en su momento fueron consideradas para celebrar el contrato.

Esas negociaciones han dado lugar a las tratativas precontractuales y a trabajos preparatorios, e, incluso, pueden haber derivado en un contrato preliminar. Incluso, no es un dato menor a considerar la situación particular de los sujetos contratantes, pues ella revela lo que buscaban conseguir con el contrato y los propósitos que los guiaron.

309. Las circunstancias del caso

El artículo 1065 establece, también, que *cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se debe tomar en consideración: a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares.*

Para interpretar un contrato es necesario considerar los hechos producidos al tiempo de la celebración, la situación existente en ese momento, que en definitiva denotan la intención de las partes a la época de contratar.

En efecto, similares palabras o conductas pueden reflejar distintas intenciones. Veamos un ejemplo: si a una persona se le rompe el vehículo mientras circula por una ruta, y acepta que otra persona lo arregle, habrá contrato de servicios o no según si el

que hace la reparación es alguien que trabaja prestando ese servicio en la ruta o si el que hace la reparación es un amigo que viajaba con él.

Por otra parte, las negociaciones preliminares son importantes, como se ha dicho antes, para determinar lo pretendido por las partes.

310. El principio de coherencia o confianza, o teoría de los actos propios

El artículo 1067 establece que *la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto*.

La idea es clara. Se trata de que la interpretación contractual tenga en cuenta la confianza que ha despertado una de las partes en la otra, con su comportamiento, rechazando su contradicción. Se trata de la recepción de la teoría de los actos propios que, en otra ocasión, hemos definido como la regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria respecto del propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.

Más allá de la claridad de la idea, a nuestro entender existen dos fallas que deben puntualizarse.

La primera, que la definición que se da en el artículo 1067 es incompleta. En efecto, la teoría de los actos propios exige no solo que la conducta vinculante (la que ha despertado la confianza en el otro sujeto) sea jurídicamente relevante; exige que ella sea eficaz. En efecto, si la conducta vinculante es inválida o es ineficaz en sí misma o es ilícita o es contraria a las buenas costumbres o a la moral, se la puede contradecir, sin violar el principio de coherencia.

La segunda es una falla metodológica. La teoría de los actos propios no es solo aplicable a los contratos; por el contrario, es aplicable a toda situación o relación jurídica, aunque no sea un contrato. De hecho, tradicionalmente se le ha reconocido una función supletoria en el ámbito contractual. Por ello, hubiera sido más acertado incluir esta norma en el título preliminar.

311. Expresiones oscuras

Finalmente, si a pesar de las reglas interpretativas vistas hasta este momento, persisten las dudas, habrá que diferenciar según si el contrato es a título gratuito u oneroso. En el primer caso, se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado; en el segundo, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes (art. 1068).

Se ha superado así el problema que planteaba el Código de Comercio cuando establecía que, para el caso de duda, si las demás reglas interpretativas se han exhibido insuficientes, debía interpretarse el contrato de manera tal de liberar al deudor (art. 218, inc. 7º), lo que fue muy criticado.

Es que, en caso de duda, no siempre es justo favorecer al deudor. A quien debe favorecerse, en todo caso, es al débil jurídico. Muchas veces el deudor es el contratante fuerte, ¿o no lo es, acaso, el deudor de un mutuo que ya ha recibido el préstamo y que al vencer el plazo de devolución se niega a hacerlo?, y el locatario que no devuelve el inmueble alquilado, ¿no es el contratante fuerte frente al locador que ha perdido la tenencia?

Por eso, es razonable la distinción que la norma hace. Solo en los contratos gratuitos corresponde interpretarlos a favor del deudor, esto es, a favor de su liberación o, al menos, a favor de la menor transmisión de derechos, justamente porque nada ha recibido a cambio; en tanto en los contratos onerosos, debe prevalecer la idea de mantener la equivalencia o reciprocidad de las prestaciones.

312. Los usos, prácticas y costumbres sociales

Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho (art. 1º).

La interpretación del contrato debe tener en cuenta los usos, prácticas y costumbres sociales. Por lo tanto, a menos que se trate de una situación reglada legalmente, si las partes contratantes pretenden apartarse de lo que es habitual —según esos usos, prácticas y costumbres— deberán expresarlo con claridad. Un ejemplo de ello es la costumbre en algunos lugares de la Argentina de que el postor en un remate de hacienda preste su asentimiento con un simple movimiento de cabeza, lo que no ocurre en otras subastas, y no podrá prescindirse de esta costumbre. Es preciso aclarar que los usos, prácticas y costumbres obligan si las partes los conocen o debieran conocerlos con una diligencia media, salvo que su aplicación sea irrazonable (conf. Principios Unidroit, art. 1.8.2).

Ahora bien, cabe interrogarnos: ¿Cuál es el lugar que debe importar para considerar los usos, prácticas y costumbres: el de ejecución o el de celebración del contrato? Nos inclinamos por el lugar de celebración, máxime si las partes viven en el mismo sitio. En este caso, parece evidente que los usos y costumbres tenidos en cuenta son los de ese lugar, pues los matices o significados que se pueden atribuir corresponden con los que ellos conocen, es decir, con los del lugar que habitan.

A ello, añádase que el artículo 964, al referirse a la integración del contrato, considera los usos y prácticas del lugar de celebración en cuanto sean aplicables.

313. La equidad

El artículo 218, inciso 3º, del Código de Comercio derogado, preveía como pauta interpretativa a las reglas de equidad, lo que ha sido omitido en el Código Civil y Comercial, más allá de la mención tangencial que se hace en el artículo 1068.

A pesar de esta supresión, nos parece incuestionable que la equidad continúa siendo una regla de interpretación contractual.

Es que la equidad constituye un concepto que se enlaza con la idea moral del contrato. En tal sentido, nos parece útil recordar lo que tantos años atrás decía RIPERT: "El juez, al escuchar las diversas voces que van a dictarle la sentencia, es sensible, ante todo, a la consideración de la ley moral. Tiene la convicción de que debe hacer reinar la justicia; es menos sensible a la utilidad común que a la equidad". Hoy en día se suele resaltar la importancia de respetar estrictamente la ley en aras de garantizar la seguridad jurídica; pero, en verdad, esta última no se resiente —por el contrario se fortalece— cuando la ley es interpretada teniendo en cuenta el valor de la equidad para hacerla más justa, en tanto resguarda el equilibrio de las prestaciones.

Ahora bien, si el juez —como se ha destacado— debe interpretar el contrato conforme a esa ley moral y a la equidad, el obrar de las partes debe ser conforme a esos mismos principios.

Poner de relieve la importancia de interpretar el contrato con equidad, sin embargo, no significa propiciar que —so pretexto de equidad— se modifiquen las obligaciones contractuales. Revisar el contrato bajo la impronta de la equidad solo resulta admisible si se vulnera el orden público, la moral o las buenas costumbres (art. 958).

314. La interpretación integradora

El artículo 964 establece que *el contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean*

ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

Muchas veces resulta necesario llenar las lagunas del contrato, las que inexorablemente existen, pues es imposible que las partes puedan prever todas las contingencias que puedan acaecer, y para ello debe recurrirse a la llamada interpretación integradora, que ha recibido consagración legislativa en la norma transcrita. La misma idea de interpretación integradora está receptada en la segunda parte del artículo 961, cuando, refiriéndose a la buena fe, establece que los contratos obligan *no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*

La interpretación integradora refleja que el contrato está conformado por cláusulas expresamente pactadas por las partes, por cláusulas imperativas o indisponibles que no pueden ser eludidas por ellas, por cláusulas que se desprenden de la legislación supletoria (cláusulas legales que pudieron ser verdaderamente conocidas por las partes, habiendo omitido mencionarlas en el contrato justamente por la aplicación subsidiaria de ellas, o que pudieron ser ignoradas aunque son aplicables plenamente por imperio legal) y por los usos y prácticas. Todas estas cláusulas tienen valor jurídico.

No se trata entonces de interpretar exclusivamente las cláusulas escritas en el contrato sino de interpretarlas de manera armónica con las que prevé la legislación supletoria y la costumbre, lo que denota la posibilidad de influirse recíprocamente, amén de permitir al juez establecer la verdadera extensión de las obligaciones. Asimismo, es posible integrar el contrato considerando lo previsto por las partes y haciendo derivar de ello lo que ellas mismas presumiblemente hubieran manifestado de haber previsto el punto en cuestión expresamente.

Particularmente importante es la interpretación integradora en dos supuestos: a) frente a la nulidad parcial, y b) en los casos de aplicación de normas imperativas o indisponibles. En los casos de nulidad parcial, el juez deberá integrar el contrato para darle plenos efectos, integración esta que se hará mediante la aplicación de normas imperativas en sustitución de las nulas, aplicación de normas supletorias, incorporación de los usos y costumbres, y presencia del principio general de la buena fe. Por otra parte, hay casos en que deben aplicarse reglas de carácter imperativo, como ocurre con los deberes secundarios de conducta que surgen de la buena fe, las garantías legales y las cargas, y también con las condiciones impuestas por el orden público que provocan el reemplazo de las normas contractuales que las contradigan o ignoren.

Pero, además, existen supuestos en que la propia ley obliga a dejar sin efecto ciertas cláusulas e integrar el contrato con las normas imperativas que ella impone, como ocurre con el plazo de locación inmobiliaria que, si fuera inferior a los mínimos legales, carece de valor alguno, a menos que el locatario ya tenga la tenencia de la cosa (art. 1198).

En la integración del contrato habrá que tener en cuenta, además, si el contrato es nominado o innominado. Para los contratos nominados deberá recurrirse a las pautas fijadas en el ya transcrito artículo 964; para los innominados, deberá acudir, además, a las normas generales sobre contratos y obligaciones, a los usos y prácticas del lugar de celebración, y a las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que sean compatibles y se adecuen a su finalidad (art. 970, incs. b], c] y d]).

En todos los casos, deben respetarse las reglas de prelación normativa establecidas en el artículo 963; esto es que si concurren disposiciones del Código Civil y Comercial y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: i) las normas indisponibles de la ley especial y del Código; ii) las normas particulares del contrato; iii) las normas supletorias de la ley especial, y iv) las normas supletorias del Código.

315. La interpretación en los contratos de consumo, por adhesión y conexos

a) Los contratos de consumo

En el campo de los contratos de consumo, es fácilmente advertible la existencia de una disparidad de poder negocial (no solo económica, sino también jurídica), en tanto el proveedor tiene la facultad de establecer las condiciones contractuales, lo que parece poner en evidencia un claro signo conmovedor del principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

El Código Civil y Comercial dispone que *las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable*. Y añade que *en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor* (art. 1094).

Por otra parte, la legislación especial ha procurado compensar esta diferencia en el poder negociador, con cierta protección del consumidor, que se traduce en la sanción de normas tuitivas. La ley 24.240 —llamada de defensa del consumidor—, que es de orden público (con todo lo que ello implica), ha fijado también ciertas reglas de interpretación. Estas cuestiones serán analizadas más adelante (véase nro. 347 y ss.).

b) Los contratos por adhesión

Nos hemos referido a estos contratos con anterioridad (véanse nros. 65/9).

Solamente nos hemos de limitar a recordar que

i) Las cláusulas ambiguas deben ser interpretadas en sentido adverso a quien las redactó (art. 987). La solución constituye una clara aplicación del principio general de la buena fe. La regla protege al adherente, quien no tiene otra opción que adherir a la propuesta redactada por la otra parte o no contratar, y por ello es lógico que quien redactó el contrato, lo hizo sin claridad, con ambigüedad o términos abusivos, se haga cargo de las consecuencias indeseables de tal tipo de redacción. Pensamos que esta idea es, incluso, aplicable al contrato paritario, si es factible determinar quién redactó la cláusula ambigua; en esta línea, los Principios Unidroit disponen que si de los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte (art. 4.6).

ii) Las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales, aunque estas no hayan sido canceladas (art. 986).

iii) Las cláusulas manuscritas o mecanografiadas prevalecen sobre las impresas, pues constituyen cláusulas especiales.

iv) En los contratos predispuestos, las cláusulas incorporadas prevalecen sobre las preexistentes.

v) Los usos y costumbres no pueden ser valorados como en los contratos paritarios, pues pueden responder a prácticas abusivas del predisponente o pueden modificar la economía del negocio; de allí que el artículo 964, inciso c), disponga que el contrato se integra con los usos y prácticas, en cuanto sean aplicables.

c) Los contratos conexos

También nos hemos referido a estos contratos con anterioridad (véase nro. 37).

Ahora, hemos de limitarnos a recordar que los contratos conexos —es decir, que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global— deben ser interpretados los unos por medio de los otros y atribuirles el sentido apropiado al conjunto de la operación, su función global y el resultado perseguido (art. 1074).

Es necesario recalcar que los contratos que integran cada grupo no pueden ser interpretados aisladamente sino, por el contrario, de manera conjunta con los demás contratos que integran ese grupo, pues todos ellos tienen en vista un único objetivo: el

desarrollo integral del negocio. Por ello, necesariamente, estos contratos unidos propagan sus efectos, uno a otro.

CAPÍTULO XVI - EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

§ 1.— Causales

A.— CUMPLIMIENTO

316. Cumplimiento

Los contratos se extinguen naturalmente por el cumplimiento de las obligaciones que los contratantes han asumido. Así, por ejemplo, en la compraventa, el contrato se extingue con la entrega de la cosa por una parte, y el pago del precio, por la otra; en el contrato de obra, por la realización y entrega de la obra por el empresario y el pago de su precio por el dueño, etcétera.

El cumplimiento puede ser exigido forzosamente (art. 730, inc. a)] y, en ciertos casos, se puede hacer cumplir la obligación por un tercero (art. 730, inc. b)].

En los contratos de consumo, expresamente se otorga al consumidor la facultad, entre otras, de exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible, y sin perjuicio —claro está— del derecho a accionar por los daños y perjuicios que correspondan (art. 10 bis, ley 24.240, ref. por ley 24.787).

Sin embargo, no debe creerse que con el cumplimiento de las prestaciones se extinguen totalmente las obligaciones contractuales. Así, en los contratos onerosos el que entregó la cosa debe todavía la garantía de saneamiento.

B.— IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO

317. Concepto

También se extinguen los contratos por la imposibilidad de cumplir la prestación.

El artículo 955 establece que tal imposibilidad debe ser sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva; esto es, que la imposibilidad sea posterior al nacimiento de la obligación, que importe un impedimento insuperable para cualquier persona y que no sea transitoria.

La norma diferencia, a su vez, según si la imposibilidad fue producida por caso fortuito o fuerza mayor, o si se debe a causas imputables al deudor. En el primer supuesto, la obligación se extingue, sin provocar responsabilidad alguna; es el caso de que se haya prometido la entrega de una cosa y esta se pierde o destruye por fuerza de la naturaleza. En el segundo supuesto, la norma citada dispone que la obligación no se extingue sino que se modifica su objeto, convirtiéndose en la de pagar una indemnización por los daños causados; en otras palabras, si la imposibilidad de cumplir se debe a culpa del deudor, éste será responsable de los daños.

En los contratos de consumo, además de la facultad vista en el número anterior, el consumidor puede aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; opción que adquiere mayor relevancia cuando existe una verdadera imposibilidad de cumplimiento. En este caso, también conserva, como se dijo más arriba, el derecho a reclamar los daños que correspondan (art. 10 bis, ley 24.240, ref. por ley 24.787).

Finalmente, debe señalarse que si la imposibilidad de cumplir es temporaria, el contrato no se extingue, sin perjuicio de que corresponda o no indemnizar los daños sufridos, según que tal imposibilidad responda a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, o a otro de culpa del deudor.

Con todo, debe resaltarse que la imposibilidad temporaria puede tener los mismos efectos que la imposibilidad definitiva. Ello ocurre cuando el plazo de cumplimiento es esencial, o cuando se frustra el interés del acreedor de manera irreversible (art. 956). Son los conocidos casos del vestido de la novia o el servicio de comida para una fiesta, obligaciones que deben cumplirse en tiempo oportuno inexorablemente.

C.— NULIDAD

318. Noción

La nulidad es una sanción prescripta en la ley, que priva a los contratos de sus efectos normales en razón de un vicio originario, es decir, anterior o concomitante con la celebración del acto. Aquí solo aludiremos a un problema específico de los contratos. El principio general en materia de nulidades es que la nulidad de una cláusula no entraña la nulidad de todo el acto si las cláusulas fueran separables (art. 389, párr. 2º). Se trata de un supuesto de nulidad parcial. En este caso, el juez deberá integrar el contrato, si fuere necesario, de acuerdo con su naturaleza y con los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes (art. 389, párr. 3º). Debe resaltarse que el deber del juez de integrar el contrato solo existe si es necesario para la finalidad del contrato. Así, una tasa de interés fijada en valores usurarios puede ser anulada lisa y llanamente, lo que resulta particularmente importante en los contratos por adhesión, para evitar abusos del predisponente.

Pero si las disposiciones no son separables, porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, debe declararse la nulidad total del contrato (art. 389, párr. 2º).

Entre los casos de cláusulas separables, cuya nulidad no invalida todo el acto, cabe citar: a) El de las cláusulas nulas sustituidas *de iure* por normas indisponibles. Ejemplo:

la convención que fije al contrato de locación un término menor que el que determina el artículo 1198 es de ningún valor; la relación jurídica mantiene toda su vigencia y debe sustituirse la cláusula nula por otra acorde con el plazo indicado en esa norma. b) El de la cláusula accesorio, cuando resultare evidente de una interpretación contextual que, aun sin ella, el contrato se habría celebrado de todas maneras. c) Finalmente, hay que admitir que la parte afectada por la nulidad de una cláusula tiene derecho a mantener la validez del resto del contrato, si aun así, le conviniera: en ese caso, nada justificaría la nulidad total. Bien entendido que debe tratarse siempre de partes separables, como dice el artículo 389, pues si se tratara de una cláusula fundamental relativa al objeto, la causa, etc., es inconcebible la nulidad parcial.

D.— CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN

319. Noción

La prescripción liberatoria es una figura jurídica que considera dos cuestiones: la inacción del titular de un derecho y el transcurso del tiempo fijado por la ley. La prescripción no extingue el contrato, pero sí extingue la acción derivada de él, extinción que se produce si ha transcurrido el plazo legal y el titular del derecho no lo ha reclamado. Como se puede advertir, por esta vía se hace perder eficacia jurídica al contrato. Ello no obsta a que si se cumple espontáneamente una obligación prescripta, el cumplimiento queda firme y es irrepetible (art. 2538).

La caducidad tiene efectos más radicales: no solo hace perder la acción, extingue también el derecho no ejercido (art. 2566). Así, la responsabilidad por defectos ocultos en un inmueble caduca a los tres años de recibido (art. 1055, inc. a)), y ya no podrá reclamarse aun cuando el vicio se haga evidente más tarde.

E.— CONFUSIÓN

320. Noción

Hay confusión cuando se reúne en una misma persona la calidad de deudor y acreedor, y en un mismo patrimonio (art. 931). En tal caso la obligación queda extinguida. Es claro, entonces, que si se reúnen en una misma persona los derechos y obligaciones de dos contratantes (como ocurriría si el comprador de un inmueble viene a ser el único heredero del vendedor), el contrato se extingue.

F.— TRANSACCIÓN

321. Noción

La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas (art. 1641). Ahora bien, aun cuando la transacción es un contrato, lo que las partes procuran no es generar derechos ni transmitirlos, sino declararlos o reconocerlos. Mediante la transacción, las partes abandonan un estado de cierta incertidumbre jurídica e ingresan en otro de plena certeza, con clara determinación de sus derechos. De esta manera se extinguen aquellas obligaciones que eran dudosas.

G.— RENUNCIA

322. Noción

La renuncia es una declaración de voluntad por la cual una persona abandona un derecho y lo da por extinguido. Por ello, en la medida en que la renuncia no esté prohibida y solo afecte intereses personales, es posible que ambas partes o una de ellas renuncien a los derechos conferidos en un contrato, extinguiéndose así las obligaciones oportunamente creadas.

H.— MUERTE DE LAS PARTES

323. Planteo del tema

Como regla, la muerte de las partes o de una de ellas no provoca la extinción del contrato.

Por el contrario, *los efectos del contrato se extienden, activa y pasivamente, a los sucesores universales* (art. 1024), con lo cual, los herederos vienen a ocupar el lugar de quien ha fallecido y quedan obligados a cumplir con las disposiciones establecidas en el contrato y a ejercer los derechos allí conferidos.

Sin embargo, esta regla tiene sus excepciones. En efecto, el propio artículo 1024 establece que no se transmiten a los herederos las obligaciones que sean inherentes a la persona del causante, o cuando la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la propia obligación o esté prohibida por una cláusula o por la ley (véase nro. 202).

I.— RESCISIÓN

324. Rescisión bilateral. Concepto y efectos

La rescisión bilateral es un acuerdo de voluntades por el cual se deja sin efecto un contrato. Por ello se la llama también distracto. Puesto que el acuerdo de voluntades ha podido crear un vínculo jurídico, puede también aniquilarlo o extinguirlo.

Los efectos de la rescisión bilateral dependen de la voluntad de las partes, aunque si nada se conviene, solamente produce efectos para el futuro (art. 1076). En otras palabras, las partes pueden acordar que el contrato originario quede sin efecto retroactivamente, con obligación de las partes de restituirse mutuamente todo lo que hubieran recibido la una de la otra; o bien pueden acordar que el contrato deja de producir sus efectos en adelante, quedando firmes los efectos ya producidos. Debe decirse, sin embargo, que la retroactividad resultante de una rescisión bilateral no puede perjudicar nunca los derechos que los terceros hubieran adquirido en el ínterin como consecuencia del contrato originario (art. 1076, *in fine*).

325. Rescisión unilateral. Concepto y efectos

La rescisión unilateral no importa un acuerdo de voluntades; por el contrario, una sola de las partes, por propia voluntad, está facultada a poner fin a las relaciones contractuales, total o parcialmente (art. 1077). Esta facultad excepcional es reconocida por la ley en ciertos contratos; así, por ejemplo, en el contrato de trabajo, que puede ser rescindido por voluntad unilateral del obrero o del patrón; en el contrato de obra el dueño puede desistir por su sola voluntad (art. 1261); en el contrato de locación, el locatario puede rescindir unilateralmente (la norma habla erróneamente de resolución anticipada) en la medida en que dé cumplimiento con las pautas fijadas en el artículo 1221, etc. Esta rescisión unilateral pone término a las relaciones contractuales a partir del momento en que la voluntad se ha manifestado; pero no afecta los efectos anteriores del contrato, es decir, no tiene retroactividad, salvo pacto en contrario (art. 1079, inc. a)).

También es posible que las partes hayan pactado la posibilidad de rescindir el contrato de manera unilateral (art. 1077). En este caso, la facultad rescisoria no puede ser ejercida abusiva, desconsiderada o desmedidamente, y ninguna de las partes, en caso de indeterminación del plazo de vigencia del contrato, está autorizada para hacer cesar abruptamente la relación, salvo que un *casus* le imponga hacerlo o hubiere acaecido una actividad francamente culpable o dolosa de una de las partes. También en este caso, los efectos son solo para el futuro, salvo estipulación en contrario (art. 1079, inc. a)).

La ley nada dice de la situación de los terceros ante un caso de rescisión unilateral, legal o convenida. La omisión quizás se deba a que se prevé como regla que los efectos solo serán para el futuro. Sin embargo, no puede olvidarse que la propia norma deja a salvo la posibilidad de convenir que los efectos se retrotraigan hacia el pasado; en este caso, parece claro que no pueden afectarse los derechos de los terceros (arg. art. 1021).

J.— REVOCACIÓN

326. Concepto y efectos

Establece el artículo 1077 que el contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante revocación, en los casos en que el mismo contrato o la ley le atribuyan esa facultad. Y más adelante, se dispone que, como regla, produce efectos solo para el futuro (art. 1079, inc. a)).

Da la sensación que la norma ha considerado la revocación en el sentido que se le da en ciertos contratos, como es el caso de la revocación del mandato (art. 1329, inc. c)]; pero en rigor, ese es un supuesto de rescisión unilateral. En efecto, se trata de la facultad que le confiere la ley para dejar sin efecto un contrato, de manera unilateral y sin causa justificante alguna que deba probar. Por ello es que sus efectos se producen no retroactivamente, sino a partir del momento en que el mandato fue revocado.

En su significado estricto, la idea de revocación está unida a la de liberalidad: se revoca una donación, un testamento. Importa un acto de voluntad por el cual se deja sin efecto la liberalidad. Limitándonos ahora al campo de los contratos (en el derecho sucesorio, la solución es distinta), diremos que la revocación exige una causa jurídica que la justifique; así, por ejemplo, será necesario que medie ingratitud del donatario o incumplimiento por éste de los cargos que le fueron impuestos (art. 1569). Pero el motivo que da lugar a la revocación no opera *ipso iure*; es menester que el donante, fundado en esa causa, pida la revocación. Y ningún inconveniente hay en que, a pesar de mediar una justa causa de revocación, el donante mantenga la donación.

La revocación deja sin efecto el contrato retroactivamente; esta regla es absoluta entre las partes. En cambio, los terceros que hubieran adquirido derechos sobre las cosas transmitidas, quedan protegidos. La regla es que el donatario debe resarcir al donante el valor de las cosas donadas al tiempo de promoverse la acción de revocación, con sus intereses. Sin embargo, si se tratara de un incumplimiento de cargos, y el tercero fuera de mala fe, deberá restituir al donante la cosa, a menos que ejecute la obligación a cargo del donatario, siempre que tal prestación no deba ser ejecutada precisa y personalmente por este último (art. 1570).

K.—RESOLUCIÓN

327. Concepto y efectos

La resolución no es el resultado de un nuevo contrato (como ocurre en la rescisión bilateral), sino que supone la extinción del contrato por virtud de un hecho posterior a la celebración, hecho que a veces es imputable a la otra parte (como es, por ejemplo, el incumplimiento) o que puede ser extraño a la voluntad de ambos (como ocurre en ciertos supuestos de condiciones resolutorias). La resolución del contrato puede operar *ipso iure* (como sucede en la condición resolutoria) o bien puede requerir la manifestación de voluntad de la parte interesada en ella (como ocurre en la que se funda en el arrepentimiento o en el incumplimiento de la contraria).

La resolución deja sin efecto el contrato entre las partes, de manera retroactiva (art. 1079, inc. b)]; su consecuencia es volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato. En este punto, sus efectos son semejantes a los de nulidad; pero se diferencia claramente de esta en que el hecho que provoca la resolución es siempre posterior al contrato, en tanto que el que da lugar a la nulidad, debe ser anterior o concomitante con la celebración.

Respecto de los terceros, deberá diferenciarse según si se trata de adquirentes a título oneroso o gratuito, y si son de buena o mala fe. La norma antes citada protege solo el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe.

El régimen de los contratos de consumo presenta en este tema algunas particularidades. Ante el incumplimiento del cocontratante, el consumidor tiene derecho—entre otros— a resolver el contrato, pudiendo exigir la restitución de lo pagado, sin

perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Además de ello, está facultado para accionar por los daños y perjuicios que correspondan (art. 10 bis, ley 24.240, ref. por ley 24.787).

Tienen especial importancia como causa de resolución el pacto comisorio (véanse nros. 239 y ss.), la seña (véanse nros. 231 y ss.), la teoría de la imprevisión (véanse nros. 331 y ss.) y la frustración del fin contractual (véanse nros. 336 y ss.).

L.— CUESTIONES COMUNES A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR DECLARACIÓN DE UNA DE LAS PARTES

328. Disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes

El Código Civil y Comercial establece una serie de disposiciones (art. 1078) que resultan comunes a todos los tipos de extinción del contrato de manera unilateral, comprendiéndose tanto la rescisión unilateral, como la revocación, como la resolución. Desde luego estas normas son aplicables siempre y cuando no exista una disposición en contrario, prevista por la ley o por el propio contrato.

a) Para extinguir de manera unilateral el contrato es necesario comunicar la decisión a la otra parte. Si bien no existe una indicación precisa, es conveniente que tal comunicación se haga por un medio fehaciente, como, por ejemplo, a través de una carta documento. Si una o ambas partes estuviera integrada por una pluralidad de sujetos, la comunicación debe ser dirigida por todos los sujetos que integran una parte contra todos los sujetos que integran la otra.

b) La extinción del contrato puede declararse extrajudicialmente o demandarse ante un juez.

c) La otra parte puede oponerse a la extinción del contrato si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato. Estamos ante un supuesto de aplicación de la excepción de incumplimiento contractual.

d) La extinción del contrato no queda afectada por la imposibilidad de restituir que tenga la parte que no la declaró. Es claro que, si ocurre este caso, esta última deberá reparar el daño que eventualmente pueda causar.

e) La parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su cumplimiento y la reparación de daños. Esta demanda no impide deducir ulteriormente una pretensión extintiva. Esta facultad de modificar la pretensión, llamada *ius variandi*, no puede ser usada en sentido inverso; esto es, quien requirió la extinción del contrato, no puede luego pretender su cumplimiento, como se verá seguidamente.

f) La comunicación de la declaración extintiva del contrato produce su extinción de pleno derecho, y posteriormente no puede exigirse el cumplimiento ni subsiste el derecho de cumplir. Sin embargo, la norma plantea un supuesto de excepción para el caso en que es menester un requerimiento previo: si se promueve la demanda por extinción sin haber intimado, el demandado tiene derecho de cumplir hasta el vencimiento del plazo de emplazamiento.

g) La demanda ante un tribunal por extinción del contrato impide deducir ulteriormente una pretensión de cumplimiento.

h) La extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de las controversias y a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción. Los reclamos pertinentes deberán ser deducidos judicialmente.

329. Operatividad de los efectos de la extinción por declaración de una de las partes

Establece el artículo 1079 que, a menos que exista una disposición legal en contrario: i) la rescisión unilateral y la revocación producen efectos solo para el futuro, y ii) la resolución produce efectos retroactivos entre las partes, y no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe. Ya nos hemos referido a esta cuestión con anterioridad (nros. 325, 326 y 327).

330. Restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes

Si el contrato es extinguido total o parcialmente por rescisión unilateral, por revocación o por resolución, las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir, y a lo previsto en el artículo siguiente (art. 1080).

La idea primaria es la restitución de lo recibido; si ello no fuere posible, por ejemplo, por su destrucción, deberá entregarse su valor. Asimismo, deberán reintegrarse frutos y accesorios (ejemplo de esto último es el módem de comunicación para servicios de Internet).

§ 2.— Teoría de la imprevisión

331. Concepto y origen histórico

Muchas veces, después de celebrado un contrato se produce una alteración profunda en las circunstancias (principalmente las de orden económico) existentes en el momento de la celebración. Como ejemplos notables pueden citarse una guerra, una profunda e imprevisible crisis, etc. Los precios de las mercaderías prometidas varían sustancialmente, la crisis de la mano de obra subsecuente a una movilización hace dificultosísima la producción o fabricación, etc. No es totalmente imposible cumplir, pero el cumplimiento se hace sumamente gravoso y quizás origine la ruina del deudor. Es de toda evidencia la justicia de reajustar las cláusulas del contrato y, en ciertos casos, de considerarlo insubsistente. Es esto lo que en derecho moderno se llama *teoría de la imprevisión*.

Su origen es la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, conocida ya en el derecho romano. Esta cláusula significa que los contratos se entienden concluidos bajo la condición tácita de que subsistirán las condiciones bajo las cuales se contrató y que, cuando ello no ocurre y se produce una transformación de tales circunstancias, los jueces están autorizados a revisar el contrato.

En el derecho moderno, la teoría de la imprevisión tiene una aceptación cada vez más amplia. Las profundas alteraciones provocadas en la economía mundial por las grandes guerras del siglo XX y el fenómeno de la inflación, que en algunos países ha tenido caracteres agudísimos, no podían dejar impasibles a legisladores y jueces. Así, por ejemplo, en Alemania, después de la crisis sobreviniente a la derrota en la Segunda

Guerra Mundial, los jueces fueron autorizados a revisar todos los contratos de tracto sucesivo y reducir las obligaciones del deudor al límite indicado por la buena fe. Los jueces quedaron así convertidos en árbitros de las obligaciones contractuales. Naturalmente, esta solución solo es admisible en épocas de un verdadero derrumbe de la economía; pero sin llegar a tales extremos, pueden producirse cambios profundos que hagan justa la intervención judicial para reducir las prestaciones que, en razón de las nuevas circunstancias, resulten a todas luces excesivas. La teoría de la imprevisión ha sido acogida expresamente por el Código italiano (arts. 1467 y ss.), el Código peruano (arts. 1440 y ss.), el Código brasileño (art. 478), por la jurisprudencia alemana, etcétera.

Es necesario, además, tener presente que no basta un cambio de las circunstancias, sino que ese cambio sea, en su existencia misma o en su intensidad, imprevisible. Así, por ejemplo, si durante un período de inflación, uno de los contratantes asume obligaciones que en el momento de cumplir le resultan más onerosas de lo que eran cuando contrató, no podrá eximirse de sus compromisos si la inflación siguió su curso normal y previsible.

332. Diferencias con el caso fortuito

La diferencia conceptual es neta: el caso fortuito implica *imposibilidad* (sea física o jurídica) de cumplir; la teoría de la imprevisión supone una *dificultad* grave para cumplir, pero no una imposibilidad. En el primer caso, el obligado queda totalmente exento de responsabilidad; en el segundo, está obligado a cumplir, no ya lo que prometió, sino lo que en equidad corresponde que cumpla.

En la práctica, sin embargo, hay una zona en que ambas situaciones jurídicas se confunden; muchas veces será cuestión de criterio decidir si la modificación de las circunstancias es tan profunda que ha provocado una verdadera imposibilidad de cumplir, o si, por el contrario, solo hay una dificultad grave.

333. Aplicación de la teoría en nuestro derecho

Hasta mediados del siglo pasado nuestros jueces eran muy reticentes en la aplicación de la teoría de la imprevisión. Seguramente ello se debía a que nuestro país no había sufrido convulsiones económicas tan hondas como las experimentadas por otros pueblos que se vieron envueltos en las grandes guerras mundiales.

Con todo, aquellos conflictos repercutieron también en nuestro país, provocando una modificación sustancial de las condiciones en que se había contratado. Esto provocó dificultades serias, sobre todo en materia de obras públicas, pues los contratistas se veían abocados al peligro de quiebra si no se les reconocía el alza de precios de los materiales y de la mano de obra. Ello dio lugar a la ley 12.910 dictada en 1946, por la cual el Estado se hizo cargo de las variaciones de precio de los materiales, costos de transportes y combustibles y suba de salarios en las obras entonces en ejecución; y en el artículo 6º se disponía que en lo futuro los contratos de construcción de obra debían contener especificaciones que contemplaran en forma equitativa las variaciones de los costos.

De esta manera, la teoría de la imprevisión vino a tener recepción legislativa, aunque fuera referida solo a los contratos de obras públicas. Pero la alteración de las circunstancias derivadas del deterioro de nuestra economía presionó sobre los tribunales, que en numerosos casos declararon aplicable a nuestro derecho positivo esta teoría.

No obstante que esta jurisprudencia estaba cada vez más generalizada, era necesario legislar expresamente sobre esta institución para establecer sus condiciones de aplicación y sus consecuencias. Es lo que hizo la ley 17.711 al dar una nueva redacción al artículo 1198 del Código Civil de Vélez. El Código Civil y Comercial ratificó esta orientación en el artículo 1091.

334. Condiciones de aplicación

Para que sea posible aplicar la teoría de la imprevisión es necesario:

a) Que se trate de contratos conmutativos, esto es contratos en los cuales las obligaciones mutuas están determinadas de una manera precisa. Quedan comprendidas en esta categoría, por lo tanto, los contratos bilaterales y los onerosos.

En principio, los contratos aleatorios no son atacables por vía de imprevisión, mientras la onerosidad sobreviniente sea la consecuencia del alea asumida; pero si ella es ajena a dicha alea (a su alea propia dice el artículo 1091), la teoría de la imprevisión es aplicable. Supongamos que se constituye una renta vitalicia en favor de una persona de 60 años, contra entrega por esta de un capital. El que promete la renta vitalicia calcula que si esa persona vive menos de 80 años saldrá beneficiada; si vive más, se perjudicará. Si la persona vive 100 años, el perjuicio para el que promete la renta es grave, pero está dentro del alea calculada. La teoría de la imprevisión es inaplicable. Pero supongamos que al poco tiempo de suscribirse el contrato se desata un proceso inflacionario grave e imprevisible. La renta queda reducida a una prestación insignificante. Esto escapa ya al alea propia del contrato y puede dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión.

b) Que se trate de contratos de ejecución diferida o de ejecución permanente o continuada (por ej., una compraventa a plazos, un contrato de locación). No se concibe en cambio, en los contratos de cumplimiento instantáneo e inmediato (por ej., la compraventa al contado).

c) Que la prestación a cargo de una de las partes se torne excesivamente onerosa. Sería más apropiado decir: que se produzca una alteración grave del equilibrio normal de las prestaciones.

d) Que la excesiva onerosidad se haya producido como consecuencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración y al riesgo asumido por la parte que es afectada. La alteración responde a acontecimientos graves e imprevisibles, tal como puede ser una guerra, una revolución, una grave crisis económica. La inflación puede o no dar lugar a la aplicación de la teoría, según las circunstancias. Si un contrato se celebra durante un período de inflación y esta sigue su curso normal, con una curva más o menos constante, los contratantes no pueden luego quejarse de que se ha producido un desequilibrio en sus prestaciones, porque esa inflación no era imprevisible. Pero si luego de celebrado el contrato, el proceso inflacionario se agrava en forma extraordinaria e imprevisible, la teoría es aplicable.

e) Es necesario que el perjudicado no hubiese obrado con culpa, pues la excesiva onerosidad debe sobrevenir por causas ajenas a las partes. En efecto, cuando el deudor no hubiera cometido perjuicio alguno si hubiera cumplido lealmente y en término sus obligaciones, no puede luego pretender ampararse en la teoría de la imprevisión para evitar un perjuicio que solo resulta de la falta de cumplimiento oportuno que le es imputable.

f) Aunque nuestra ley no lo dice expresamente, debe tratarse de acontecimientos de carácter general o social; las situaciones o acontecimientos de carácter personal no afectan el contrato, a menos que constituyan un caso de fuerza mayor que impida el cumplimiento.

g) El artículo 1198 del Código Civil, según la reforma de la ley 17.711, impedía invocar la teoría de la imprevisión a quien estuviese en mora. La hipótesis de mora no es mencionada por el artículo 1091 del Código Civil y Comercial. ¿Significa esto que el deudor moroso puede alegar la imprevisión? La cuestión debe ser analizada con cuidado. En primer lugar, debe recordarse que la teoría de la imprevisión ha sido regulada en el capítulo de la extinción de los contratos, y que el artículo 1078, inciso c), dispone que *la otra parte puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración,*

el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato. Con otras palabras, si el moroso pretende alegar la teoría de la imprevisión para dar por concluido el contrato, la otra parte podrá frenarlo lícitamente. Sentado esto, también conviene aclarar que para que la mora impida la aplicación de la teoría de la imprevisión, debe haber sido anterior al momento en que sobreviene el acontecimiento extraordinario e imprevisible. Ocurrido éste, la mora posterior no impide la resolución del contrato, puesto que, en verdad, la mora ha sido causada por el propio hecho imprevisible. Este supuesto se ha dado en llamar *mora irrelevante*. El Anteproyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de 2018 pretende despejar cualquier duda; por ello recoge la idea de aquel artículo 1198 y establece que no procede la resolución ni la adecuación si el perjudicado obró con culpa o estando en mora.

335. Efectos

Reunidas las circunstancias señaladas en el número anterior, la parte perjudicada con la alteración de las prestaciones puede plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez —por acción o por excepción— la resolución total o parcial del contrato (art. 1091). Pero en los contratos de ejecución continuada, la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos si las prestaciones son equivalentes, divisibles y han sido recibidas sin reservas (art. 1081, inc. b)). Por ejemplo, si se trata de una locación, resuelto el contrato ni el propietario ni el inquilino pueden reclamarse nada por lo que ya quedó cumplido antes de la sentencia que declaró resuelto el contrato (goce de la cosa y pago del precio).

El artículo 1091 faculta al accionante a reclamar, además de la resolución, la adecuación del contrato, lo que implica un ajuste de las prestaciones a cargo de las partes. El texto derogado brindaba al demandado por resolución la posibilidad de mantener la vigencia del contrato, ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato. Si bien esta disposición ha sido suprimida por el Código Civil y Comercial, parece lógico sostener que ella es invocable, con fundamento en el principio de conservación del contrato (art. 1066). En tal caso, será el juez quien determine cuáles son las prestaciones equitativas que permiten la subsistencia del contrato.

El derecho a invocar la teoría de la imprevisión también lo tiene el tercero a quien se le han conferido derechos o impuesto obligaciones por un contrato. Es el supuesto del contrato a cargo de un tercero; cuando éste ha aceptado la encomienda recibida, podrá invocar esta teoría si se dan las condiciones de su aplicabilidad.

Finalmente, debe destacarse que existe una fuerte discusión doctrinaria sobre la posibilidad o no de incluir en el contrato una cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión. A nuestro juicio, tal cláusula es nula, pues desvirtuaría la esencia del instituto. Adviértase que, de hecho, se estarían transformando los contratos conmutativos en aleatorios, pues, de incluir tal cláusula renunciativa, no podría afirmarse que el monto de las prestaciones haya quedado determinado de manera fija al momento de contratar. Desde luego, ningún obstáculo hay en que se renuncie a la teoría de la imprevisión, luego de que el hecho extraordinario haya acaecido.

§ 3.— Frustración del fin del contrato

336. Nociones generales

Hemos señalado antes (nro. 173) que mayoritariamente se ha entendido que la *frustración del fin del contrato* es un capítulo inherente a la causa; entendida esta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes (ambas partes, o una de ellas siempre que lo haya manifestado —expresa o implícitamente— a la otra) han tenido en vista al momento formativo del negocio. Con otras palabras, cuando ese móvil determinante, esa finalidad perseguida por las partes, manifestada en el contrato, se frustra, la parte perjudicada puede reclamar la resolución, siempre que se cumplan los recaudos que la propia ley exija.

La posición del Código Civil y Comercial sobre este tema, en cambio, no resulta clara.

En efecto, el Código plantea, por un lado, que la causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y *subsistir durante su ejecución* (art. 1013), lo que permitiría afirmar que la frustración del fin contractual es un capítulo de la causa. Sin embargo, no puede obviarse, por otro lado, que la frustración del fin del contrato ha sido regulada más adelante, como un modo de extinción, modificación o adecuación de los contratos, y sin recurrir a la noción de causa. Más bien, parece fundarse en que el fin perseguido integra inequívocamente el contenido contractual y por ende, se refleja en su sinalagma genético. De tal manera, parece plantear alguna diferencia entre finalidad y causa.

Puesto de manifiesto lo expuesto precedentemente, pasemos a analizar la norma y sus requisitos de aplicación.

337. Antecedentes. La norma legal

No está de más recordar que la frustración del fin del contrato tuvo su primera aplicación en los célebres casos de la coronación, a los que ya nos hemos referido anteriormente (nro. 166).

La primera parte del artículo 1090 dispone que *la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada*.

Conforme surge de la norma transcripta, los presupuestos de admisibilidad de este instituto son: i) que exista un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes (esto es que no haya sido provocado por ninguna de ellas); ii) que provoca una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato (lo que implica que el hecho debe ser posterior a la fecha de su celebración), y iii) que supere el riesgo asumido por la parte que es afectada.

La norma no es suficientemente clara en un aspecto que consideramos importante: las circunstancias que importan no solo son aquellas existentes al tiempo de la celebración del contrato (lo que la norma expresamente menciona) sino —y fundamentalmente— las que se prevé que existan al momento de su ejecución (lo que parece estar implícitamente abarcado en la expresión *que supera el riesgo asumido por la que es afectada*).

Asimismo, parece razonable aceptar como otro requisito de aplicación: iv) que el acontecimiento no puede haber sido generado en la mora de las partes, pues si así fuera, cabría reiterar lo dicho en el número 334 (punto g)) cuando, al referirnos a la teoría de la imprevisión, esto es que el artículo 1078, inciso c), dispone que *la otra parte puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato*. Con otras palabras, si el moroso pretende alegar la frustración del fin contractual para dar por concluido el contrato, la otra parte podrá frenarlo lícitamente.

También deben agregarse como recaudos de aplicación de este instituto, estos otros: v) que el contrato haya sido válidamente celebrado; vi) que la finalidad haya sido declarada, conocida y aceptada —expresa o tácitamente— por las partes, y vii) que el acontecimiento extraordinario incida sobre la finalidad del contrato de manera tal que malogre el motivo que impulsó a contratar, al punto que desaparezca el interés o utilidad en la subsistencia del contrato.

Dice Augusto Mario MORELLO (*Ineficacia y frustración del contrato*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975 p. 89) que el fin del contrato consiste en un núcleo complejo referido no solo al propósito práctico y básico que a la parte acreedora de la prestación le representa el resultado de ella, sino también a que tal propósito sea igualmente conocido y aceptado por la otra. En cambio, la finalidad expresada en forma confusa o no expresada, aun en el caso de que el cocontratante de haberla conocido la hubiera aceptado, no puede ser causal de resolución contractual.

Por último, el artículo 1090, en su parte final, prevé que *si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial*. Con otras palabras, si la frustración es temporaria, no definitiva como prevé la primera parte de la norma citada, en principio no hay derecho a resolver a menos que el tiempo de ejecución sea esencial. Quedará, entonces, solo la facultad de invocar la excepción de incumplimiento contractual.

338. Efectos

Cuando la finalidad tenida en cuenta por los contratantes (esto es, sus motivos personales) se ha frustrado parece razonable admitir la resolución del contrato. Claro está que para que ello ocurra es imprescindible que la finalidad, como ya se ha dicho, haya sido expresada, o haya sido conocida por la otra parte, pues el motivo determinante que cada parte tuvo al celebrar el contrato recién se vuelve común cuando se lo expresa.

El artículo 1090 expresamente dispone que la resolución es operativa cuando la parte afectada comunica su declaración extintiva a la otra. Se deberán cumplir, por tanto, las disposiciones de los artículos 1078 y siguientes.

La resolución que prevé la ley importará que i) se puede repetir la prestación cumplida antes del acontecimiento frustrante, si carece de reciprocidad; ii) nada se deberá si no se ha hecho el pago antes del acontecimiento frustrante; iii) las prestaciones recíprocas, equivalentes y cumplidas antes del acontecimiento frustrante quedarán firmes, siempre que se traten de contratos de ejecución continuada o periódica, y iv) los gastos realizados antes del acontecimiento frustrante o después de él pero en la ignorancia de que hubiera sucedido son resarcibles.

¿Cuáles son los contratos que quedan comprendidos en este instituto? El punto central es que se trate de un contrato de ejecución diferida, que el tiempo influya en la ejecución del contrato.

A partir de esta premisa, la finalidad de cualquier contrato puede quedar frustrada, incluso uno gratuito. Es el caso, por ejemplo, del contrato de renta vitalicia gratuita contratada para beneficiar a quien padece una situación de indigencia; pues bien, si con posterioridad a la celebración del contrato y por razones ajenas a la voluntad de las partes, cesa tal estado de indigencia, parece lógico admitir que puede ser resuelto el contrato, toda vez que ha desaparecido el motivo impulsor del beneficio otorgado.

339. Remisión

Nos hemos referido a este tema con anterioridad (nros. 239 y ss.) y allí nos remitimos.

§ 5.— La emergencia económica

340. Noción

La situación económica de un país requiere, en ciertos casos, soluciones extraordinarias. Con el nombre de "emergencia económica" se hace mención al régimen jurídico que otorga al Estado nacional facultades excepcionales para intervenir en los contratos que hayan sido celebrados. Todo ello, con fundamento en la necesidad de proveer lo necesario para la prosperidad y bienestar del país.

Es necesario insistir que se trata de una legislación excepcional, aunque esto haya sido muchas veces desconocido por los gobiernos nacionales, quienes han mantenido en el tiempo la calificación de emergencia cuando ella es, en esencia, transitoria.

A la par de ello, debe recordarse que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es necesariamente de interpretación restrictiva.

Lamentablemente, las restricciones que, con fundamento en la emergencia económica, se han consagrado en el ordenamiento jurídico argentino, han constituido muchas veces un avance intolerable sobre la autonomía privada y la posición contractual. Buen ejemplo de ello han sido los abusos producidos con motivo de la crisis económica de los años 2001 y 2002, y la "pesificación" allí decretada.

Es necesario, entonces, verificar si la legislación de emergencia se adecua a la Constitución, para admitir o no su licitud. En esta línea de pensamiento, cabe afirmar que tal legislación es admisible si: i) se presenta una situación de emergencia que obligue a poner en ejercicio aquellos poderes reservados para proteger los intereses vitales de la comunidad; ii) se responde a una ley dictada por el Congreso Nacional que persiga la satisfacción del interés público; iii) los remedios propuestos por la ley son proporcionales y razonables; iv) la ley sancionada se encuentra limitada en el tiempo y que el término fijado tenga relación directa con la exigencia en razón de la cual ella fue sancionada, y v) no desconoce arbitrariamente garantías individuales.

CAPÍTULO XVII - EL CONTRATO INTERNACIONAL

341. Contrato internacional. Noción

Al referirnos al contrato internacional estamos apuntando a aquel contrato que tiene un punto de conexión con el derecho extranjero. Así ocurre, por ejemplo, cuando un contrato se celebra en la República Argentina pero debe ser cumplido en otro país o, a

la inversa, cuando ha sido celebrado en el exterior y debe ser cumplido en nuestro país o en un tercer país.

Es necesario establecer, en tales casos, cuál es la ley y la jurisdicción aplicables. Es esto lo que abordaremos seguidamente.

342. La ley aplicable a la formación y a los efectos de los contratos paritarios

El Código Civil y Comercial ha consagrado la regla de la libertad de elegir el derecho aplicable. En efecto, el artículo 2651 dispone que *los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones*. Tal elección puede ser expresa o tácita. La elección tácita, añade la norma citada, *debe resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*. Incluso, faculta a las partes a aplicar el derecho elegido a todo el contrato o a una parte de él.

Se advierte, entonces, que se consagra el principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, al mismo tiempo, al enumerar las cuestiones que quedan gobernadas por el derecho elegido (validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones), claramente ha dejado otras que no pueden ser convenidas por las partes, tales como la capacidad (que se rige por la ley del domicilio, art. 2616), o la forma requerida (a la que se aplica la ley del lugar de celebración del acto, a la que se añade la denominada regla de la equivalencia de las formas, art. 2649).

Las partes están facultadas para convenir, en cualquier momento, que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo gobernaba, siempre y cuando tal modificación no afecte la validez del contrato original ni los derechos de terceros (art. 2651, inc. a)).

El Código Civil y Comercial faculta a las partes a convenir el contenido material de sus contratos (art. 2651). Este principio reconoce tradicionales restricciones. Así se ha reconocido que el derecho extranjero es inaplicable, aunque hubiera sido elegido por las partes, si su aplicación importara un ostensible perjuicio para una de las partes, viole el debido proceso o afecta la soberanía argentina.

El Código afirma que las partes están facultadas para crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido (art. 2651, inc. c)), lo que no parece cierto. En efecto, el propio Código impone límites a la autonomía de la voluntad desde que i) las partes no pueden violar el orden público que inspira el ordenamiento jurídico argentino (art. 2600); ii) las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las partes (art. 2599, párr. 1º), y, de manera recíproca, los contratos hechos en nuestro país para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno (arts. 2651, inc. f)), y iii) para determinar el derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles por las partes, no se tienen en cuenta los actos realizados con el fin de eludir la aplicación del derecho designado (art. 2598).

Incluso, el mismo artículo 2651, en su inciso e), establece que *los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato*; y, añade, *que también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso*. Como se puede advertir, la posibilidad de que las partes desplacen normas coactivas es, cuanto menos, remota.

También resultan aplicables al contrato celebrado, los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, y las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, siempre que las partes los hayan incorporado al contrato (art. 2651, inc. d)).

Por último, si las partes han elegido la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario (art. 2651, inc. b)).

Hasta acá hemos analizado el supuesto en que las partes han elegido el derecho aplicable. Pero ¿qué sucede si no lo han elegido?

Ante todo, deberá recurrirse a los tratados y las convenciones internacionales vigentes, aplicables al caso (art. 2594). Pero si ellos no existieran, el contrato se regirá por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento (art. 2652, párr. 1º).

¿Y si el lugar de cumplimiento no estuviera designado? Habrá que tenerse en cuenta el lugar que resulta de la naturaleza de la relación contractual. Y si, luego de ello, tampoco pudiera determinarse el lugar de cumplimiento, se entiende que ese lugar es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato (art. 2652, párr. 2º).

Finalmente, si tampoco así pudiera determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se regirá por las leyes y usos del país del lugar de celebración (art. 2652, párr. 2º, *in fine*).

La norma prevé un supuesto más: el contrato entre ausentes. La perfección de este contrato se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada (art. 2652, párr. 3º).

Ahora bien, para el caso en que las partes no hayan elegido el derecho, el Código Civil y Comercial prevé un supuesto de excepción al analizado artículo 2652: siempre que exista pedido de parte, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos (art. 2653).

343. La jurisdicción aplicable a la formación y a los efectos de los contratos paritarios

Las partes están facultadas para elegir la jurisdicción aplicable al contrato celebrado, esto es, para determinar el juez competente o para someter la cuestión a arbitraje. En efecto, en materia patrimonial, *las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley* (art. 2605). La excepción prevista por la norma se refiere a aquellas cuestiones o materias no disponible por las partes y que exista un tratado internacional aplicable a ella (art. 2601) o deba ser resuelto por las normas argentinas por considerársela de orden público (art. 2600).

Una vez que las partes han elegido el juez, éste tiene competencia exclusiva en la cuestión, a menos que ellas decidan expresamente lo contrario (art. 2606). Este acuerdo de voluntades puede ser manifestado de manera expresa o tácita. Esta manifestación tácita se revela, en el caso del actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, por el hecho de contestar la demanda, dejar de contestarla o no oponer excepciones previas sin articular la declinatoria (art. 2607).

En el caso de que no exista un acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor: i) los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado y, si hay varios demandados, los del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos; ii) los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que esta haya participado en la negociación o celebración del contrato, y iii) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales (art. 2650).

En los dos primeros casos, el accionado no puede agravarse desde que es demandado, donde tiene su domicilio; en el restante se ha tomado en cuenta que ha sido el lugar de cumplimiento convenido.

Es importante destacar que el hecho de que las partes elijan un determinado tribunal o foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país (art. 2651, inc. g)).

En otras palabras, pueden elegir cierto tribunal de un país y acordar la aplicación del derecho de otro país.

344. Contratos sobre derechos reales

Es necesario hacer una particular aclaración respecto de los contratos que tienen por objeto derechos reales, como lo es el derecho de propiedad, sea sobre inmuebles, sea sobre otros bienes registrables.

Expresamente, el artículo 2609 dispone que los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en materia: i) de derechos reales sobre inmuebles situados en la República; ii) de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino, y iii) de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en la Argentina.

Cuando se trata de cuestiones vinculadas con derechos reales sobre inmuebles, son competentes los jueces del Estado en que están situados y se aplica la ley de ese lugar (arts. 2664 y 2667). Esta última disposición añade que si el contrato fue hecho en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la Argentina, tienen la misma fuerza que los hechos en nuestro país, siempre que consten en instrumentos públicos conocidos y usados en el país en que se celebró el contrato para esa misma clase de actos, y se presenten legalizados. Es una aplicación concreta del principio que establece que la ley del lugar de celebración del contrato regula la forma en que debe ser instrumentado.

Si se trata, en cambio, de cuestiones vinculadas con derechos reales sobre otros bienes, siempre que sean registrables, son competentes los jueces del lugar en que están registrados y se rigen por la ley de ese lugar (arts. 2665 y 2668).

Finalmente, si se trata de cuestiones vinculadas con bienes no registrables, son competentes los jueces del domicilio del demandado o del lugar de situación del bien, y se rigen por la ley del lugar donde ellos están, si tienen situación permanente. Y si no tienen un lugar de situación permanente, se rigen por la ley del domicilio del dueño, excepto que se controvierta tal calidad, en cuyo caso se aplica la ley del lugar de situación (arts. 2666, 2669 y 2670).

345. La ley y la jurisdicción aplicables a la formación y a los efectos de los contratos de consumo

Cuando se trata de contratos de consumo, no rige el principio de la autonomía de la voluntad (art. 2651, *in fine*), sino que deben aplicarse normas expresamente sancionadas.

El Código Civil y Comercial distingue entre jurisdicción y derecho aplicable.

En cuanto a la jurisdicción, expresamente se prohíbe que las partes acuerden la elección del foro (art. 2654, *in fine*).

A partir del principio expuesto precedentemente, el mismo artículo 2654 faculta al consumidor a iniciar las demandas que versen sobre relaciones de consumo ante los jueces: i) del lugar de celebración del contrato, ii) del cumplimiento de la prestación del servicio, iii) de la entrega de bienes, iv) del cumplimiento de la obligación de garantía, v) del domicilio del demandado o vi) del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

También se establece que son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando estas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

A ello cabe añadir el supuesto que prevé el artículo 1109: el contrato celebrado fuera del establecimiento comercial, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares. En este caso, la jurisdicción corresponde al juez del lugar de cumplimiento, lugar que es donde el consumidor recibió o debió recibir la prestación.

Un supuesto singular relacionado con el comercio electrónico es el de los sitios de internet dedicados al turismo, en los que la prestación esperada por el consumidor se cumple en cualquier parte del mundo. En tal caso, se ha resuelto que si existen elementos que vinculen el contrato a la República Argentina, los jueces argentinos pueden asumir la jurisdicción internacional en virtud del llamado foro de necesidad (art. 2602) a fin de evitar la denegación de justicia (conf. CNCom., Sala C, 10/8/17, "Pérez Morales, Gonzalo M. c/Booking.com Argentina SRL y otros s/ordinario", L.L. t. 2017-E, p. 335).

Expresamente se dispone que la cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.

Por último, el artículo 2654 establece que si la acción es entablada contra el consumidor, la otra parte contratante solo puede interponerla ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

En cuanto a la ley aplicable, expresamente se establece que los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor, siempre que i) la conclusión del contrato fuera precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste hubiera cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; ii) el proveedor hubiera recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; iii) el consumidor fuera inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido, y iv) se trate de un contrato de viaje, por un precio global, y comprendiere prestaciones combinadas de transporte y alojamiento (art. 2655).

Fuera de estos casos, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. Y si no pudiera determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración.

CAPÍTULO XVIII - CONTRATOS DE CONSUMO

A.— *EL CONTRATO DE CONSUMO*

346. Las relaciones de consumo

La Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (modif. por ley 26.361), define a las relaciones de consumo en su artículo 3º al señalar que estas son el *vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario*. A su vez, esta definición es replicada en el Código Civil y Comercial en su artículo 1092.

Al señalarse pues, que las relaciones de consumo son un *vínculo jurídico*, debemos entender que este vínculo puede generarse de cualquiera de las dos maneras en que pueden crearse vínculos jurídicos: la ley o el contrato.

Resulta necesaria esta aclaración en tanto debe quedar de manifiesto que el vínculo entre el consumidor o usuario y el proveedor puede originarse no solo mediante un lazo contractual, sino que también puede ser creado por imposición legal. Ejemplo de esto es el deber de reparar el daño que sufre un consumidor por un producto defectuoso que la ley impone a todos los miembros de la cadena de comercialización (art. 40, ley 24.240), aun cuando no todos ellos han contratado directamente con el consumidor.

Señala en este sentido HERNÁNDEZ (HERNÁNDEZ, Carlos y STIGLITZ, Gabriel, *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. I, p. 386, Ed. La Ley, 2017) que las otras fuentes de la relación de consumo, además del contrato, son los actos unilaterales de los proveedores y las conductas ilícitas de estos.

Por ello, podemos afirmar que todos los contratos de consumo denotan una relación de consumo, pero que a la inversa no necesariamente es igual; no todas las relaciones de consumo tienen su origen en un contrato.

Esta necesidad de catalogar y definir a las relaciones de consumo surge de la finalidad protectoria y reguladora que tiene el derecho del consumo.

La finalidad protectoria surge del rol tuitivo de los consumidores, lo que se persigue mediante la imposición de una serie de obligaciones irrenunciables a los proveedores (deber de información, de seguridad, garantías, etc.), así como mediante la restricción de la capacidad del consumidor para celebrar algunos actos (por ejemplo, manifestar que acepta los efectos de una cláusula manifiestamente abusiva) y la creación de presunciones e imperativos legales (aplicación de la norma más favorable, etc.).

A su vez, el rol regulador de las relaciones de consumo se vincula también con la economía, en tanto la forma en la que el Estado decida intervenir en las relaciones de consumo traerá consecuencias directas en el mercado.

Esta última afirmación parecería indicar que a mayor regulación de las relaciones de consumo, peor sería el funcionamiento del mercado. Sin embargo, el ganador del premio Nobel de economía Joseph STIGLITZ ha probado —a través de la teoría de la información— todo lo contrario; la mayor regulación de las relaciones del consumo (y las del trabajo también) trae beneficios a la economía en tanto tiende a equilibrar la tensión entre oferta y demanda.

Por lo tanto, una regulación efectiva y protectora de los consumidores debe ser una meta a seguir por el Estado, en tanto esto conlleva beneficios al conjunto de la sociedad, además de cumplir con la función propia del derecho de proteger a los más débiles.

Ambas funciones han sido consagradas en la Constitución Nacional, en cuanto el artículo 42 refiere a la protección de los consumidores en el ámbito de las *relaciones de consumo*; de modo tal que el derecho de los consumidores es de raigambre constitucional.

Así dadas las cosas, las diversas normas que regulan el derecho del consumidor deben integrarse entre sí mediante el denominado "diálogo de fuentes" al que nos referiremos más adelante (nro. 348).

347. Contrato de consumo. Concepto

El contrato de consumo es definido como aquel contrato que vincula a dos o más partes en un negocio jurídico que se efectúa en el marco de una relación de consumo.

Así, el "contrato de consumo" tiene la misma definición y alcances que el contrato paritario, con la diferenciación que las partes pueden ser catalogadas una como proveedor y la otra como usuario; en consecuencia, las normas aplicables a dicho negocio serán las que regulan a las relaciones de consumo.

Específicamente, el artículo 1093 define al contrato de consumo como *el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.*

Desde esta perspectiva, para la existencia de un "contrato de consumo", resulta menester que una de las partes sea considerada "consumidor o usuario" y la otra, "proveedor".

Veamos, entonces, cuándo se constituyen las partes en dichas categorías:

a) Consumidor

El concepto de consumidor o usuario ha sido motivo de arduo debate en la doctrina y la jurisprudencia, en tanto definiciones más amplias traen aparejada la expansión de los alcances del régimen tuitivo de los consumidores hasta abarcar a aquellos que no lo son; mientras que una definición acotada excluye de la tutela a quienes son merecedores de ella.

El Código Civil y Comercial sustituyó la definición de consumidor que daba el artículo 1º de la ley 24.240, por otra que repitió, textualmente en el artículo 1092: *Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*

La definición citada se sostiene claramente en una posición finalista de las relaciones de consumo, en tanto el consumidor, para ser tal, debe vincularse con el proveedor para la satisfacción de necesidades privadas suyas, o de su grupo familiar o social. Así caemos en el típico ejemplo de considerar consumidor a aquel que compra harina para cocinar en su casa, pero no al panadero que lo hace para producir el pan en su comercio.

Esta finalidad privada, dice la norma, no necesariamente debe ser la de aquel que adquiere el producto, por cuanto, si la adquisición se hace para un miembro del grupo familiar o social (por ejemplo, compro la harina para dársela a mis padres), también se la tendrá por cumplida.

Surge además del texto legal, la designación de categorías de consumidores, las que sin distinciones entre sí están "equiparadas", ello es, que gozarán de los mismos derechos emanados de la ley:

i) *Consumidor directo*. Es el definido en el primer párrafo del artículo 1092; es aquel que genera el vínculo con el proveedor en forma directa.

ii) *Consumidor "equiparado"*. Hemos dicho ya que el consumidor directo en su relación con el proveedor puede perseguir la satisfacción de necesidades de miembros de su grupo familiar o social. Estos miembros del grupo familiar o social que se constituyen en beneficiarios del bien o del servicio adquirido por el consumidor, serán considerados —a los fines de la protección— con los mismos derechos que el consumidor directo, gozando entonces de las mismas acciones y legitimaciones. Su regulación se extrae del segundo párrafo del artículo 1092.

iii) *Consumidor "expuesto"*. La ley de Defensa del Consumidor, antes de la sanción del Código Civil y Comercial, contemplaba una tercera categoría de consumidor: el denominado "consumidor expuesto". Establecía textualmente que también se

consideraba consumidor a *quien de cualquier manera esté expuesto a una relación de consumo* (art. 1º, ley 24.240, modif. por ley 26.361).

Esta equiparación al consumidor directo de aquellos que hubieran quedado expuestos a una relación de consumo, había surgido del fallo "Mosca", dictado el día 6/3/2007 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se reconoció el derecho a ser indemnizado, con fundamento en su "exposición a una relación de consumo", a una persona que se encontraba en las afueras de un estadio de fútbol mientras adentro se suscitaba una pelea entre hinchas de la que salió arrojada una piedra, que impactó en el ojo de aquella persona y le provocó daños en la vista.

Esta categoría —más allá de la cuestionable técnica legislativa de la ley 26.361 que no definió adecuadamente los alcances de esta "exposición", lo que conllevaba a intentar aplicar la norma en situaciones para la que no había sido pensada— resultaba de enorme utilidad para sustentar la reparación de daños a terceros derivados de un contrato de consumo (por ejemplo, al visitante de una casa en la que explota el horno a microondas adquirido por el dueño). En el caso del ejemplo, al no ser considerado el visitante como consumidor, se lo obliga a reclamar en el marco del derecho común, con procedimientos más largos y sin presunción de gratuidad, entre otros beneficios de los que gozan los consumidores y que detallaremos en el número 366.

El Código Civil y Comercial (art. 1092) y la reforma del artículo 1º de la ley 24.240 han eliminado esta categorización de "consumidor expuesto"; ello, según se lee en la exposición de motivos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, con fundamento en la vaguedad y extensión que la indefinición de la norma originaria daba.

La supresión, sin embargo y a nuestro juicio, provoca reparos de índole constitucional.

Si se trata de obtener la reparación de un daño sufrido por un sujeto expuesto a la relación de consumo (el visitante a la casa del adquirente del horno a microondas que explota), estamos frente a la inconstitucionalidad de la modificación introducida al artículo 1º de la ley 24.240, en tanto el legislador no puede quitarle el carácter de consumidor a aquellos que ya lo tenían —aun cuando su regulación fuere deficiente—. Es que, en función de su raigambre constitucional, los derechos del consumidor gozan de la tutela del principio de no regresión o progresividad que establece el artículo 26 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Cabe recordar en este sentido que los tratados mencionados integran la nómina de los enunciados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, por lo que las normas que se dicten no pueden contravenir su contenido.

Por ello, toda vez que la eliminación del "consumidor expuesto", como sujeto equiparado al consumidor directo, produce una reducción de derechos en lo que refiere a la protección por daños derivados de la relación de consumo, ella no puede ser válida en tanto constituye una clara violación a los textos constitucionales.

Sin perjuicio de lo expuesto, tomando lo señalado por HERNÁNDEZ en cuanto a las fuentes de las relaciones de consumo —citado en el número anterior—, y teniendo en consideración que el artículo 42 de la Constitución Nacional garantiza el derecho a la seguridad en las "relaciones de consumo" y no solamente en el "contrato de consumo", podemos sostener que un tercero ajeno a la relación de consumo, pero que sufre un perjuicio derivado de alguna conducta ilícita de un proveedor (como puede ser incumplir el deber de seguridad), podrá igualmente reclamar en los términos de la Ley, no ya considerándose "consumidor expuesto", sino un consumidor "directo" que tiene una relación de consumo con el dañador con fuente en su conducta ilícita.

Por otra parte, y en relación con la protección del consumidor expuesto frente a prácticas abusivas, resulta de aplicación el artículo 1096 que extiende su aplicación a aquellos expuestos a la relación de consumo.

iv) *El consumidor empresario*. El artículo 1092 es claro en señalar que el rol de consumidor puede ser asumido tanto por una persona humana como por una persona jurídica. Sin embargo, y al igual que con el *consumidor expuesto*, se ha debatido entre diversas posturas respecto de la situación del *consumidor empresario*, sobre la que no hay acuerdo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Hay quienes sostienen la exclusión del consumidor empresario de la tutela del régimen de defensa del consumidor; y quienes afirman la vigencia de un criterio amplio en el que su inclusión o no en el régimen estará dado por la finalidad que en última instancia le den a los productos y servicios que adquieren. A nuestro parecer, esta última posición debe prevalecer, con las limitaciones que señala Ricardo L. LORENZETTI (*Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 101 a 108) respecto del destino del bien o servicio adquirido.

Así, y siguiendo al referido autor, si los mismos son integrados en forma inmediata o mediata al proceso productivo, nos encontraremos frente a una relación comercial y no frente a una relación de consumo. Por el otro lado, cuando no hubiere integración de los bienes o servicios adquiridos al proceso productivo, claramente habrá relación de consumo. La duda queda, pues, respecto de la "integración parcial" o "usos mixtos", donde el empresario adquiere bienes o servicios que utiliza para el proceso productivo, pero también para uso personal, como puede ser el servicio de telefonía celular. En estos casos, Dante RUSCONI (*Manual de derecho del consumidor*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p. 155), siguiendo lineamientos del Superior Tribunal de Justicia del Brasil, señala que el empresario solo podrá ser considerado consumidor cuando adquiera bienes para su actividad profesional, en los casos en los que demuestra la existencia de una vulnerabilidad material, las que pueden darse en los casos en los que adquiere un servicio en forma monopólica (la luz, por ejemplo). Esta posición, entendemos, resulta además adecuada para la tutela de los usuarios en una economía que se desarrolla en un mercado donde los servicios públicos se prestan mediante monopolios, o la diversidad de oferta es muchas veces escasa.

b) Proveedor

La noción de proveedor no está librada de menos discusiones que la de consumidor. La definición de "proveedor" no surge del Código Civil y Comercial, sino del artículo 2º de la ley 24.240, categorizándolo de la siguiente manera: *Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.*

En esta definición, corresponde detenerse en el término *profesional*, en razón de que el mismo sirve para trazar la división entre aquellos que son proveedores, de aquellos que ocasionalmente celebran un contrato.

El proveedor es aquel que interviene en el mercado de manera tal de hacer llegar al consumidor su producto o servicio; ya sea en su etapa de elaboración, ya sea en la distribución o en la comercialización.

El despliegue de tareas, en alguna de las áreas señaladas, importará considerar al agente como "proveedor" frente al consumidor.

Ahora bien, el requisito de la "profesionalidad" al que nos hemos referido genera una raya divisoria. La "profesionalidad" del agente denota que su intervención en el mercado se hace en forma habitual, con una organización del trabajo tendiente a la maximización de los beneficios a obtener. Este concepto de organización del trabajo para la maximización de beneficios es coincidente con la definición de "empresa" que hace la

Ley de Contrato de Trabajo (art. 5º), por lo que podemos decir que la definición de "proveedor" y "empresario" van de la mano; en tanto, la organización denota la manera en la que se obtiene el beneficio, pudiendo éste inclusive efectuarse en forma individual.

Así, quien ocasionalmente vende un automóvil de su propiedad a un tercero no podrá ser considerado "proveedor", mientras que una agencia que se dedica a la compraventa de autos usados, claramente lo será.

i) *Los profesionales liberales como proveedores.* Desde la sanción de la ley 24.240, en el año 1993, se ha mantenido el criterio de la exclusión de los profesionales liberales del concepto de "proveedor". Más allá de que existen críticas de un sector de la doctrina a esta exclusión, la mayoría se ha mostrado coincidente en su acierto. Existen dos razones de peso para mantener esta exclusión. La primera de ellas es que mientras la responsabilidad de los profesionales constituye una obligación de aplicar la diligencia apropiada (art. 774, inc. a)), la Ley de Defensa del Consumidor impone una responsabilidad objetiva a los proveedores que agravan los alcances de las obligaciones asumidas. La segunda estaría en el control de la actividad, en tanto el órgano de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor superpondría su rol con el de los colegios profesionales que ejercen el control de la matrícula.

Sin embargo, el artículo 3º de la ley 24.240 ha sido claro en generar una excepción a la norma de exclusión, considerando aplicable la misma a todo aquello relacionado a la publicidad de los servicios que el profesional efectúe. Así, si el profesional liberal realiza, por ejemplo, publicidades prometiendo un resultado concreto, queda obligado por el resultado prometido.

Otra excepción existe cuando la actividad profesional se ejerce en forma de empresa, excluyéndose en dichos casos al profesional, pero no a la empresa de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor. Es el caso, por ejemplo, de la medicina prepaga, donde la empresa de medicina será considerada "proveedor", pero no el médico interviniente.

ii) *El Estado como proveedor.* Menos discusiones ha traído la consideración del rol del Estado como "proveedor" en los términos del artículo 3º de la ley 24.240. Es que la norma es clara al referirse como proveedor a cualquier sujeto *público o privado*. Así cuando el Estado se constituya en prestador de un servicio de salud, educación, etc., podrá ser considerado como proveedor y ser pasible de la aplicación de la referida ley a su respecto. Esta interpretación tiende además a equilibrar las desigualdades entre ciudadanos, dado que una interpretación en contrario daría una mayor tutela, por ejemplo, a un alumno que sufre daños en el seno de una escuela privada, desprotegiendo al que concurre a una escuela pública.

348. El sistema argentino de protección del consumidor. Diálogo de fuentes.

Principios

El derecho argentino ha generado, desde antes de la sanción del Código Civil y Comercial, no una "norma" de protección de los consumidores, sino un "sistema de normas", en el cual el Código ha de insertarse. Este "sistema de normas" se debe coordinar entre sí mediante lo que se ha denominado como "diálogo de fuentes". Este "diálogo" propone una coordinación flexible y útil de las normas en conflicto del sistema, con el objeto de restablecer su coherencia; pasando del retiro de una norma del sistema por la imposición de la otra, a la convivencia de ambas para lograr su finalidad.

Así, en el sistema argentino debemos procurar el "diálogo" entre las diversas fuentes siguiendo algunos preceptos que más abajo indicaremos. Cabe señalar, sin embargo, que esta propuesta del "diálogo de fuentes", si bien útil en la actividad jurisdiccional para la solución del conflicto de normas, trae sus problemas en cuanto al conocimiento de los derechos por parte de los usuarios y consumidores. Es que la existencia de una multiplicidad de fuentes, y la concreción de un derecho derivado de la interpretación — o "diálogo" — de estas, dificulta al consumidor —que no conoce de derecho—, saber cuál es en definitiva el alcance de los mismos. Es por ello que entendemos que el

derecho del consumidor, si bien es una disciplina transversal del derecho que abarca distintas ramas, debe tender hacia la reducción de sus fuentes; de manera tal que, por un lado, se evite la superposición normativa y, por el otro, permita a los beneficiarios (consumidores y usuarios) una fácil comprensión de los derechos que se consagran.

a) Fuentes del derecho del consumidor argentino

Existen en el derecho argentino varias fuentes que deben "dialogar" entre sí. La primera de ellas, y faro rector de las interpretaciones, es el artículo 42 de la Constitución Nacional. Dicha norma consagra el rol protectorio que tiene el derecho del consumidor en la legislación argentina y pone en manifiesto los derechos esenciales que todo consumidor tiene en una relación de consumo. Por otro lado, y va de suyo, se debe conjugar en este diálogo, tanto el texto de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (modif. por ley 26.361), como las regulaciones introducidas en el Código Civil y Comercial en los artículos 1092 a 1122. Pero, además, la integración debe darse con todo el sistema de derecho, por lo que también habrá que integrar al sistema las leyes de lealtad comercial, defensa de la competencia, normas del Código Civil y Comercial referidas a la teoría general del contrato, etc. Y a ello, se le deben agregar las regulaciones específicas de los entes reguladores de algunas actividades como la Superintendencia de Seguros de la Nación, el Banco Central de la República Argentina, la Superintendencia de Servicios de Salud, etc. Como puede observarse, el entramado normativo es de difícil análisis y comprensión para consumidores y usuarios ajenos al mundo del derecho; y más aún, en el caso de los consumidores hipervulnerables; aquellos que por condiciones particulares (edad, menor acceso a la educación, etc.) tienen una mayor vulnerabilidad de la que ya poseen por sí los consumidores. Esta situación requiere, entonces, una regulación ordenada y sencilla de los derechos de los consumidores que simplifique el conocimiento de estos y el acceso a su ejercicio.

b) Parámetros del diálogo de fuentes

En la búsqueda de la armonización del conflicto normativo que pudiere existir, el intérprete ha de considerar algunas pautas para que su aplicación no vulnere derechos constitucionales:

i) *El derecho del consumo es un derecho protectorio.* Tal como lo señala Dante RUSCONI (*Manual de derecho del consumidor*, cit., p. 155), el sistema del derecho del consumidor tiene una finalidad protectoria del consumidor en tanto débil de una relación jurídica. En este sentido, este derecho persigue fines similares a los derechos del trabajo, por cuanto ambas ramas del derecho buscan la protección de un sujeto débil en una relación, frente a otro más fuerte. Por ello, las interpretaciones que se hagan del derecho deben hacerse siempre en la forma más favorable al consumidor y en forma expansiva del derecho (art. 1094).

ii) *Aplicación del principio "in dubio pro consumidor".* El principio de la interpretación más favorable rige tanto en la interpretación que los magistrados deben realizar de las normas, como a la hora de interpretar los contratos de consumo, buscando siempre la solución menos gravosa para el consumidor (art. 1095).

iii) *Irrenunciabilidad de los derechos.* Los derechos del consumidor, al igual que los derechos del trabajo, son de orden público y, en consecuencia, irrenunciables. Las afirmaciones efectuadas por éste en cualquier instrumento por las que renuncie a derechos expresamente consagrados, deberán tenerse por no efectuadas.

349. Definición

Señala Ricardo L. LORENZETTI (*Consumidores*, cit., p. 136) que las prácticas comerciales son los procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados para fomentar, mantener desenvolver o garantizar la producción de bienes y servicios.

En este sentido, Belén JAPAZE (en RUSCONI, Dante, *Manual de derecho del consumidor*, cit., p. 297) enuncia estas técnicas en forma no taxativa refiriendo a: 1) la publicidad; 2) la oferta combinada; 3) la promoción de productos con sorteos y rifas; 4) la venta a distancia; entre otros. Va de suyo que todos estos elementos son parte de nuestra vida cotidiana y resultan esenciales para los proveedores para instalar sus productos y servicios en el mercado. Así, hay acuerdo en la doctrina en sostener la licitud de estas prácticas como norma general, tornándose en ilícitas cuando se lesionen derechos o libertades del consumidor o se vulneren las buenas prácticas mercantiles.

Estas situaciones de abusividad en el ejercicio de las prácticas comerciales denotan una alteración de la libertad y dignidad del consumidor, en tanto, o bien lo exponen a situaciones humillantes y vejatorias, o bien lo incitan a la adquisición de bienes y servicios mediante el engaño o la coacción.

Puede decirse entonces que la práctica comercial abusiva se puede dar tanto en el marco de un contrato de consumo en curso, como en la etapa previa a su concreción, o en la etapa posterior; estando igualmente todos los supuestos tutelados por la ley.

Todas estas afirmaciones encuentran su sustento en la directiva del Parlamento Europeo 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales; norma que las clasifica en dos ramas: a) las prácticas comerciales engañosas (que pueden darse por acción o por omisión); b) las prácticas comerciales agresivas.

a) Prácticas comerciales engañosas

Como bien dice la norma referida, las prácticas comerciales engañosas pueden darse por acción, o por omisión. Las primeras, se darán cuando el proveedor dé información inexacta sobre: a) *la existencia o la naturaleza del producto*; b) *las características principales del producto (su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su composición, su origen geográfico, los resultados que pueden esperarse de su utilización, etc.)*; c) *el alcance de los compromisos del comerciante*; d) *el precio o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio*; e) *la necesidad de un servicio o de una reparación*. En tanto, la omisión se configurará cuando se omite o se ofrece de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no es el adecuado la información sustancial que necesita el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción, lo que, en consecuencia, hace o puede hacer que el consumidor tome una decisión sobre la compra que de otro modo no hubiera tomado. La protección frente a este tipo de prácticas estará relacionada con el deber de información del proveedor y la regulación de la publicidad que trataremos en los números 353 y 354.

b) Prácticas comerciales agresivas

Conforme a la directiva europea, son prácticas comerciales agresivas las que vulneren la libertad de elección del consumidor forzándolo a tomar decisiones bajo acoso, coacción o influencia indebida. Sin embargo, del análisis de los supuestos que señala el anexo I de la referida directiva, podemos concluir que se cataloga como "agresiva" toda práctica comercial que de alguna forma incida sobre la libertad de decisión del consumidor. Serán, según la norma señalada, indicios a considerar a la hora de valorar la agresividad de una práctica: a) la naturaleza; b) el lugar y la duración de la práctica agresiva; c) el posible empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante; d) la explotación por parte del comerciante de una circunstancia específica que afecte al consumidor, para influir en su decisión;

e) cualesquiera condiciones no contractuales desproporcionadas impuestas al consumidor que quiere ejercitar sus derechos contractuales (por ejemplo, el de poner fin al contrato o el de modificarlo). Se observa entonces que la práctica agresiva es una cuestión de "hecho" que debe ser ponderada por el juez en cada caso en particular, considerando la acción del proveedor respecto del consumidor. Los límites frente a estas prácticas se encuentran en la tutela del trato digno (art. 8° bis, ley 24.240, y art. 1098), la consagración del derecho del consumidor a la libertad de contratar (art. 1099) y la limitación al ejercicio de la posición dominante en el mercado (art. 11).

350. Protección frente a las prácticas abusivas

El legislador ha querido, mediante la introducción del artículo 1096, la protección de los consumidores frente a cualquier tipo de práctica abusiva. Esta tutela solamente puede alcanzarse con la extensión de los efectos no solo a los "consumidores" en el sentido que expone el artículo 1092, sino también a todos aquellos "expuestos" a las prácticas comerciales. Estos sujetos expuestos, debe entenderse, son aquellos que sin ser parte de la relación de consumo, son afectados en alguna forma por una práctica comercial desleal, ya sea "engañosa", ya sea "agresiva".

a) Protección frente a prácticas comerciales engañosas

La tutela del consumidor frente a estas prácticas será tratada al momento de analizarse el deber de información y la regulación de la publicidad (véanse nros. 353 y 354).

b) Protección frente a prácticas comerciales agresivas

Las prácticas comerciales agresivas son aquellas que intentan vulnerar la libertad de contratación del consumidor mediante el ejercicio de la coacción, la intimidación o la violencia. El artículo 1099 ha establecido, como práctica agresiva, la de obligar al consumidor a adquirir un producto o servicio para acceder a otro (por ejemplo, el banco que obliga a la contratación de tarjetas de crédito u otro producto financiero para otorgar un préstamo). La celebración de un contrato bajo estas condiciones traerá al consumidor la posibilidad de revisar el contrato de la misma manera en que pueden revisarse las cláusulas abusivas.

351. Derecho al trato digno

En todo momento de la relación de consumo, el consumidor tiene derecho a recibir un trato digno (art. 1097, y art. 8 bis de la ley 24.240). Este derecho implica que en el marco de las relaciones de consumo, el consumidor no puede ver afectada su dignidad como persona (art. 52). Se trata del derecho a no ser expuesto a situaciones vergonzantes, humillantes o vejatorias; tales como largas filas sin asientos ni acceso a baños, o la obligación de iniciar acciones judiciales para obtener el cumplimiento de prestaciones básicas del contrato. Tampoco puede el proveedor efectuar trato discriminatorio alguno, lo que incluye la prohibición de establecer tarifas diferenciadas para extranjeros.

El incumplimiento del proveedor a brindar un trato digno acarreará el deber de reparar todos los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados al consumidor. Sin embargo, debe destacarse que además el art. 8 bis de la ley 24.240, párrafo final, ha señalado que dada la trascendencia del bien jurídico tutelado por la norma —la dignidad de las personas—, la violación de éste deber traerá aparejado no solo el deber de reparar el daño, sino también la imposición de una sanción punitiva al proveedor en los términos del artículo 52 bis de la ley citada.

352. Enunciación

La ley 24.240 ha establecido una serie de obligaciones esenciales en cabeza de los proveedores, que son la otra cara de una misma moneda: a cada obligación impuesta a los proveedores se le corresponde un derecho básico de los consumidores. Así, el derecho a la información se tutela mediante la regulación del cumplimiento del deber de proveerla y el control de la publicidad; el derecho a la seguridad se manifiesta en la responsabilidad objetiva impuesta al proveedor por los daños sufridos por el consumidor o usuario y que fueren causados por defectos en el producto o servicio, y el derecho a la garantía sobre los productos, se manifiestan en la regulación que de ella hace la ley 24.240.

353. Deber de información

El derecho del consumidor al acceso a la información se constituye en uno de los ejes principales de la tutela legal. Tal es su importancia, que el constituyente lo ha incluido junto con la seguridad, como una de las garantías constitucionales (art. 42, CN). Su importancia radica en la necesidad de tutelar la última esfera que queda de autonomía de la voluntad en el consumidor. En efecto, los contratos de consumo —en su gran mayoría— son celebrados por adhesión, no teniendo el consumidor otra posibilidad más de ejercer su libertad de contratar que la de decidir si quiere o no quiere celebrar el contrato. Resulta menester, por lo tanto, tutelar al consumidor en esta etapa de decisión, garantizándole el rango más amplio de libertad posible para poder decidir; lo que se logra únicamente proveyéndole toda la información que resulte determinante para formar su decisión. Por otro lado, y tal como lo explica el economista Joseph STIGLITZ en su teoría de la información, el desequilibrio natural de los mercados se debe a la diferencia de información que poseen los actores que intervienen en él. Enseña el mencionado economista que siempre el proveedor tendrá acceso a mayor conocimiento respecto del funcionamiento de su propio negocio que el consumidor. Por ello, la legislación debe tender a equilibrar el conocimiento —aun reconociendo que un equilibrio completo es una utopía— garantizando al consumidor el acceso a la información pertinente. Es desde esta óptica que el legislador ha consagrado el deber de información en cabeza del proveedor (art. 4º, ley 24.240), texto que se reitera en el artículo 1100 del Código Civil y Comercial. La doctrina coincide en señalar las siguientes cualidades que debe poseer la información para tener por cumplido el deber:

i) *Debe ser cierta*. Va de suyo que el primer requisito del deber de información es que la misma sea verdadera. La información no puede aseverar cosas que no lo son, ni esconder datos determinantes para formar la decisión del consumidor.

ii) *Debe ser eficaz*. Aun cuando la información proporcionada sea verdadera, no se tendrá por cumplido con el deber de informar si carece de "eficacia". La eficacia de la información tiene dos planos: uno objetivo —relacionado con la información en sí misma— y otro subjetivo —relacionado con la posibilidad de ser comprendida por el consumidor—. En el plano objetivo, la información será eficaz cuando las afirmaciones vertidas no constituyan datos confusos, de difícil constatación o análisis por el consumidor o usuario. Tampoco será eficaz la información excesiva, entendiendo por ella al cúmulo de datos —aun verdaderos— que por su cantidad impidan el juicio del consumidor. El plano subjetivo está relacionado con la capacidad del consumidor de comprender la información que se le presenta. Así, no podrá entenderse que se cumplió

con el deber de información si la misma contiene términos técnicos, no está en el idioma nacional o no es presentada en forma comprensible para el público al que está destinado el producto o servicio. Por ejemplo, la información sobre los riesgos de un juguete para niños tiene que ser diseñada para poder ser comprendida por ellos.

iii) *Debe ser gratuita*. El acceso a la información nunca puede traer un costo adicional para el consumidor.

iv) *Como regla, debe ser dada en soporte físico*. Solo se podrá suplantar tal soporte si el consumidor o usuario optase expresamente por usar otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición (art. 4º, ley 24.240, ref. por ley 27.250).

Establecidos los requisitos que debe reunir el deber de información, cabe indagar sobre la carga de la prueba respecto del cumplimiento. En este sentido, la jurisprudencia es unánime en que es el proveedor el que debe demostrar que ha cumplido, en tanto una postura contraria impondría al consumidor el deber de probar un hecho negativo; circunstancia prohibida por el derecho.

354. La publicidad

La sociedad de consumo para poder funcionar requiere de mecanismos que permitan dar a conocer un producto o servicio, instalarlo en la sociedad y generar la creencia de la necesidad del mismo para que sea demandado en el mercado. Esta función se cumple a través de la publicidad y el *marketing*. La ley 24.240 fue pionera en regular la publicidad en algunos aspectos, completándose la regulación con la sanción del Código Civil y Comercial (arts. 1101 a 1103).

i) *Efectos vinculantes de la publicidad*. El primer aspecto que fue regulado de la publicidad ha sido el efecto vinculante que esta tiene respecto del contrato con el consumidor (art. 8º, ley 24.240). El artículo 1103 ratifica el contenido de aquella norma cuando —de manera absolutamente clara— establece: *Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente*.

Es claro entonces que el contenido de la publicidad deberá respetarse luego en el contrato, incluyendo el precio del bien o servicio y las cualidades anunciadas. El incumplimiento de esta norma es asimilable al incumplimiento de la oferta y dará al consumidor el derecho de ejercer las acciones que establece el artículo 10 bis de la ley 24.240.

Cabe recordar, además, que esta norma es de aplicación a las profesiones liberales, en función de lo cual, aquellos profesionales que garantizan un resultado mediante una publicidad responderán frente a su cliente si éste no se cumple en los términos del artículo 774, incisos b) o c), de acuerdo con lo que se haya prometido.

ii) *Publicidad ilícita*. Uno de los avances más interesantes del Código Civil y Comercial es la regulación de la publicidad ilícita que realiza en el artículo 1101. La norma establece la prohibición de tres tipos de publicidades: a) la que contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) la que efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

Claramente las prohibiciones de los incisos a) y b) están destinadas a evitar la existencia de prácticas comerciales engañosas a las que nos referimos en el número 349. Por su lado, la prohibición del inciso c) está relacionada con el trato digno y el respeto a la integridad del consumidor. Por ello, deben considerarse a las publicidades que encuadren en el último inciso como afrenta a los derechos consagrados en el ar-

título 8 bis de la ley 24.240 y, en consecuencia, imponer a quien la elaboró y a quien la emitió las sanciones punitivas del artículo 52 bis de la referida ley.

La misma sanción se podrá aplicar a las publicidades que encuadren en los dos primeros incisos, en tanto se reúnan los requisitos para su imposición, los que trataremos en el número 365.

iii) *Acciones frente a la publicidad ilícita.* Cuando un proveedor emita una publicidad de las enunciadas en el artículo 1101, el artículo 1102 otorga legitimación para accionar tanto al consumidor afectado como otros *legalmente legitimados*. Estos últimos debe entenderse que son: a) las Asociaciones de Protección de los Derechos del Consumidor debidamente constituidas y autorizadas; b) el Ministerio Público Fiscal; c) los órganos de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor. Las acciones que pueden iniciar estos actores conforme al artículo 1102 son para requerir: a) el cese de la emisión de la publicidad; b) la publicación a cargo del proveedor de anuncios rectificatorios o de la sentencia condenatoria. Cabe señalar además que a las acciones que otorga la norma citada, se le podrán acumular pedidos al proveedor para que proceda a: a) la devolución de las ganancias obtenidas mediante la publicidad ilícita; b) el cumplimiento de lo anunciado; c) la reparación de los perjuicios causados; d) el pago de sanciones punitivas.

355. Deber de seguridad

En forma conjunta con el deber de información, el artículo 42 de la Constitución Nacional establece el derecho de los consumidores a que se proteja su salud y sus intereses económicos en el ámbito de las relaciones de consumo. Este derecho es regulado por los artículos 5º, 6º y 40 de la ley 24.240. Las dos primeras normas establecen el deber del proveedor de garantizar la integridad física y económica del consumidor, en tanto los mismos utilicen los bienes en las formas normales de uso. Este deber de seguridad, ha señalado la jurisprudencia, es el mismo que se deriva del principio general de la buena fe para todos los contratos paritarios y, por lo tanto, impone una responsabilidad objetiva en cabeza del proveedor fundado en el deber de garantía que éste debe otorgarle al consumidor. Por su lado, el artículo 40 establece la responsabilidad solidaria (en realidad es concurrente como veremos seguidamente) de toda la cadena de producción, distribución y comercialización frente a los daños que sufra el consumidor por los riesgos o vicios del producto o servicio.

La responsabilidad que impone el artículo 40 de la ley 24.240 solo resulta de aplicación para supuestos de daños por vicios o riesgos del producto o servicio; en tanto, los reclamos a la cadena de comercialización, con sustento en el incumplimiento de la oferta, deben fundarse en la teoría de la conexidad contractual.

Sentado ello, cabe señalar que si bien el artículo 40 refiere que los componentes de la cadena de comercialización son responsables en forma "solidaria" frente al consumidor, lo cierto es que lo correcto hubiera sido decir que la responsabilidad es "concurrente". Veamos. El consumidor tiene derecho a reclamar el pago de la totalidad del monto de la sentencia contra cualquiera de los componentes, con excepción de las sanciones punitivas en tanto al ser sanciones no componen la cuenta indemnizatoria y solo pueden ser percibidas de quien está obligado al pago. Ahora bien, este deber de reparar no va a tener para todos los componentes de la cadena el mismo fundamento; requisito necesario de la responsabilidad solidaria. En efecto, mientras la relación entre el consumidor y el proveedor será contractual y esta será la razón del deber de reparar el daño, el vínculo entre el consumidor y el fabricante o el importador, por ejemplo, es de carácter legal. O sea, hay un mismo deber de reparar, pero con fundamentos diferentes. Asimismo, la norma deja a salvo el derecho de los miembros de la cadena de comercialización de repetirse entre sí lo pagado por culpa de otros de los integrantes. El monto a repetir deberá hacerse en función del porcentual de culpa que corresponda

asignarle a cada uno en la producción del daño, y si éste es indeterminable, se repartirá a prorrata el monto de la sentencia entre todos.

356. Deber de garantía

El régimen legal de la tutela del consumidor establece en el artículo 11 de la ley 24.240 las garantías mínimas y obligatorias que debe otorgar el proveedor respecto de los bienes muebles no consumibles, mientras que el artículo 30 de la misma ley establece la garantía exigible en las prestaciones de servicios.

i) *Garantías de bienes muebles no consumibles.* En los casos en que se comercialicen (lo que implica no solo compraventa, sino también locaciones, comodatos, etc.) bienes muebles no consumibles, el proveedor deberá garantizar el buen funcionamiento de la cosa, así como también su identidad con lo ofertado por un plazo de tres meses si se trata de bienes usados, y de seis meses si son bienes nuevos. Los obligados para la prestación de la garantía son todos aquellos que componen la cadena de producción y distribución (art. 13, ley 24.240) y deben garantizar la adecuada reparación y prestación del servicio técnico (art. 12, ley cit.). Una vez prestado el servicio técnico, se le debe entregar al consumidor una constancia de reparación donde se le informe detalladamente la calidad de los trabajos detallados, las piezas reemplazadas, etc. (art. 15, ley 24.240). Si luego de la reparación la cosa no puede ser empleada en forma óptima para su uso, el consumidor puede optar por: a) la sustitución del bien por otro de igual valor; haciendo renacer la garantía respecto del nuevo bien; b) devolver la cosa y que se le restituyan todas las sumas abonadas, así como también si es un pago en cuotas el cese del pago de las sumas restantes; c) una quita en el precio de la cosa. Estas acciones son acumulables además con la de reparación de daños. El plazo de vigencia de las garantías establecido es de orden público, en razón de lo cual no puede ser renunciado ni disminuido de ninguna forma, aunque sí puede ser ampliado convencionalmente; quedando establecido además que durante el tiempo en que el usuario no puede utilizar el bien por cualquier causa relacionada con su reparación, el tiempo de la garantía se suspende (arts. 11 y 16, ley 24.240). Asimismo, el legislador ha dejado a salvo el derecho del consumidor a optar por el régimen de vicios redhibitorios contemplado en el Código Civil y Comercial (art. 18, ley cit.).

ii) *Garantías sobre bienes inmuebles.* Los bienes inmuebles se rigen por el sistema de vicios redhibitorios y garantías del contrato de obra.

iii) *Garantías sobre servicios.* A diferencia de lo establecido para la comercialización de bienes, el legislador ha establecido una garantía mucho más laxa en todo sentido para las prestaciones de servicios. Decimos que es más flexible a tenor de la regulación que de esta hace el artículo 30 de la ley 24.240. Primeramente, el plazo que se estipula de garantía para la prestación de servicios es de treinta días corridos a contar desde la fecha en que se prestó el servicio. Si aparecieren deficiencias o defectos en el trabajo realizado en dicho plazo, el prestador del servicio deberá corregirlas a su propia costa. La otra diferencia notable, respecto de la garantía sobre cosas muebles, es que la misma es renunciable por escrito. Sin embargo, la renuncia a la garantía, entendemos, no deja al consumidor librado a su suerte; en tanto, si surgen defectos en la prestación del servicio, quedará a salvo el derecho a accionar por incumplimiento de contrato.

D.— MODALIDADES ESPECIALES DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO

357. Introducción

El Código Civil y Comercial (arts. 1104 a 1107) ha regulado ciertas modalidades especiales que pueden tener los contratos de consumo y que merecen particular atención por parte de la legislación; ellos son: a) el contrato de consumo celebrado fuera del establecimiento donde normalmente se adquieren los bienes o servicios, y b) los contratos a distancia.

358. Contratos celebrados fuera del local comercial

Dispone el artículo 1104 que es contrato celebrado fuera del establecimiento comercial *el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio*. La nota característica de estos contratos está dada por el hecho de que no es el consumidor quien concurre hacia el bien o servicio, sino que es a la inversa: el bien o servicio lo sorprende en su casa (mediante publicidad que lo insta a consumir en forma inmediata), en la vía pública o en su buena fe, invitándolo a concurrir a un evento para luego instarlo a la suscripción de un contrato. Esta situación de "invasión" al consumidor ha llevado al legislador a concluir que violenta la libertad de elección del consumidor, en tanto, no ha tenido este tiempo suficiente para reflexionar respecto de la conveniencia de la contratación. Es por ello, que a los fines de contrarrestar los efectos de estas técnicas de comercialización, se le ha concedido al consumidor el derecho a revocar el contrato del que nos ocuparemos más adelante en el número 362.

359. Contratos celebrados a distancia

La regulación de los contratos a distancia del artículo 1105 constituye una evolución de los denominados "contratos entre ausentes" de los contratos paritarios; en tanto, son aquellos que se concluyen a través de medios de comunicación que no requieren la presencia física de las partes entre sí. El empleo de medios electrónicos para la celebración de estos contratos es válido, siempre y cuando la norma no exija que el contrato sea celebrado por escrito (art. 1106). Además, el proveedor debe informar respecto del derecho de revocación que goza el consumidor, modos de empleo del medio electrónico y asunción de riesgos (art. 1107). Sin embargo, el empleo de medios electrónicos merece un análisis de mayor profundidad en razón de las diferentes vertientes que puede tomar.

360. Empleo de medios electrónicos

La contratación por medios electrónicos puede concretarse de diversas maneras, pero nos interesa puntualizar dos en particular; la contratación directa entre el consumidor y el proveedor (por ejemplo, la compra en una página *web* administrada por el propio proveedor); o la contratación en plataformas de servicios de intermediación que propician la celebración de contratos entre usuarios.

i) *Contratación directa entre el consumidor y el proveedor*. Estos casos no generan mayores dificultades, en tanto el medio electrónico ha sido una estrategia de comercialización escogida por el proveedor y en consecuencia tendrá responsabilidad directa por el empleo de dichos métodos. No hay dudas pues, que además de ser de aplicación las normas referidas a la contratación electrónica, existe un vínculo directo entre el consumidor y el proveedor.

ii) *Contratación mediante servicios de intermediación*. La celebración de contratos de consumo mediante plataformas de intermediación ha cambiado la forma de relacionarse y de acceder al mercado sin duda alguna. El servicio funciona de manera sencilla; se desarrolla una plataforma de intercambios, donde quienes tienen bienes o servicios para ofrecer los publican en dicha plataforma; mientras que por otro lado, a dicha plataforma acceden millones de usuarios interesados en contratar. La pregunta que cae de maduro

es, ¿qué responsabilidad le corresponde al intermediador? Desde una primera lectura, parecería ser que ninguna, en tanto operan como una suerte de "servicios clasificados"; pero, sin embargo, tanto la jurisprudencia (CNCiv., sala K, 5/10/2012, "Claps, Enrique Martín c. Mercadolibre SA"), como la doctrina (XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015) han dejado en claro lo contrario.

En efecto, deben considerarse varias cuestiones para entender la responsabilidad que le cabe a los prestadores de servicios de intermediación. En primer lugar, se observa que no estamos frente a la existencia de un solo contrato que se celebra entre las partes, sino que existe un contrato primigenio que se celebra entre el usuario de la plataforma y el prestador del servicio, por el cual el usuario acepta el uso del mismo en los términos y condiciones que el prestador le impone. La existencia entonces de una relación contractual entre usuario y prestador del servicio, obliga a este último a cumplir con las obligaciones impuestas a los proveedores y que tratamos más arriba. Por otro lado, el intermediador se coloca además en un lugar dentro de la cadena de comercialización de los bienes, y por lo tanto, es parte de los legitimados pasivos que menciona el artículo 40 de la ley 24.240 por los daños que sufra el consumidor por vicios o riesgos del servicio. En último lugar, la naturaleza propia del negocio de intermediación conlleva el riesgo de que haya operaciones fallidas, usuarios falsos, productos defectuosos; en consecuencia, al ser todas estas circunstancias propias del riesgo de la actividad desplegada por el prestador del servicio de intermediación, éste debe responder frente al consumidor por ellos. Existe además otra razón que justifica la necesidad de considerar a los prestadores de servicios como responsables; ella radica en la necesidad de tutelar la confianza de los usuarios en el sistema. En efecto, si el usuario no confía en que si el sistema funciona mal tendrá un resarcimiento o una respuesta satisfactoria, entonces deja de emplearlo y el sistema cae en desuso; en consecuencia, la protección del usuario es también beneficiosa para los operadores, en tanto la tutela de la confianza redundará en un mayor volumen de operaciones.

361. Lugar de cumplimiento de los contratos de consumo con modalidades especiales

La regla del artículo 1109 es clara respecto del lugar de cumplimiento de los contratos que nos ocupan en este apartado. Se establece como lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación; lo cual resulta claro para fijar la jurisdicción. Cabe destacar que en los contratos a distancia, como en todo contrato, el consumidor puede elegir la jurisdicción entre la del lugar del cumplimiento de la prestación, o la del domicilio del deudor.

362. Derecho de revocación

El legislador ha querido conceder al consumidor el derecho a revocar el contrato cuando éste se celebre fuera del establecimiento comercial, a distancia o por medios electrónicos, de manera de permitirle reflexionar sobre el contrato celebrado. Esta regulación se instituyó en forma primigenia en el artículo 34 de la ley 24.240, y se consolidó con los artículos 1110 a 1116 del Código Civil y Comercial.

i) *Plazo para el ejercicio de la revocación.* Tanto el artículo 34 de la ley 24.240 como el artículo 1110 establecen que el plazo es de diez días corridos, el cual se computa o bien desde la celebración del contrato, o bien desde la recepción del bien; lo que ocurra después. Aclara el artículo 1110 que si el plazo concluye un día inhábil, se extiende hasta el próximo día inhábil. Este plazo no puede ser renunciado, ni reducido por las partes, en tanto es de orden público. Asimismo, el artículo 1111 establece el deber del proveedor de notificarle en forma clara y en letra de fácil lectura al consumidor su derecho a revocar el contrato. Si no cumple con la notificación, no se extinguirá el derecho a revocar una vez cumplidos los diez días.

ii) *Forma y plazo para ejercer la revocación.* Existe aquí una discordancia entre el artículo 1112 del Código Civil y Comercial y el artículo 34 de la ley 24.240. En efecto, el Código señala que la revocación se efectúa notificando por escrito o por medios electrónicos al proveedor de la voluntad de ejercer la opción; o bien "devolviendo" la cosa. Esta redacción resulta más gravosa para el consumidor, en tanto el citado artículo 34 establece que el consumidor ejerce su derecho *poniendo la cosa a disposición* del proveedor. Ciertamente, no es lo mismo "devolver" que "poner a disposición", en tanto si bien el ejercicio del derecho de revocación nunca podrá traer costo alguno para el consumidor (arts. 1115 y 34, ley 24.240), el "devolver" le exige una serie de actividades y molestias de las cuales está exento en la ley especial. En esta contradicción, entendemos que debe primar la solución del artículo 34, en tanto es la norma más favorable y el consumidor se liberará notificando al proveedor de su voluntad de ejercer el derecho y poniendo la cosa a disposición de éste.

iii) *Efectos de la revocación.* Una vez efectivizada la revocación, las partes quedan liberadas, debiéndose devolver mutuamente las prestaciones recibidas. La situación se retrotrae pues al momento anterior a la celebración del contrato.

iv) *Excepciones al derecho de revocar.* El consumidor no tendrá derecho a revocar cuando el objeto del contrato sea alguno de los enunciados en el artículo 1116, a saber: a) los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez; b) los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente; c) los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

E.— PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

363. Herramientas protectoras del consumidor

Más allá de la responsabilidad por daños emanada del artículo 40 de la ley 24.240 al que nos hemos referido antes, debe destacarse la existencia de otras herramientas en el plexo normativo que hacen a la tutela de los derechos de los consumidores, entre las que nos ocuparemos de: a) la protección frente a cláusulas abusivas; b) la multa civil; c) las garantías procesales.

364. La protección frente a cláusulas abusivas

La forma en la que se ha legislado respecto de las cláusulas abusivas (arts. 988 y 1119) y la lectura de la norma en una forma armoniosa con las que consideramos sus fuentes —las secciones 307 a 310 del Código Civil alemán (BGB)—, permite diseñar un sistema de regulación de las cláusulas abusivas, tanto para los contratos de consumo, como para los contratos en general. Encontramos fundamentos en darle carácter expansivo —con consideraciones particulares para cada caso— al artículo 988 en tres argumentos: 1) la referida fuente de la norma establece claramente supuestos de aplicación a los contratos paritarios y a los contratos de consumo; 2) la aplicación de principios del derecho del consumo a la teoría general del contrato ha sido aceptada por parte de la doctrina nacional, siendo recomendado por unanimidad en la Comisión de Contratos de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013) que

"hay principios de los contratos de consumo que se aplican a todos los contratos"; 3) el artículo 1117 señala expresamente que las normas del artículo 988 son aplicables a los contratos de consumo.

i) *El régimen de cláusulas abusivas de los artículos 988 y 989.* El artículo 988 establece que son abusivas las cláusulas insertas en un contrato de adhesión cuando: a) se desnaturalicen las obligaciones del predisponente; b) importen una renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que surgen de normas supletorias; c) por su contenido, reducción o presentación, no son razonablemente previsibles. Por otro lado, luego de señalar, en forma no taxativa a nuestro criterio, los supuestos de cláusulas abusivas, el Código brinda pautas de interpretación en el artículo 989. La regla referida remite a la potestad judicial de integrar el contrato cuando se encontraren cláusulas abusivas y establece la posibilidad de la revisión por parte del juez del contenido de la cláusula aun cuando hubiera existido autorización administrativa. A partir de las reglas señaladas, podemos efectuar un análisis de la aplicabilidad del sistema a los contratos de consumo.

ii) *Cláusulas abusivas en los contratos de consumo.* El régimen de cláusulas abusivas en los contratos de consumo se complementa con los artículos 988, 989, 1117 a 1122 del Código Civil y Comercial, y el artículo 37 de la ley 24.240; conforme con lo dispuesto en el artículo 1117 del Código. Se denota también en esta regulación una fuerte influencia del BGB alemán, en tanto la redacción de las normas sigue criterios que allí se exponen con claridad. En este sentido, el artículo 1119 es más claro que el artículo 988, en cuanto pone el acento donde corresponde para determinar la abusividad de una cláusula; se considera que una cláusula es abusiva cuando por aplicación de la misma se generen desequilibrios "significativos" en los derechos y obligaciones de las partes. La nota de "significativo" es el elemento a ponderar por el magistrado a la hora de evaluar si una cláusula es abusiva o no. En efecto, el desequilibrio que no es "significativo" es parte del normal acontecer de los contratos, lo que redundaría en ventajas para las partes; situación que es lícita. La abusividad requiere entonces de una ruptura del equilibrio contractual; la obtención de una de las partes de beneficios desproporcionados en función de los compromisos asumidos a cambio.

Entendemos que en la regulación de las cláusulas abusivas se encuentra comprometido el orden público, en tanto su incorporación al contrato vulnera el principio general de la buena fe. Esta conclusión queda de manifiesto con el texto del artículo 1118 en el que se autoriza la revisión de las cláusulas contractuales aun cuando su incorporación en un determinado contrato se haya efectuado con la conformidad expresa del consumidor. Ello denota la sustracción de la aprobación de su esfera de autonomía de la voluntad. Asimismo, debe considerarse que los derechos del consumidor son parte del orden público a la luz de su regulación constitucional. Esta caracterización del problema de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo como una cuestión de "orden público", trae consecuencias prácticas, en tanto habilita a los magistrados a intervenir de oficio conforme las facultades que le confiere el artículo 960.

iii) *Situación jurídica abusiva.* El artículo 1120 ha incorporado la noción de situación jurídica abusiva. Existen para esta definición dos acepciones, la que surge del BGB alemán que determina que la situación jurídica abusiva es aquella que sorprende al consumidor y lo fuerza a suscribir un contrato, y la tomada por la norma citada en el que la abusividad se obtiene mediante la celebración de contratos conexos. En nuestro régimen, el consumidor se encuentra protegido frente a las dos vertientes; la primera de ellas será una práctica comercial agresiva (véase nro. 349) y se le aplicarán dichas normas; la segunda autoriza a la revisión de los contratos conforme a la regulación de cláusulas abusivas.

iv) *Remedios contra las cláusulas abusivas.* Detectada la existencia de una cláusula abusiva en el contrato, el juez deberá integrarlo conforme lo establecen el artículo 964

y el artículo 37 de la ley 24.240. Este ejercicio importará que el juez deberá tener por no escrita la cláusula abusiva y rellenar su lugar con los efectos que manda la ley si esta lo estableciera (por ejemplo, en un caso de prórroga de jurisdicción prohibida se le debe dar la jurisdicción correspondiente), con la voluntad perseguida por las partes, o con los usos y costumbres. Este ejercicio de integrar el contrato, cabe decir, solo es posible si por los efectos de la integración se pueden mantener las obligaciones principales vigentes; en tanto, si la declaración de abusividad recae sobre algún elemento esencial del contrato, la nulidad de éste será total (art. 1122, inc. c)). Entendemos que esta revisión en el caso de cláusulas abusivas, en cualquier tipo de contrato, puede ser efectuada por el juez inclusive de oficio conforme a las facultades que le confiere el artículo 960, en tanto la inclusión de cláusulas abusivas afecta el orden público, dado que contraría el principio general de la buena fe.

v) *Límites*. El artículo 1121 establece que no pueden ser declaradas abusivas: a) *las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado*; b) *las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas*. Cabe aclarar respecto del inciso a), que dicha prohibición no abarca las cláusulas que autorizan al proveedor a modificar unilateralmente el precio conforme a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentada el día 21/8/2013 en el fallo "PADEC c. Swiss Medical", en el que se admitió una acción colectiva contra la posibilidad de la empresa de medicina prepaga de modificar el precio en forma unilateral.

vi) *Control judicial*. El artículo 1122, inciso a), establece claramente la posibilidad de revisar judicialmente las cláusulas de un contrato, aun cuando su inclusión hubiera sido aprobada en sede administrativa.

365. El daño punitivo

Uno de los instrumentos más controversiales incorporados a la Ley de Defensa del Consumidor mediante la modificación instaurada por ley 26.361, es la del daño punitivo establecido en el artículo 52 bis. Este instituto le otorga facultades al juez de imponer sanciones a favor del consumidor por hasta cinco millones de pesos, lo que ha disparado un sinnúmero de peticiones; la mayoría rechazadas. Entendemos que esta herramienta es de suma utilidad a la hora de prevenir conductas, en tanto, aplicado debidamente, sirve como elemento disuasorio de conductas que afecten los derechos de los consumidores.

a) Definición

El referido artículo 52 bis define al instituto como una "multa civil", es decir, una sanción que deriva de un reproche de conducta al proveedor. Por ello, la doctrina es coincidente en sostener que la procedencia del daño punitivo no se encuentra atada a un mero "incumplimiento" en sí mismo, sino que se necesita una actitud clara de desprecio por los derechos de consumidores y usuarios. Asimismo, y en razón de este carácter "punitivo" de la sanción, la misma solo puede ser impuesta a quien ejecutó la conducta, no siendo posible, como sucede con la indemnización, perseguir el cobro en forma solidaria a toda la cadena de comercialización. En todo caso, si hubo conductas merecedoras de reproche de varios integrantes de la cadena, el juez debe imponer una sanción específica para cada uno de ellos. Esto surge claro de la forma en la que se deben imponer las penas; si varios cometen un delito, no se divide entre los autores la pena, sino que se sanciona a cada uno por separado en función de su accionar.

b) Requisitos para la procedencia

La doctrina y la jurisprudencia han construido de a poco una serie de requisitos para la imposición del daño punitivo, a saber:

i) *Grave desprecio por los derechos del consumidor*. Como dijéramos recién, la sanción no procede frente al mero "incumplimiento" del proveedor, sino cuando éste

obrar a sabiendas del perjuicio que cause (dolo), a sabiendas que puede causar un perjuicio y sin tomar medidas para evitarlo (lo que en el derecho penal se denomina "dolo eventual"), o con un obrar culpable sin ningún tipo de cuidado por los derechos de los consumidores cuando ello le es exigible (la llamada "culpa por representación" del derecho penal). Va de suyo que el grave desprecio por los derechos del consumidor se puede dar tanto por acción, como por omisión, en los contextos referidos.

ii) *Procura de obtención de un lucro indebido*. Alguna jurisprudencia ha señalado que debe requerirse además que el proveedor mediante el accionar que se describe en el punto anterior procure obtener un lucro indebido. No es necesario que efectivamente lo obtenga, pero sí que esté encaminado a ello (por ejemplo, si lanza una campaña publicitaria engañosa y la misma es removida por alguna acción antes de que procure beneficios). No somos partidarios de esta postura, en tanto, no todas las acciones encuadradas en el punto anterior pueden tener la finalidad de obtención de un lucro indebido. Es que de imponerse a rajatabla este requisito, caería en letra muerta la especial recomendación de imposición de daños punitivos que efectúa el artículo 8 bis de la ley 24.240 a los supuestos de violación al trato digno. El trato discriminatorio, la exposición a situaciones ultrajantes o vejatorias, no siempre parten del interés económico, sino de posiciones asumidas por los proveedores asumidas por convicción, que resultan intolerables en la vida en sociedad y, por lo tanto, han de ser penalizadas (es el caso del dueño del boliche que no permite el ingreso de personas discapacitadas, las requisas ultrajantes por personal de seguridad privada a quienes son sospechados de haber sustraído algo de un supermercado, etc.). Es claro, entonces, que este requisito debe ser ponderado como un elemento más a la hora de cuantificar el daño punitivo, pero no puede resultar determinante para decidir su procedencia.

iii) *Existencia de un daño*. Existe unanimidad en la jurisprudencia y en la doctrina en insistir en la necesidad de la existencia de un daño al consumidor para la procedencia de la imposición del daño punitivo. Es nuestra postura que el daño no necesariamente debe recaer sobre algún consumidor en particular en forma directa, sino que el requisito del daño también se reúne cuando se dañan intereses tutelados de los consumidores como colectivo. Es que, volviendo al ejemplo de la campaña publicitaria engañosa, puede darse el caso de que no haya un consumidor dañado en forma directa, pero ciertamente por vía de dicha conducta se violaron intereses de consumidores como grupo e igualmente procederá la imposición de un daño punitivo.

iv) *Destino de la multa*. El destino de la sanción debe ser en beneficio del consumidor que accionó y peticionó el mismo, o del colectivo en el caso de las acciones colectivas. Sin embargo, esta disposición ha recibido fuertes críticas por parte de la doctrina, las que no compartimos. Primeramente debemos señalar que una quita del derecho a los consumidores, mediante una reforma legislativa, a percibir los daños punitivos, atentaría contra el principio de progresividad de los derechos de los consumidores y sería, a nuestro criterio, inconstitucional. Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de sostener que la principal acusación que recibe el beneficio que otorga el artículo 52 bis de la ley 24.240 a este respecto, reside en afirmar que el consumidor que percibe los daños punitivos "se enriquece sin causa". Ello de modo alguno es así. Debe recordarse que la "causa" de las obligaciones son dos: el contrato o la ley. Razón por la cual, si la ley establece el beneficio, la causa del enriquecimiento es la norma, y por lo tanto, éste no es "ilícito". Pero, por otro lado, cabe señalar que este argumento se encuentra superado en el derecho del trabajo donde no se discute el derecho del trabajador a percibir las sanciones que imponen los artículos 80 y 132 bis de la ley 20.744, de Contrato de Trabajo, y los artículos 1º y 2º de la ley 25.323, o las multas de los artículos 8º, 9º, 10 y 15 de la ley 24.013. En ninguno de los casos señalados se ha cuestionado que sea el trabajador el beneficiario de las sanciones que se le imponen al empleador por el incumplimiento de sus obligaciones frente al propio trabajador, o frente al Estado. Consecuentemente, es claro pues, que no hay obstáculo alguno para que sean los consumidores los beneficiarios de la sanción punitiva.

v) *Potestad judicial*. Los daños punitivos solo pueden ser impuestos en sede judicial, careciendo los órganos administrativos de capacidad para dicho fin.

vi) *Petición de parte*. Los daños punitivos solo pueden ser impuestos a petición de parte y no de oficio, aunque la doctrina y la jurisprudencia han reconocido la facultad a los jueces de apartarse de los montos estimados por la parte que la peticiona, otorgándoles plena libertad para determinar la cuantía de la sanción.

c) Cuantificación

Uno de los aspectos más complejos respecto del daño punitivo es la determinación del *quantum* de la sanción. Entendemos que, en definitiva, la determinación del monto deberá realizarse por el magistrado siguiendo algunas pautas concretas. En este sentido, puede servir como pauta orientadora para cuantificar el monto de la sanción, las indicaciones que el artículo 49 de la ley 24.240 da a la autoridad de aplicación, a saber: *En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho*. Asimismo, el juez no podrá, por imperio normativo, imponer sanciones que superen los cinco millones de pesos, en razón de la remisión que el artículo 52 bis efectúa al artículo 47, inc. b), de la misma ley 24.240.

d) Asegurabilidad

Es unánime el criterio doctrinario respecto de la imposibilidad del proveedor de asegurarse frente a la posibilidad de imposición de daños punitivos, por cuanto un criterio en contrario privaría al instituto de su función disuasoria, además de que chocaría la idea de asegurabilidad con las previsiones de la ley 17.418 que regula el seguro.

366. Garantías procesales

Por último, nos ocuparemos de las dos garantías procesales que la ley de Defensa del Consumidor otorga a estos: a) el derecho al proceso más breve que establezca la legislación local; b) gratuidad en el proceso.

i) *Derecho al proceso más breve que establezca la legislación*. El derecho del consumidor al proceso más breve que establezca la legislación (art. 53, ley 24.240) es la respuesta del legislador al mandato constitucional contenido en el artículo 42 de la Constitución Nacional que ordena consagrar "procesos eficaces" para la tutela del consumidor. En este sentido, existe acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia, que el tipo de proceso al que refiere la norma es el juicio sumarísimo, y no el amparo, en tanto refiere al *proceso de conocimiento más breve*.

ii) *Beneficio de gratuidad*. No menos controversia y obstáculos sufre el beneficio de gratuidad en los procesos (art. 53, párr. último, ley 24.240). Más allá de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado en varias oportunidades que la interpretación de dicha norma debe hacerse en sentido amplio y que *beneficio de gratuidad* en el caso de la ley de Defensa del Consumidor, equivale a "beneficio de litigar sin gastos"; la jurisprudencia de todo el país insiste en interpretaciones restrictivas que limitan el derecho solamente al pago de la tasa de justicia, o a veces, ni siquiera eso, pues aduce que la norma es una intromisión en la legislación local. Nuevamente, nos encontramos frente a un obstáculo al consumidor para que acceda a la justicia contrariando sendos mandatos constitucionales. Cabe por último señalar que el *beneficio de gratuidad* se presume; lo que implica que es clara la voluntad del legislador respecto de que el consumidor goza de un beneficio de litigar sin gastos

presumido, y que en todo caso, el proveedor posee la posibilidad de iniciar un incidente de solvencia para desvirtuar la presunción.

CONTRATOS EN PARTICULAR

CAPÍTULO XIX - COMPRAVENTA Y PERMUTA

I — CUESTIONES GENERALES DE LA COMPRAVENTA

§ 1.— Noción y delimitación de la compraventa

367. Concepto e importancia

Según el artículo 1123, hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero. Aunque ya volveremos sobre el tema, conviene destacar *ab initio* que este contrato no supone transferencia de la propiedad ni la entrega efectiva del precio, sino la obligación de hacerlo. Esta obligación es válida aun en la llamada *compraventa manual o al contado*, que se consuma y concluye en forma instantánea con la entrega simultánea de la cosa y el precio. A primera vista parecería que en tal hipótesis, las partes no contraen obligación alguna y que todo se reduce a un trueque o más exactamente, a dos tradiciones simultáneas. Pero no es así, porque en ese trueque no se agotan las obligaciones de las partes. Así, por ejemplo, el vendedor tiene que responder por evicción; y si la moneda pagada es falsa, el comprador podrá ser demandado por cobro de pesos. Las necesidades del tráfico tienen su protección adecuada solo cuando se considera que las prestaciones recíprocas de la compraventa manual responden al cumplimiento de la obligación contraída al contratar.

Otra cuestión que merece ser destacada es que *el contrato no debe ser juzgado como de compraventa, aunque las partes así lo estipulen, si para ser tal le falta algún requisito esencial* (art. 1127). En otras palabras, habrá compraventa cuando una de las partes se obligue a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero. Pero,

si alguno de estos requisitos faltase, sea porque no se procura transmitir el dominio de la cosa sino solo su uso, sea porque lo que se pretende transferir no es el dominio de una cosa sino solo un derecho, sea porque nada se paga o porque se da otra cosa a cambio, el contrato no será de compraventa, aun cuando las partes lo hayan calificado de esa manera.

La compraventa tiene una inmensa importancia en las relaciones económicas y jurídicas de los hombres. La circulación de bienes obedece en su casi totalidad a este dispositivo legal. Con frecuencia traspasa las fronteras y adquiere interés internacional, haciendo a la par más complejo su régimen legal.

368. Evolución; la cuestión de la transferencia de la propiedad

En las sociedades primitivas, el tráfico comercial se realizaba a través del trueque. Pero a poco que aumentó la riqueza, que se intensificó el intercambio, aquel instrumento jurídico resultó insuficiente. Surgió naturalmente la necesidad de adoptar una medida de valores, un bien que permitiera adquirir cualquier otro bien. Y desde que la moneda fue creada, la compraventa sustituyó al trueque como base esencial del comercio entre los hombres.

En su primera etapa, la compraventa fue simplemente manual o al contado, es decir, se cambiaba en el mismo acto la cosa y el dinero y en ese mismo instante quedaba transferida la propiedad de una y otro. Más tarde, no bastó con esta forma elemental. A veces, el vendedor, no obstante entregar la cosa al comprador, le daba un plazo para el pago del precio; otras veces, era el vendedor quien recibía el precio en el acto y entregaba la cosa más tarde; otras veces, en fin, eran ambas partes las que disponían de un plazo para cumplir con su prestación. En esta etapa, que naturalmente exigía una cultura jurídica más refinada, está ya neta la distinción entre el contrato de compraventa en sí mismo y la transferencia del dominio de la cosa.

En el derecho romano esta idea adquirió la plenitud de su desarrollo; la compraventa no es otra cosa que el compromiso de transferir la propiedad de una cosa contra el compromiso de entregar el precio. Esta distinción entre el contrato y la transferencia de la propiedad es válida inclusive en la compraventa manual, como lo hemos puesto de manifiesto en el número anterior.

En el derecho francés e italiano se ha llegado a lo que puede considerarse la última etapa de esta evolución; la transferencia del dominio se produce en el acto mismo de la compraventa, por más que el vendedor no haga la tradición de la cosa en ese instante (Cód. Civil francés, art. 1583; italiano, art. 1470; portugués, art. 874). Es también la solución del *common law* inglés, aunque solo respecto de los muebles.

Pero el resto de las legislaciones han seguido fieles al sistema romano. Mientras más intenso es el tráfico jurídico, mientras más densos son los conglomerados humanos, resalta con mayor nitidez la necesidad de rodear la transferencia de la propiedad de ciertos medios de publicidad que protejan eficientemente los intereses de terceros. Resulta peligroso hacerlo depender del simple consentimiento. La tradición para las cosas muebles, la inscripción en el Registro para las inmuebles, son los requisitos exigidos hoy por casi todas las legislaciones para hacer efectiva la transferencia del dominio. Pero el contrato de compraventa, es decir, el compromiso de transferir el dominio, queda perfeccionado por el solo consentimiento. Es éste el sistema seguido por los códigos alemán, artículo 433; suizo de las obligaciones, artículo 184; español, artículo 1445; checo, artículo 588; brasileño, artículo 481; uruguayo, artículo 1661; ecuatoriano, artículo 1732; mexicano, artículo 2248; venezolano, artículo 1474; chileno, artículo 1793; paraguayo, artículo 737; peruano, artículo 1529; cubano, artículo 334, etcétera.

Es también el sistema de nuestro Código. La compraventa no es otra cosa que el compromiso de transferir la propiedad; pero esta no se transmite sino por la tradición de la cosa (art. 1892). Respecto de los inmuebles se exige, además, la escritura pública. Y

como estos dos requisitos resultan insuficientes para proteger los derechos de terceros, las leyes locales han organizado los Registros de la Propiedad, en los cuales deben inscribirse obligatoriamente las transferencias del dominio y sus modificaciones para que sean oponibles a terceros. Este sistema ha sido consagrado expresamente en el artículo 1893. Un régimen distinto ha sido creado para los automotores (dec. 6582/1958, t.o. por dec. 1114/1997) y los equinos de pura sangre de carrera (ley 20.378), en los cuales la inscripción registral es constitutiva del dominio. El estudio de esta materia corresponde a la parte de derechos reales. Aquí solo hemos querido señalar cómo en nuestra legislación es neta la distinción entre el contrato de compraventa y la transferencia del dominio.

369. Caracteres

El contrato de compraventa tiene los siguientes caracteres:

a) Es *bilateral* porque implica obligaciones para ambas partes; b) es *consensual* porque produce todos sus efectos por el solo hecho del consentimiento y sin necesidad de la entrega de la cosa o del precio; c) *no es formal*, aun en el caso de que tenga por objeto la transmisión de inmuebles, la escritura pública exigida por el artículo 1017, inciso a), es un requisito de la transferencia del dominio, pero no del contrato en sí, que puede ser válidamente celebrado en instrumento privado, y aun verbalmente; d) es *oneroso*; e) es *conmutativo* porque es de su naturaleza que los valores intercambiados (cosa y precio) sean aproximadamente equivalentes; solo por excepción puede ser *aleatorio*, lo que ocurre cuando se compra una cosa que puede o no existir; f) es nominado, pues está regulado en el Código Civil y Comercial.

370. Aplicación supletoria de la compraventa a otros contratos

El Código Civil y Comercial dispone que las reglas de la compraventa se aplican supletoriamente a los restantes contratos en los que se transfieran o constituyan, según su admisibilidad legal, derechos reales más limitados (condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo, uso, habitación, conjuntos inmobiliarios o servidumbre), excluyéndose los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda y anticresis), y siempre que el adquirente pague un precio en dinero (art. 1124, inc. a)). Se está reconociendo que la compraventa es el principal medio por el que se transfiere el dominio, y de allí su consagración como norma supletoria.

También establece que las disposiciones de la compraventa se aplicarán supletoriamente a los contratos por los cuales se transfiera la titularidad de títulos valores por un precio en dinero (art. 1124, inc. b)). Se desprende del texto que la adquisición de títulos valores no constituye un contrato de compraventa de cosas muebles, pero su similitud queda de manifiesto al establecerse la aplicación subsidiaria de sus normas.

La nueva norma se ubica en un punto intermedio entre dos posturas que pueden advertirse en el derecho comparado y en otros proyectos de reforma del Código Civil. En efecto, existe un criterio tradicional que solo reconoce como contrato de compraventa aquel por el cual se promete la entrega de una cosa en propiedad, a cambio de un precio en dinero (art. 1323, Cód. Civil; art. 955, Proyecto del PEN de 1993; art. 1064, Proyecto de 1998). Pero, modernamente, se considera compraventa a toda enajenación de derechos, cualquiera que sea su naturaleza, a cambio de la entrega de un precio en dinero (art. 453, Cód. Civil alemán; art. 1470, Cód. Civil italiano; art. 1598, Cód. Civil francés; art. 1532, Cód. Civil peruano; art. 737, Cód. Civil paraguayo).

El artículo 1123, como se vio más arriba (nro. 367), mantiene el concepto tradicional de compraventa, pero el artículo 1124, inciso a), sin llegar a llamar de esa manera a la transmisión de los demás derechos reales (con exclusión de los derechos de garantía), aplica supletoriamente sus normas a tales transmisiones.

Además, especifica algo que el propio Código, más adelante, prevé de manera más amplia. En efecto, el artículo 1614 establece que si la cesión de derechos se hiciera por un precio en dinero, el contrato se regirá supletoriamente por las reglas de la compraventa. Ahora bien, si los títulos valores no son cosas muebles, como ya se dijo, lo que importa en ellos es el derecho que encierran y que puede ser transmitido. Por eso, el artículo 1124, inciso b), aplica las reglas de la compraventa supletoriamente para ese contrato.

371. Comparación con otros contratos

Para perfilar con mayor rigor la noción de la compraventa, conviene compararla con otros contratos con los cuales tiene puntos de contacto.

372. a) Con la permuta

Mientras que la compraventa es el intercambio de una cosa por un precio en dinero, la permuta supone el trueque de una cosa por otra. La distinción es clara, salvo en los casos de permuta con saldo en dinero. Así, por ejemplo, una persona cambia su coche viejo por uno de último modelo y entrega además una suma en dinero. ¿Hay compraventa o permuta? Nuestro Código resuelve este problema con una norma simple: *si el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, el contrato es de permuta si es mayor el valor de la cosa y de compraventa en los demás casos* (art. 1126).

Por lo tanto, habrá permuta si la cosa entregada tiene mayor valor que el saldo en dinero (en el ejemplo dado, si el coche viejo valía \$ 120.000 y el saldo en dinero era de \$ 80.000); en cambio, habrá compraventa en los demás casos, que son dos, i) cuando el saldo en dinero sea superior al valor de la cosa entregada (por ej., si el automóvil usado valía \$ 80.000 y se entregó además \$ 120.000 en efectivo), y ii) cuando ambos valores fueran iguales.

Por lo demás, esta cuestión tiene en nuestro derecho un interés puramente teórico, desde que las reglas de la compraventa se aplican también a la permuta, de manera supletoria (art. 1175).

373. b) Con la cesión de derechos

La cesión de derechos puede hacerse por un precio en dinero, a cambio de un bien (cosa o derecho), o gratuitamente. En estos dos últimos casos, la distinción con la compraventa es neta, pues falta el precio que es característica de ésta. Pero la distinción es mucho más sutil en el primero, pues en ambos contratos hay enajenación de un derecho por un precio en dinero.

En nuestra legislación positiva, la palabra compraventa está reservada para el contrato cuyo objeto es la transmisión del dominio sobre una cosa (art. 1123). En verdad, lo que se promete transferir es la cosa misma, con la cual está identificado el derecho de propiedad.

En todos los demás casos de transmisión de derechos, sean reales (usufructo, servidumbres, hipotecas, etc.) o personales, hay solamente cesión.

Cumplido el contrato de compraventa, el comprador adquiere un derecho absoluto sobre la cosa, derecho que puede hacer valer por sí mismo, sin intermediarios; en la cesión, el cesionario tendrá derecho a exigir del deudor lo que éste debía al cedente.

La distinción tiene empero un valor más teórico que práctico, por varias razones. Ante todo porque si se trata de transferir derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso (art. 1124, inc. a)], se aplican supletoriamente las reglas de la compraventa. Por otra parte, cuando se trata de ceder un derecho (que comprende los derechos personales y los derechos reales de garantía), y siempre que

el adquirente pague un precio en dinero, el contrato se registrará supletoriamente por las reglas de la compraventa (art. 1614).

374. c) Con la locación

Puesto que la locación supone tan solo el compromiso de entregar el uso y goce de una cosa y no su propiedad (art. 1187), la distinción entre ambos contratos se presenta ordinariamente con toda nitidez. Hay, empero, algunas situaciones dudosas:

1) A veces los contratantes estipulan el pago del precio *en mensualidades* y establecen una cláusula según la cual, si el comprador se atrasare en el pago de cierto número de ellas, el contrato se resolverá y las mensualidades ya pagadas quedarán en poder del vendedor a título de alquiler como compensación del uso y goce de la cosa durante ese tiempo. O bien se suscribe entre ambas partes un contrato de locación, estipulándose en una cláusula final que, pagadas tantas mensualidades, la cosa pasará a ser propiedad del locatario. Estas dificultades deben resolverse así: habrá compraventa siempre que las partes hayan pactado la transmisión de la propiedad de la cosa, sea que esta se lleve a cabo inmediatamente o después de cierto tiempo y de cumplidas ciertas condiciones; los jueces deben indagar la verdadera naturaleza del contrato, con independencia de la calificación que le hayan dado las partes. Así, pues, en los dos ejemplos anteriores habrá compraventa; en el primero, ocurrida la resolución del contrato, el vendedor conservará las mensualidades que se le hubieran pagado a título de indemnización y no como alquileres; en el segundo, las mensualidades tampoco serán alquileres sino pagos parciales del precio.

2) También se presta a dudas la *venta de frutos* o de cosecha en pie cuando el comprador toma posesión del inmueble para recolectarlas. Por nuestra parte, pensamos que lo esencial es indagar si el contrato concede o no el disfrute de la cosa; en el primer caso, habrá locación, aunque el dueño se hubiera reservado para sí algunos frutos, tales como la caza, la pesca, etc. Si no hubiera tal disfrute, habrá compraventa.

3) Igual solución debe admitirse cuando se trata de la venta de *productos*. Debe desecharse en nuestro derecho la opinión según la cual la enajenación de productos (a diferencia de la relativa a frutos) importa siempre un contrato de compraventa. Es que el artículo 1192 dispone que toda cosa, cuya tenencia esté en el comercio, puede ser objeto del contrato de locación. Y añade que se comprenden en el contrato, salvo pacto en contrario, los productos y los frutos ordinarios. Por tanto, la circunstancia de que la cosa disminuya su valor por la extracción de sus productos, no hace perder al contrato su naturaleza de locación.

Digamos desde ya que la distinción rigurosa de ambos contratos tiene la mayor importancia práctica: a) el comprador puede usar de la cosa libremente, mientras que el locatario debe hacerlo de acuerdo con lo convenido o según la naturaleza o destino de la cosa y devolverla en buen estado; b) de acuerdo con la regla *res perit domine*, los riesgos de la cosa corren desde el momento de la tradición por cuenta del comprador, en cambio, en la locación son sufridos por el propietario locador; c) clásicamente se ha dicho que las cosas que están fuera del comercio no pueden ser objeto de un contrato; sin embargo, es necesario distinguir según si lo que se persigue es su disposición o no. En efecto, ciertas cosas pueden estar fuera del comercio, pero no respecto de su tenencia, en cuyo caso pueden ser objeto de locación, pero no de venta (art. 1192); tal ocurre, por ejemplo, con las playas, parques o plazas, etc.; d) los impuestos que gravan a unos y otros contratos son diferentes.

375. d) Con el contrato de obra

La distinción entre ambos contratos es neta cuando suministra los materiales quien encarga la obra; en este caso, quien recibe los materiales tiene la única obligación de entregar el producto terminado. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando quien los

suministra es el empresario. Encargo un traje a mi sastre, quien pone la tela; contrato un busto con un escultor. ¿Hay venta o contrato de obra?

El artículo 1125 establece que *cuando una de las partes se compromete a entregar cosas por un precio, aunque éstas hayan de ser manufacturadas o producidas, se aplican las reglas de la compraventa, a menos que de las circunstancias resulte que la principal de las obligaciones consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios*. Además, dispone que *si la parte que encarga la manufactura o producción de las cosas asume la obligación de proporcionar una porción substancial de los materiales necesarios, se aplican las reglas del contrato de obra*.

El texto legal procura superar antiguas discusiones doctrinarias que oscilaban entre: i) considerar que siempre había contrato de obra, cualquiera que fuera la importancia relativa de la materia y del trabajo ejecutado sobre ella, y ii) afirmar que siempre era compraventa, pues en definitiva lo que principalmente se tiene en mira al contratar es la cosa concluida, pasando por iii) señalar que se trataría de un contrato de naturaleza mixta, pues reúne caracteres de la compraventa y del contrato de obra.

El Código Civil y Comercial ha seguido un criterio diferente. Lo que importa es determinar, en definitiva, la importancia del trabajo en relación con el valor de los materiales. La norma presume que, cuando una de las partes se compromete a entregar una cosa por un precio, hay compraventa, aunque la cosa tenga que ser manufacturada o producida; sin embargo habrá contrato de obra si la obligación principal consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios, o cuando quien encarga el trabajo se obliga a entregar una porción substancial de los materiales necesarios.

Así, habrá compraventa cuando se adquiere un traje o un vestido, aun cuando haya que hacer arreglos para adaptarlo al cuerpo del comprador, pues estos son cambios menores, o, con otras palabras, se trata de trabajos desdeñables con relación al valor de la cosa. En cambio, habrá contrato de obra si se encarga a un sastre o a un modisto la realización de un traje o un vestido, aun cuando el género sea aportado por este último, pues la labor es de mayor valor que el que pueda tener la cosa (en el caso, el género). Por la misma razón, también es contrato de obra el busto, aunque el mármol sea aportado por el artista.

El interés de ubicar con precisión este tipo de convenciones como compraventa o contrato de obra reside en las siguientes consecuencias jurídicas: a) El vendedor responde por evicción; garantía esta que no existe en el contrato de obra. b) El empresario goza del privilegio otorgado por el artículo 2582, inciso a).

376. e) Con la dación en pago

Según el artículo 942, *la obligación se extingue cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada*. Con otras palabras, hay dación en pago cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda una cosa, una suma de dinero, un derecho o la realización de un servicio, en sustitución de lo que se le debía entregar o del hecho que se le debía prestar.

Cuando la deuda tuvo origen en la entrega de una suma de dinero al deudor, la analogía con la compraventa es evidente: de una parte, hay entrega de una suma de dinero; de la otra, la de una cosa. Tal semejanza trae como consecuencia que deban aplicarse las reglas de la compraventa a esa relación jurídica trabada entre acreedor y deudor. Es lo que consagra, si bien con una mayor amplitud, la primera parte del artículo 943, cuando dispone que *la dación en pago se rige por las disposiciones aplicables al contrato con el que tenga mayor afinidad*.

Sin embargo, es preciso destacar que —a pesar de la semejanza aludida— son figuras diferentes, lo que queda reflejado en la segunda parte del referido artículo 943, según el cual, aunque el deudor responde por la evicción y los vicios redhibitorios, estos efectos no hacen renacer la obligación primitiva, excepto pacto expreso y sin perjuicio,

claro está, de los derechos de los terceros. Por lo tanto, mientras la dación en pago supone una obligación preexistente, que queda extinguida por ese acto, la compraventa constituye de por sí la fuente de las obligaciones recíprocas de comprador y vendedor. Esto tiene importancia, por ejemplo, cuando se hubiera entregado una cosa en pago de lo que no se debe; si ello ocurriera, la cosa puede ser repetida por el pagador.

377. f) Con la donación con cargo

El cargo que con alguna frecuencia imponen los donantes a los beneficiarios no modifica por lo común el carácter liberal del acto. Pero ocurre a veces que el cargo resulta económicamente equivalente a los bienes donados. Si el beneficiario del cargo es un tercero, todavía la distinción con la compraventa es sencilla, y el acto, por más que resulte gravoso, será siempre una donación, bien sea que el verdadero destinatario de la liberalidad sea el donatario o el beneficiario del cargo. Mucho más difícil es la distinción cuando el beneficiario es el propio donante. En tal caso, parece atinado decidir, como regla general, que cuando el cargo consiste en una prestación en dinero más o menos equivalente a la cosa hay compraventa oculta tras una apariencia de donación. Pero esta no es una regla absoluta, pues las circunstancias del caso pueden demostrar que la intención del transmitente de la cosa fue realmente liberal. Esto suele ocurrir cuando factores no previstos en el momento de hacerse la donación, han desvalorizado la cosa o hecho más gravoso el cargo. En suma, los jueces deben tener en cuenta las circunstancias que rodearon el caso para juzgar si ha mediado o no intención liberal.

§ 2.— Capacidad

378. Cuestiones generales

El Código Civil y Comercial no se refiere a la capacidad cuando legisla el contrato de compraventa, pues ya la ha regulado en otras partes del mismo cuerpo legal: cuando se refiere a la capacidad de la persona humana (arts. 22 y ss.) y cuando trata la incapacidad e inhabilidad para contratar (arts. 1000/2).

Ya nos hemos referido a ello más arriba (nros. 84 y ss.) y allí nos remitimos. Solo hemos de hacer acá algunas pocas precisiones, que parten de considerar que la compraventa es normalmente un acto de disposición (no lo es cuando es el medio por el que gira el negocio, tal el caso de la venta de las crías en un establecimiento ganadero) y que, por tanto, es necesario tal capacidad en cabeza del vendedor, mientras que el comprador solo necesita capacidad para obligarse.

A.— INCAPACIDADES DE EJERCICIO

379. Enumeración de los incapaces

Por aplicación de los principios generales sobre capacidad, no pueden comprar o vender por sí (aunque pueden hacerlo por medio de sus representantes legales) las

personas por nacer, los menores de edad, sean adolescentes o no, los incapaces y los condenados con pena de prisión o reclusión mayor de tres años. En otros casos, se necesita la conformidad del apoyo, como sucede con las personas con capacidad restringida y con los inhabilitados.

Respecto de los menores de edad, debe tenerse presente que si cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (arts. 24, inc. b], y 26, párr. 2º), lo que importa otorgar una clara elasticidad al concepto de capacidad. Ya no dependerá tanto de la edad que se tenga sino, y sin perder de vista esa edad, el grado de madurez que se tenga para ejecutar un acto determinado.

En este sentido, la persona menor de edad, aunque tenga menos de trece años, puede celebrar contratos —como el de compraventa— de menguado valor o escasa cuantía. Se presume que estos contratos han sido realizados con la conformidad de los padres (art. 684). Asimismo, todo menor de edad puede ejercer libremente la profesión si hubiera obtenido el título habilitante para ejercerla, sin necesidad de tener la autorización de sus padres, y puede administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos con el producto de su ejercicio profesional (art. 30).

380. Menores emancipados

El menor emancipado es una persona capaz, con restricciones para determinados actos (art. 27), lo que permite concluir que su capacidad no es igual a la de los mayores de edad, pues existen actos jurídicos que no puede hacer, ni con autorización judicial (art. 28).

El ordenamiento jurídico le reconoce al emancipado la capacidad para administrar todos sus bienes y disponerlos cuando hayan sido adquiridos onerosamente. En cambio, si el bien fue adquirido en forma gratuita, solo podrá disponerlo onerosamente si cuenta con autorización del juez, la que solo puede darse en caso de absoluta necesidad o ventaja evidente (art. 29).

381. Actos celebrados por incapaces; sanción de nulidad

Si el incapaz celebrara el contrato de compraventa que le está prohibido, o el inhabilitado o la persona con capacidad restringida actuara sin contar con el apoyo, el acto será nulo pues el vicio es manifiesto (surge de la mera comprobación de la sentencia dictada) y de nulidad relativa, toda vez que su sanción es en exclusivo interés de la parte protegida, y es saneable (art. 388). La nulidad afectará a los actos realizados con posterioridad a la inscripción de la sentencia en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 44). Lo mismo ocurre con el emancipado si celebra una compraventa para la cual no tiene capacidad legal suficiente.

¿Qué ocurre si la declaración de la incapacidad o de la capacidad restringida no ha sido inscripta aún? El acto celebrado podrá anularse si perjudica a la persona incapaz o con capacidad restringida, y siempre que la enfermedad mental fuera ostensible al tiempo de la celebración del acto, o que haya mala fe de su cocontratante, o que el acto fuera a título gratuito (art. 45). La misma solución cabe aplicar al inhabilitado.

B.— INCAPACIDADES DE DERECHO

382. Enumeración

Además de las incapacidades de ejercicio mencionadas en los números anteriores, el Código establece otras de derecho. La distinción es importante, porque en el primer caso no existe una imposibilidad absoluta de comprar y vender, como ya hemos visto, desde que lo pueden hacer por medio de sus representantes legales o con el auxilio del apoyo designado. En cambio, en las hipótesis de incapacidad de derecho no hay medio de celebrar el acto por sí o por representante legal o convencional.

383. a) Los cónyuges entre sí

La ley establece dos regímenes posibles para gobernar el sistema patrimonial del matrimonio: el de comunidad y el de separación de bienes. En este último, como regla, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales (art. 505). En el primero, al que la ley le asigna carácter supletorio (esto es, que debe ser aplicado en caso de que los cónyuges no hayan acordado el régimen de separación de bienes), se diferencian los bienes según su origen, en propios y gananciales y se imponen normas sobre la administración y disposición de ellos, debiéndose dividir por partes iguales la masa de bienes gananciales cuando se extinga la comunidad (arts. 463/504).

Hecha esta explicación, debe señalarse que los cónyuges que estén bajo el régimen de comunidad no pueden contratar en interés propio, entre sí (art. 1002, inc. d)). Más allá de lo que ya hemos señalado anteriormente (nro. 94), esta norma tiene plena aplicación en materia de compraventa. Con otras palabras, si los cónyuges han elegido el régimen de separación de bienes, pueden celebrar contrato de compraventa entre sí. Pero si están dentro del régimen de comunidad, no pueden comprar y vender entre sí, pues podrían afectarse los derechos de terceros. En efecto, el cambio de titularidad de dominio que trae aparejado la compraventa celebrada, permitiría hacer desaparecer con suma facilidad, mediante actos simulatorios o fraudulentos, los bienes que garanticen el crédito que tienen contra alguno de los esposos.

La prohibición antes referida no rige, desde luego, cuando el matrimonio ha quedado disuelto por divorcio vincular. Tampoco rige cuando la venta sea hecha en subasta pública judicial y cuando el comprador sea una sociedad de la cual forma parte el cónyuge.

El contrato celebrado en contra de la prohibición legal adolece de nulidad absoluta. La nulidad puede ser pedida por cualquier interesado, salvo por los propios cónyuges, pues estos lo celebraron sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Sin embargo, pedida la nulidad por uno de los esposos, el juez debe decretarla, no porque aquel lo pide, sino porque él tiene el deber de hacerlo de oficio, desde que se trata no solo de una nulidad absoluta, sino también manifiesta (art. 387).

384. b) Padres, tutores y curadores

Los padres no pueden, como regla, contratar con sus hijos menores. Más concretamente, no pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí ni por persona interpuesta, bienes de su hijo (art. 689).

Por su parte, los tutores y curadores no pueden celebrar contratos de compraventa con sus pupilos. Ello es así porque expresamente se dispone que no pueden celebrar con ellos, ni con autorización judicial, los actos prohibidos a los padres respecto de sus hijos menores de edad (arts. 120 y 138). Entendemos que la misma prohibición cabe a los apoyos.

Con claridad, la ley ha querido evitar que haya conflicto de intereses entre el representante legal y el menor que está bajo su guarda y, sobre todo, que el primero pueda beneficiarse injustamente en desmedro de los intereses del menor.

Sin embargo, se ha decidido que si el representante legal y el incapaz fueran condóminos, el primero puede adquirir el bien por pública subasta.

La prohibición legal es absoluta y no puede ser salvada con autorización judicial.

Se trata de un supuesto de nulidad relativa, desde que el interés perseguido por la ley ha sido la protección del incapaz; por tanto, si llegado éste a la mayoría de edad o recuperada su capacidad plena considera que la compra o venta ha sido conveniente a sus intereses, no sería razonable impedir la confirmación del acto.

385. c) Albaceas

El albacea, también llamado ejecutor testamentario, que no es heredero, no puede celebrar contratos de compraventa sobre los bienes de las testamentarias que estén a su cargo (art. 1002, *in fine*). Aquí también se procura evitar que ellos puedan valerse de sus funciones para perjudicar a los herederos, legatarios o acreedores.

La norma claramente excluye de la prohibición al albacea que es, además, coheredero. Desde luego, no se aplica tampoco a los *administradores* de la sucesión, sobre quienes no pesa ninguna incapacidad para comprar.

La compraventa celebrada en violación de lo dispuesto por esta norma adolece de relativa.

386. d) Los representantes voluntarios

Los representantes voluntarios (apoderados, mandatarios y ciertos auxiliares de la justicia, como los síndicos y curadores a los bienes y de herencias vacantes) no pueden, en representación de otro, efectuar contratos consigo mismo, sea por cuenta propia o de un tercero, sin la autorización del representado (art. 368).

Incluso, el representante voluntario tiene prohibido, *como regla*, adquirir por compraventa o acto jurídico análogo los bienes de su representado (art. 372, inc. e)).

La razón de esta prohibición es la siguiente: la ley procura evitar un conflicto de intereses entre el mandante o el representado y el mandatario o el representante, que habría de redundar muy probablemente en perjuicio de los primeros.

Sin embargo, la prohibición no es absoluta, y está relativizada por otros textos legales, más allá de que la mención "como regla" que hace el referido artículo 372, inciso e), revela que puede haber excepciones.

Así, cuando se regula el mandato, se dispone que si hay conflicto de intereses entre mandante y mandatario, éste debe posponer los suyos en la ejecución del mandato o renunciar (art. 1325), lo que importa decir que si no hay conflicto de intereses, puede actuar. Por eso, si tal conflicto queda superado, sea porque el mandante autoriza expresamente al mandatario a adquirir el bien, sea porque el mandante ha fijado con precisión las condiciones de venta y el precio, la compraventa es válida.

El contrato celebrado en violación de la disposición legal adolecerá de nulidad relativa puesto que ha sido dispuesta en beneficio del mandante o del representado.

387. e) Funcionarios públicos

No pueden contratar, en interés propio, los funcionarios públicos respecto de bienes de cuya administración o enajenación estén o han estado encargados (art. 1002, inc. a)). En el concepto funcionario público quedan incluidos el presidente de la Nación, los gobernadores de provincia, los ministros de gobierno —nacional o provincial— y los empleados públicos.

Esta prohibición se funda en el peligro que existe de que la venta sea provocada por la influencia del referido funcionario que desea adquirirlos.

El mismo riesgo existe respecto de los empleados públicos (nacionales, provinciales o municipales) que pretendieran adquirir un bien del Estado nacional, provincial o municipal, de cuya administración o venta estuviesen encargados. Una razón de moral

en el desempeño de los empleados públicos y de defensa de los intereses del Estado justifica sobradamente esta solución.

La prohibición se refiere estrictamente a las personas que tienen a su cargo la administración o venta de los bienes; nada impediría, por ejemplo, que un empleado de la administración de Justicia compre un bien que vende el Poder Ejecutivo.

La prohibición obliga a declarar la nulidad del acto celebrado violando la norma, y esa nulidad es absoluta, imposible de sanearse, pues existe un evidente fundamento de orden público. En efecto, cuando la persona en cuyo beneficio se ha otorgado la nulidad es el Estado, el problema adquiere por sí mismo un carácter público y el interés que media en la invalidez es un interés de orden público. Además, una razón de moral exige que tales actos no puedan convalidarse: basta que el funcionario encargado de vender un bien del Estado lo compre para sí, para que la operación esté envuelta en una atmósfera de sospechas y de indelicadeza. Si tales actos pudieran ser confirmados por los funcionarios que suceden al que los realizó, so color de que conviene al Estado, no podría impedirse la sospecha de una colusión en perjuicio de los intereses públicos. La nulidad debe, por tanto, tener carácter absoluto.

388. f) Jueces, árbitros, mediadores y sus auxiliares

No pueden contratar, en interés propio, los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido (art. 1002, inc. b)).

Por lo tanto, estas personas no pueden comprar los bienes que estén en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen o hubiesen ejercido su respectiva función o en el que interviniesen como mediador. Tales compras permitirían poner en duda la ecuanimidad de las personas encargadas de administrar justicia o de sus auxiliares. La prohibición se funda, pues, en una razón de orden moral.

La prohibición abarca:

1) A los *jueces* y árbitros respecto de los bienes que estén en litigio en su tribunal, pero ningún impedimento hay en que compren los vendidos en pleitos que tramitan ante otro tribunal, sea de la misma jurisdicción o de otra. La prohibición subsiste aunque hubieren dejado de entender en el litigio por recusación, excusación o cualquier otro motivo; basta que hubieren ejercido en algún momento su ministerio en ese pleito, para que el acto sea nulo.

2) A los *fiscales* y *defensores de menores e incapaces* que tengan intervención en ese juicio.

3) A los *secretarios* de juzgados o de Cámara, ante los cuales tramite el juicio.

4) A los *mediadores* en los procesos en los que hayan intervenido.

5) A los *peritos* en los procesos en que hayan actuado.

La prohibición obliga a declarar la nulidad del acto celebrado violando la norma, y esa nulidad es absoluta, imposible de sanearse, pues existe un evidente fundamento de orden público.

389. g) Abogados y procuradores

No pueden contratar, en interés propio, los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido (art. 1002, inc. c)). La norma abarca tanto a los procesos contenciosos como a los voluntarios.

Por lo tanto, los abogados y procuradores no pueden comprar los bienes que estén en litigio en un proceso en el que ejerciesen o hubiesen ejercido su respectivo ministerio. La prohibición también se funda en una razón de orden moral.

La prohibición obliga a declarar la nulidad del acto celebrado violando la norma, pero esta nulidad es relativa. No hay en este caso un motivo de orden público, vinculado con la seriedad de la administración de justicia, que obligue a invalidar el acto, aunque éste resultare luego conveniente para los vendedores; aquí no se juega otra cosa que intereses privados. Y una vez que está a salvo la garantía para las partes, que supone la acción de nulidad, no se ve razón suficiente para impedir que las partes interesadas confirmen el acto si éste resultara conveniente a sus intereses.

§ 3.— El consentimiento

390. Aplicación de los principios generales; remisión

Como todo contrato, la compraventa necesita un acuerdo de voluntades, debidamente declaradas. Es aplicable acá todo lo dicho al referirnos al consentimiento, como elemento esencial del contrato (véanse nros. 45 y ss.).

391. Las llamadas ventas forzosas

Siendo el consentimiento un elemento esencial de todo contrato, parece contrario a la razón hablar de ventas *forzosas*. Sin embargo, la realidad jurídica pone de manifiesto este hecho: que algunas veces los dueños son obligados a desprenderse del dominio de una cosa recibiendo en cambio su valor en dinero. ¿Pero puede este hecho jurídico calificarse de contrato de compraventa?

El Código Civil de Vélez establecía, en su artículo 1324, que nadie podía ser obligado a vender, sino cuando se encontrare sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, la cual tenía lugar en los casos siguientes: i) cuando hay derecho en el comprador de comprar la cosa por expropiación, por causa de utilidad pública; ii) cuando por una convención, o por un testamento se imponga al propietario la obligación de vender una cosa a persona determinada; iii) cuando la cosa fuese indivisible y perteneciese a varios individuos, y alguno de ellos exigiese el remate; iv) cuando los bienes del propietario de la cosa hubieren de ser rematados en virtud de ejecución judicial, y v) cuando la ley impone al administrador de bienes ajenos, la obligación de realizar todo o parte de las cosas que estén bajo su administración.

Pero si se lee bien esa disposición, se advertirá que en casi todos los supuestos no hay compraventa. En el primer caso, lo que hay es lisa y llanamente una expropiación que se rige por otras normas. En el segundo, la obligación de vender nace, en verdad, de un compromiso que asumió libremente al aceptar el testamento o al aceptar la oferta. En el tercer caso, lo forzoso no es la venta sino la liquidación del condominio. En el cuarto, el ejecutado no interviene en la venta sino que quien vende es el órgano público, quien —en verdad— ejecuta, y lo hace no en representación del comprador o del propietario, sino a nombre propio; incluso, el propietario ejecutado no responde por evicción, a pesar de la defectuosa redacción del artículo 1040 (véase nro. 256).

Solo el último caso puede ser considerado como una venta forzosa. Este último supuesto ha quedado comprendido en el artículo 1128, que, con una expresión más amplia, establece que *nadie está obligado a vender, excepto que se encuentre sometido a la necesidad jurídica de hacerlo*. Es el caso, por ejemplo, del síndico de una quiebra, que está obligado a liquidar los bienes del fallido para pagar a los acreedores. Acá sí parece existir una venta forzosa, pues la ley no deja margen a tal administrador: debe vender los bienes.

392. Forma y prueba

La compraventa es un contrato consensual; puesto que, salvo el caso que veremos en seguida, la ley no ha establecido ninguna exigencia formal; queda perfeccionado por el mero consentimiento de las partes (arts. 284 y 1015).

En lo que atañe a la *compraventa de inmuebles*, el artículo 1017, inciso a), dispone que debe hacerse por escritura pública, pues se trata de un contrato que tiene por objeto la adquisición del derecho real de dominio sobre un inmueble.

Pero desde que la jurisprudencia ha admitido que el comprador por boleto privado puede reclamar la escrituración del deudor y pedir que la escrituración sea suscrita por el juez en caso de negativa de aquél, la escritura pública ha dejado en nuestro derecho positivo de ser una exigencia formal del contrato de compraventa de inmuebles, para convertirse solamente en una formalidad indispensable para la transmisión del dominio, problema muy diferente.

Esta solución jurisprudencial fue recogida primero por los ordenamientos procesales y, luego, por el artículo 1018 que expresamente dispone que *el otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento.*

Por lo tanto, el contrato de compraventa de inmuebles hecho por boleto privado obliga en definitiva al vendedor a transmitir el dominio, tanto como la escritura misma.

Lo que en la práctica ocurre actualmente es que el contrato se suscriba en forma privada, y luego, se otorgue la escritura, simultáneamente con la transmisión del dominio.

Aun a los efectos de la transmisión del dominio, la escritura pública es innecesaria cuando la venta se ha hecho en subasta judicial (art. 1017, inc. a)], bastando entonces para que dicha transmisión quede perfecta con la aprobación del remate por el juez, el pago del precio, la entrega de la posesión de la cosa y la inscripción en el registro.

Empero, en la práctica se otorga siempre la escritura pública, porque ello permite el estudio de los títulos por el escribano, la acumulación en un solo acto de los antecedentes del dominio y la inscripción en el registro, previa certificación de que no hay gravámenes, impuestos, embargos o inhibiciones que afecten la libre disposición del bien. Por ello es que los tribunales han declarado reiteradamente que el propietario carece de la libre disposición del predio hasta tanto no se haya otorgado la escritura pública.

En cuanto a la prueba del contrato, cuando no se exige la escritura pública, siendo éste consensual y no formal, puede ser acreditado por cualquier medio que permita llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, excepto disposición legal que establezca un medio especial; sin embargo, si fuera de uso instrumentarlo, no puede ser exclusivamente por testigos (art. 1019).

Con todo, si hay principio de prueba instrumental que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia de la compraventa, también podrá ser probada por testigos (art. 1020).

La libertad de formas a la que aludimos anteriormente adquiere su mayor relevancia en la moderna contratación, que se celebra por diferentes medios: teléfono, télex, fax, sistemas informáticos, entre otros.

II — ELEMENTOS PECULIARES DE LA COMPRAVENTA

§ 1.— La cosa

A.— PRINCIPIOS GENERALES

393. Condiciones para que la cosa pueda ser vendida

El principio general es que *pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos* (art. 1129), o, con otras palabras, que todas las cosas pueden ser vendidas. Esta regla debe ser precisada: es menester determinar cuáles son las condiciones que debe reunir la cosa para ser objeto del contrato de compraventa. Veamos.

a) Debe ser una cosa en sentido propio

Es decir, debe tratarse de un objeto material susceptible de apreciación económica. La necesidad de que la cosa sea susceptible de valoración económica ha sido receptada en el artículo 1003, cuando dispone que el objeto de los contratos, en general, debe ser susceptible de tal valoración.

Si, por el contrario, lo que se enajena es un derecho incorporeal, habrá cesión de derechos pero no compraventa. En el derecho moderno, empero, se advierte una importante tendencia a considerar compraventa a la enajenación onerosa de cualquier cosa o derecho susceptible de apreciación económica.

¿Las energías tales como la electricidad, la atracción magnética, la energía atómica, pueden ser objeto de un contrato de compraventa? Esta cuestión, que estaba controvertida en nuestro derecho, depende de esta otra: si tales energías deben considerarse como cosas. Hasta mediados del siglo pasado prevalecía el criterio negativo, fundado en que aquellas no son un objeto corpóreo. Pero actualmente tal tesis está superada. Es que las categorías jurídicas no presuponen identidad con las categorías y conceptos de otras ciencias y se inspiran más bien en conceptos vulgares; tiene la energía un contenido económico de goce y disposición que la asimila a las cosas. Entre el gas y la electricidad que se consumen en una casa es difícil establecer diferencias conceptuales desde el punto de vista jurídico; ambos sirven de energía calórica o lumínica, ambos se consumen con el uso, pueden medirse, tienen un valor económico, son susceptibles de apropiación. Una distinción entre ellos sería arbitraria desde el punto de vista jurídico; resulta muy difícil comprender que el gas (que es un cuerpo fluido y, por lo tanto, indiscutiblemente una cosa) pueda ser vendido y no la

electricidad. Por lo demás, si se analiza el problema desde el punto de vista de la ciencia física, los conocimientos modernos permiten hoy afirmar que la electricidad o la energía atómica son tan materia como un gas, un líquido o un cuerpo sólido. Por tales razones, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan decididamente a considerarlas como cosas y como tales pueden ser objeto del contrato de compraventa. Por ello, el artículo 16 establece que *las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre*.

b) Debe tratarse de una cosa cuya venta no esté prohibida por la ley o que sea contraria a la moral y a las buenas costumbres

Se considera que están fuera del comercio, los bienes cuya transmisión esté expresamente prohibida por la ley, o por actos jurídicos, en cuanto el Código Civil y Comercial permita tales prohibiciones (art. 234).

Entre las cosas cuya venta está prohibida por la ley, recordaremos los bienes públicos del Estado (art. 237), como las calles, plazas, caminos, canales, puentes, ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos, entre otros (art. 235), la hacienda enferma de aftosa u otras enfermedades contagiosas, las muestras gratis de productos farmacéuticos, etc. Otras veces, la prohibición resulta de un contrato; así, por ejemplo, es lícita la prohibición de vender a determinada persona (art. 1972, párr. 1º), o la de vender los bienes recibidos a título gratuito (por donación o testamento) por un término no mayor de 10 años (art. 1972, párr. 2º). En este último caso, una prohibición por más tiempo resultaría lesiva del derecho de propiedad; por ello, la ley ha limitado la obligatoriedad de tales cláusulas al plazo indicado.

Repetimos aquí que, en principio, todas las cosas pueden venderse y que solo no podrán serlo cuando la ley expresamente disponga lo contrario o cuando se afecte la moral o las buenas costumbres.

c) La cosa debe ser determinada o determinable

Dispone el artículo 1005 que la cosa es determinada cuando, al menos, se fija su especie o su género, según el caso, aunque no lo estén en su cantidad si esta puede ser determinada. Es determinable cuando se establecen los criterios suficientes para su individualización.

Cuando la norma se refiere a cosas determinadas por su especie o por su género, alude a las cosas fungibles; en tal caso, ellas se determinarán siempre por su especie, peso, calidad, cantidad y medida; así, por ejemplo, 1000 quintales de trigo duro o semiduro procedente de tal semillero; o bien 100 quintales de trigo de tal peso específico y con tanto margen de cuerpos extraños; o bien 100 hectolitros de vino tinto común de mesa, etc. Incluso, en ciertos casos, cuando se trata de cosas que tienen una cotización en el mercado, el contrato será válido aunque no se haya fijado la cantidad, pues ella se podrá determinar por el precio pactado (por ejemplo, la soja, si se tiene en cuenta el precio del puerto de Rosario para un determinado día; o, la carne vacuna, si se toma el precio en el Mercado de Liniers). Desde luego, también es una cosa determinada cuando se trata de una cosa cierta, por ejemplo, el departamento de la calle Juncal 2344, piso 6, de la ciudad de Buenos Aires.

Puede ser que el objeto de la compraventa sea una cosa cierta, pero que no esté determinada con precisión en el contrato, o que sea una cosa fungible, pero cuya cantidad no hubiera sido determinada. En tal caso, estaremos ante una cosa determinable si se han establecido criterios suficientes para su individualización. Un buen ejemplo de ello es cuando las partes han pactado que la determinación del objeto o la cantidad, en su caso, sea hecha por un tercero (art. 1006).

Lo que en definitiva interesa es que la cantidad o la calidad de la cosa misma puedan ser determinadas sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes.

Se juzgará indeterminable la cosa, cuando se vendiesen todos los bienes presentes o futuros de una persona o una parte proporcional de ellos. Es que resulta imposible determinar a ciencia cierta cuáles son todos los bienes de una persona. Tales convenciones se prestarían a chicanes y fraudes que es bueno evitar. Pero si los bienes se han determinado, la venta será válida, aunque comprenda a todos los que una persona posea.

d) Debe tener existencia real o posible

Pueden venderse las cosas existentes y aun las futuras, pero no las que, vendidas como existentes, no han existido nunca o han dejado de existir en el momento de formarse el contrato; en este caso, el acto es nulo (art. 1130).

Puede ocurrir que la cosa haya dejado de existir parcialmente; en tal caso, el comprador tendrá derecho a demandar la entrega de la parte que existiese con reducción proporcional del precio (art. 1130). Pero también podrá dejar sin efecto el contrato, pues tal derecho nace como consecuencia de la obligación del vendedor de entregar la cosa prometida (art. 1137), y es claro que una cosa que ha dejado de existir parcialmente no es la cosa vendida.

Es necesario dejar sentado, sin embargo, que no basta cualquier pérdida, por insignificante que sea, para dar lugar a la acción de resolución del contrato por el comprador. Así, por ejemplo, si se hubieran prometido en venta 1000 toneladas de trigo y se perdieran 10 kilogramos, sería contrario a la buena fe y a la lealtad que deben presidir los negocios jurídicos, pretender la rescisión de la venta. Tal actitud importaría un verdadero abuso del derecho que no puede ser amparado por los jueces. Pero desde que la pérdida sea apreciable, aunque pequeña, el comprador tiene derecho a rescindir el contrato.

El ejercicio de este derecho de opción no hace perder al comprador el derecho a exigir el pago de daños y perjuicios si la pérdida hubiera ocurrido por culpa del vendedor (arts. 755, 1716 y 1724).

Con razón, el artículo 1130 se refiere a la cosa "cierta". Es que si la cosa prometida es fungible, el vendedor siempre puede entregarla, pues hay otra cosa de igual calidad y especie.

Asimismo, el artículo citado destaca la importancia de que la cosa no exista al momento de perfeccionarse el contrato; esto es, al tiempo de la tradición, cuando el comprador adquiere la propiedad de la cosa (arg. art. 750). En otras palabras, si la cosa no existía cuando se celebró el contrato, pero sí existe al tiempo de la tradición, momento en el que se transfiere el dominio, el contrato es válido.

B.— VENTA DE COSA AJENA

394. El problema

A primera vista, parece razonable afirmar que las cosas ajenas no pueden venderse. Es una solución que parece impuesta por una lógica elemental, pues ¿cómo podría venderse algo que no pertenece al vendedor? Sin embargo, a poco que se examine el problema, se advertirá que el principio no es tan razonable como parecía. Cuando una persona se obliga a vender algo que no le pertenece, es obvio que toma el compromiso de adquirirlo primero y luego enajenarlo al comprador. No hay razón para prohibir tal contrato.

No es extraño, por consiguiente, que el derecho romano admitiera como válida la venta de cosa ajena, solución que imperó sin discusiones hasta la sanción del Código Napoleón. Recuérdese que esta legislación importó una innovación sustancial en lo que atañe a la naturaleza y efectos del contrato de compraventa. Mientras que en el derecho romano este contrato no significa otra cosa que una obligación de transmitir la propiedad, en el Código Civil francés es traslativo por sí mismo de la propiedad. Parecía natural, por consiguiente, que las cosas ajenas no pudieran venderse, puesto que en tal caso era imposible que se produjera aquel efecto.

Pero, habiendo adherido nuestro ordenamiento legal al sistema romano en lo relativo a los efectos del contrato de compraventa, resulta lógico admitir la validez de la compraventa de cosa ajena, que no es más que un compromiso a transmitir regularmente el dominio de la cosa prometida. Por ello, el artículo 1132 dispone que *la venta de la cosa total o parcialmente ajena es válida, en los términos del artículo 1008*. Y añade. *El vendedor se obliga a transmitir su dominio al comprador*. Será de aplicación, entonces, lo estudiado antes (nros. 160 y 210).

395. Supuestos comprendidos

Más allá de la amplitud del artículo 1132, no está de más hacer algunas acotaciones:

a) El artículo 1132 juega principalmente cuando se trata de cosas ciertas y determinadas, pues las que solo se designan por su género (cosas fungibles), no son susceptibles de determinación sino en el momento de la entrega, de tal modo que es irrelevante quién ostenta la propiedad al firmarse el contrato.

b) Cuando comprador y vendedor contratan sobre la cosa que pertenece a un tercero, teniendo pleno conocimiento de tal circunstancia, debe interpretarse como un compromiso contraído por el vendedor de transmitir regularmente la propiedad de la cosa al comprador (art. 1132, *in fine*).

c) Cuando el contrato ha sido seguido de la entrega efectiva de la cosa mueble no registrable al comprador, siempre que esa cosa no haya sido hurtada o perdida, se ha transmitido el dominio regularmente. En efecto, en tal caso entra a jugar la regla del artículo 1895, según el cual la posesión de buena fe de una cosa mueble no registrable crea, en favor del que la posee, la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si la cosa no hubiera sido hurtada o perdida.

d) También es válido el contrato de compraventa hecho por el heredero aparente en favor de un comprador de buena fe, esto es, que ignora la existencia de herederos de mejor o de igual derecho que el heredero aparente, o que ignora que los derechos del heredero aparente están judicialmente controvertidos (art. 2315).

1.— Efectos entre las partes

396. Distintas hipótesis

El problema de los efectos de la venta de cosa ajena debe ser estudiado con relación a estas hipótesis.

a) Ambas partes sabían que la cosa era ajena

A tenor de lo que dispone el artículo 1132, el vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador. Sin embargo, esta norma (y la obligación que

impone) no puede ser interpretada de manera aislada, sino de conformidad con lo que establece el art. 1008, que distingue según se haya garantizado o no el éxito de la promesa (véase nro. 160).

¿Qué ocurre si, no obstante saber el vendedor que la cosa no le pertenece, la entrega al comprador? El Código de Vélez resolvía expresamente el punto estableciendo que después que hubiese entregado la cosa no puede demandar la nulidad de la venta ni la restitución de la cosa (art. 1329). La solución, como se verá, es lógica, y, por ello, parece razonable mantenerla a pesar de que el Código Civil y Comercial no la recepta de manera expresa. Por lo demás, tratándose de un caso sobre el cual el Código ha guardado silencio, pero que estaba regido en la legislación derogada con una solución que no es contraria a derecho, debe recurrirse a esta última por constituir un uso vinculante, en los términos del artículo 1º del Código vigente. Antes de la entrega, es natural que se permita al vendedor excepcionarse para no entregarla, puesto que él no puede ser obligado a cometer un hecho ilícito; pero después de consumado éste, ya no tendría razón de ser su reclamación de nulidad. En tal caso, su intervención en el negocio está terminada; en adelante, quien debe reclamar la restitución de la cosa es el dueño (arg. art. 388).

b) Ambas partes ignoraban que la cosa era ajena

El acto es nulo y la nulidad puede ser pedida por el vendedor hasta el momento de la entrega de la cosa (no después) y por el comprador en cualquier momento. Así lo establecía el artículo 1329 del Código de Vélez y parece razonable mantener la misma solución ante la ausencia de disposición expresa en el Código Civil y Comercial y por las razones dadas en el párrafo anterior (arg. art. 1º). Por lo dicho en el párrafo precedente, es lógico que se niegue al vendedor el derecho a exigir la restitución de la cosa después de haber hecho entrega de ella al comprador. En cambio, el comprador puede pedir en cualquier momento la nulidad, antes o después de la entrega, pues de lo contrario tendría siempre pendiente la amenaza de la reivindicación del propietario.

No solo puede reclamar la nulidad, sino también la restitución del precio y los daños sufridos, todo lo cual debe ser abonado por el vendedor aunque sea de buena fe. Es una consecuencia de la garantía de evicción que pesa sobre el vendedor.

c) Solo el vendedor sabía que la cosa era ajena

El vendedor no podrá reclamar la nulidad de la venta ni aun antes de la entrega; sin embargo, hasta ese momento podrá excepcionarse oponiéndose a la entrega, pues nadie puede ser obligado a consumir un hecho ilícito. Luego de la entrega no podrá demandar la nulidad ni pedir la restitución. Así lo establecía el artículo 1329 del Código de Vélez y parece razonable mantener la misma solución ante la ausencia de disposición expresa en el Código Civil y Comercial. En cualquier caso, además, deberá restituir el precio y pagar los daños y perjuicios.

En cuanto al comprador, él está en condiciones de pedir la nulidad en los mismos casos y con la misma extensión que hemos visto en el caso anterior.

d) Solo el comprador sabía que la cosa era ajena

En tal caso no tendrá derecho a reclamar daños y perjuicios ni a que se le restituya el precio. Así lo establecía el artículo 1329 del Código de Vélez y parece razonable mantener la misma solución ante la ausencia de disposición expresa en el Código Civil y Comercial. Sin embargo, si la cosa aún no le hubiere sido entregada, podrá excepcionarse, negándose a recibirla y a pagar el precio, pues nadie puede ser obligado a consumir un hecho ilícito.

Bien entendido que cuando se niega al comprador el derecho a reclamar la devolución del precio, se entiende que solo se alude al caso de que él haya obrado de mala fe, con el propósito de perjudicar al verdadero dueño. Si, en cambio, no existió

este propósito doloso, el comprador podrá reclamar la restitución del precio por vía de una *condictio sine causa* (ya que el vendedor carece de título para retener el pago de una cosa que no era suya) pero no los daños e intereses.

397. Carácter de la nulidad

La nulidad que afecta este contrato es relativa. Ante todo, porque esta nulidad, en principio, solo puede ser declarada a instancia de la persona en cuyo beneficio se establece (art. 388), que en el caso es el comprador, aunque se le reconoce a la otra parte, si bien de manera excepcional, que pueda invocar la nulidad si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante (art. citado).

Pero donde se advierte con mayor claridad el carácter relativo de esta nulidad es en el hecho de que el verdadero dueño puede confirmar el contrato (art. 388), lo que no se concilia con la idea de una nulidad absoluta (art. 387, párr. 2º).

2.— Efectos respecto del dueño

398. El principio de la inoponibilidad y sus excepciones

El dueño de la cosa está al margen de las transacciones por las cuales terceras personas compren o vendan sus bienes de buena o mala fe. Tales actos le son, al menos en principio, inoponibles. Es una conclusión que surge muy claramente de la naturaleza del derecho de propiedad. Solo el dueño puede enajenar una cosa. Por tanto, si él estuviera en posesión de la cosa, podrá rechazar la acción del comprador que pretenda reclamarla; y si no la tuviere en su poder, podrá reivindicarla de quien la detente, sea el vendedor o el comprador.

Este principio de la inoponibilidad del acto sufre algunas excepciones en favor del adquirente de buena fe:

a) En primer término, el comprador de buena fe de una cosa mueble no registrable no hurtada ni perdida, y que ha entrado en posesión de ella, puede rechazar la acción reivindicatoria del dueño (art. 1895); igual derecho tiene el comprador de buena fe que adquirió una cosa mueble o inmueble del heredero aparente (art. 2315) o el que la subadquirió de buena fe y a título oneroso, a menos que el primer contrato se haya realizado sin intervención del titular del derecho (art. 392).

b) El poseedor de buena fe tiene derecho a los frutos percibidos antes de descubrir el vicio de su título (art. 1935).

c) El adquirente de buena fe de un inmueble tiene derecho a invocar la usucapión breve de diez años (art. 1898).

3.— Consolidación de la venta

399. Distintos modos de consolidación

No obstante la nulidad de la venta de cosa ajena, el acto puede quedar convalidado o consolidado por los modos siguientes:

a) Por ratificación del propietario

Si el propio dueño ratifica el acto, la nulidad no tendría justificativo razonable; más aún, el acto quedaría confirmado en los términos del artículo 393. Esa ratificación puede ser expresa o tácita; esta última resultará de la inacción durante el tiempo necesario para que el comprador la adquiriera por prescripción.

Si bien la ratificación —que no es más que una confirmación del acto nulo, como se dijo precedentemente— tiene efectos retroactivos a la fecha que se celebró el contrato nulo, tal retroactividad no puede perjudicar los derechos de terceros de buena fe (art. 395, parte final).

b) Por adquisición del dominio por el vendedor con posterioridad a la venta

Esta adquisición puede hacerse por sucesión universal (lo que ocurre cuando el vendedor ha heredado al dueño) o por sucesión particular (cuando ha adquirido el dominio como comprador, donatario, legatario, etc.). Igual efecto se produce si el propietario ha sucedido al vendedor como sucesor universal, pues también en este caso las calidades de vendedor y de propietario se reúnen en una misma persona; y por lo demás, si el propietario sucede al causante en todas sus obligaciones, es lógico que cumpla también con ésta.

La adquisición posterior de la cosa por el vendedor debe considerarse como un acto del que se deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio del contrato originario (art. 394).

4.— Venta de cosa parcialmente ajena

400. Principio

Dispone el artículo 1132 que la venta de cosa parcialmente ajena es válida. Es el caso de la venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa; sin perjuicio de los derechos de los demás condóminos y los del propio comprador que, obviamente, si compró todo, no puede ser obligado a aceptar una parte, la venta es válida *respecto de la porción del vendedor*.

401. Consolidación de la venta

La venta de la cosa común hecha por uno de los copropietarios queda convalidada: a) por la ratificación hecha por los otros condóminos, pero basta que uno solo no la ratifique, por pequeña que sea su parte en la cosa, para que la venta no quede convalidada; b) por haber adquirido el vendedor las restantes partes de la cosa.

C.— VENTA DE COSA FUTURA

402. Distintos casos

En principio, la compraventa debe tener un objeto actual; no se pueden vender cosas que nunca han existido, que no existirán o que habiendo existido han perecido. El acto carecería de objeto. Sin embargo, la venta de cosa futura es —dentro de ciertos límites— posible (art. 1131). Para que ello sea así, es preciso que las partes que celebran el contrato sepan que la cosa aún no existe aunque, desde luego, esperan que exista en el futuro; si, por el contrario, contratan en la inteligencia de que existe actualmente, el contrato será nulo.

Bajo la denominación común de venta de cosa futura se comprenden dos hipótesis diferentes:

a) La venta de una cosa para el caso de que llegue a existir. Se trata de una venta sujeta a la condición suspensiva de que la cosa efectivamente llegue a existir, y en la que la obligación de pagar el precio está sujeta a esa misma eventualidad; es la llamada *emptio rei speratae*. Este contrato queda gobernado por las reglas de los actos jurídicos sujetos a condición (arts. 343 y ss.). De todos modos, es preciso añadir que *el vendedor debe realizar las tareas y esfuerzos que resulten del contrato, o de las circunstancias, para que éste llegue a existir en las condiciones y tiempo convenidos* (art. 1131, párr. 2º). Por lo tanto, si bien el vendedor no se obliga a que la cosa llegue a existir, tiene que poner todo el empeño posible para que exista. Asume, por tanto, una obligación de medios y no de resultado.

b) La venta de una cosa futura cuando el comprador asume el riesgo de que la cosa no llegue a existir, sin culpa del vendedor (art. 1131, párr. 3º). En este caso, el comprador debe el precio convenido conforme a lo acordado en el contrato. Pero, si hay culpa del vendedor, el comprador no está obligado a pagar el precio. Es la llamada venta de esperanza o *emptio spei*, de la cual nos ocuparemos en los párrafos que siguen.

403. Naturaleza jurídica de la venta de esperanza

Ordinariamente se concibe a la *emptio spei* como una venta en sentido propio; se afirma que puesto que la esperanza es también algo actual y real, también puede venderse. Tal punto de vista nos parece a todas luces falso. La compraventa debe tener por objeto una cosa; y una esperanza no es una cosa sino un elemento de orden psicológico, una previsión, un cálculo de probabilidades. Se trata, pues, de un contrato innominado, de carácter aleatorio.

La *emptio spei* queda concluida como contrato perfecto desde que se produce el acuerdo de voluntades. El precio se debe de inmediato, sin estar supeditado a la existencia o entrega de la cosa.

404. Extensión de los riesgos tomados por el comprador

Puede ocurrir que el comprador tome sobre sí dos riesgos distintos: a) el de que la cosa exista o no, y b) el de que la cosa exista en mayor o menor extensión. En el primer caso, el vendedor tendrá derecho a todo el precio aunque la cosa no llegue a existir, salvo desde luego que ello haya ocurrido por culpa o dolo del vendedor, supuesto en cuyo caso el comprador no solo no deberá el precio, sino que tendrá derecho a reclamar los daños sufridos. En el segundo caso, también el vendedor tendrá derecho a todo el precio, pero solo en el caso de que la cosa llegue a existir por lo menos parcialmente; así, por ejemplo, si se ha vendido con esta cláusula la próxima cosecha de trigo, no importa que el rendimiento haya sido menor o mayor, ni que ella se haya perdido parcialmente por sequía, granizo, etc. En cualquier caso, el comprador deberá la totalidad del precio; pero si la pérdida ha sido total, el comprador no debe el precio, y si ya lo hubiera pagado, tiene derecho a repetirlo. Estas eran las soluciones establecidas en los artículos 1404 y 1405 del Código Civil de Vélez, las que deben ser mantenidas en el Código Civil y Comercial, a pesar de su silencio, no solo porque se trata de un caso sobre el cual el Código ha guardado silencio, que estaba regido en la legislación

derogada con una solución que no es contraria a derecho, por lo que constituye un uso vinculante, en los términos del artículo 1º del Código vigente, sino porque si se permite lo más (que el comprador asuma el riesgo de que la cosa llegue a no existir), debe permitirse lo menos (que el comprador exija que la cosa exista aunque en una menor medida). En este último caso, solo si existe estará obligado a pagar el precio pactado.

D.— COSAS SUJETAS A RIESGOS

405. Condiciones de validez de esta venta

No hay inconveniente en vender cosas actualmente existentes, pero que estén sujetas a algún riesgo que las ponga en peligro de pérdida parcial o total. El comprador puede tomar sobre sí el riesgo, en cuyo caso deberá pagar el precio convenido, aunque la cosa pereciere. Ello es así, pues si el artículo 1130, párrafo 2º, admite que el comprador asuma el riesgo de que la cosa cierta haya perecido o esté dañada al tiempo de celebrarse el contrato, con mayor razón será válido el pacto cuando la cosa, si bien sujeta a riesgo, no se hubiera perdido o dañado todavía.

Bien entendido que para que este resultado se produzca, es indispensable que el comprador tenga conocimiento del riesgo y lo asuma; si, por el contrario, solamente el vendedor lo conocía, su ocultamiento configura dolo y es suficiente para demandar la nulidad del contrato. El mismo artículo 1130 establece que el vendedor no puede exigir el cumplimiento del contrato si al celebrarlo sabía que la cosa había perecido o estaba dañada. Por último, si el riesgo dependiera de un vicio oculto que tampoco el vendedor conocía, el comprador tendrá derecho a las acciones derivadas de los vicios redhibitorios.

A pesar de lo que establece el artículo citado, no parece ser indispensable que el comprador asuma de manera expresa el riesgo; basta que se pruebe que compró la cosa con pleno conocimiento del peligro y que pagó el precio sin ninguna observación sobre el punto para tenerlo por asumido tácitamente.

§ 2.— El precio

406. Condiciones que debe reunir

Para que el contrato de compraventa quede legalmente configurado, es preciso que el precio reúna las siguientes condiciones: a) debe ser en dinero; b) debe ser determinado o determinable; c) debe ser serio. Nos ocuparemos de ellas en los números siguientes.

407. a) Precio en dinero

El precio debe ser en dinero (art. 1123); de lo contrario no hay compraventa. Si lo que se da a cambio de una cosa es un servicio o trabajo, habrá dación en pago; si se cambia una cosa por otra, habrá permuta. Alguna duda puede presentarse, respecto de la

naturaleza del contrato, cuando se paga parte en dinero y parte en otra cosa: nuestro Código resuelve la cuestión en el sentido de que es permuta si el precio es de menor valor que la cosa, y que es compraventa en los demás casos, tanto cuando el precio sea mayor que el valor de la cosa, como cuando sea igual (art. 1126).

Siendo en dinero, no importa que sea moneda nacional o extranjera (más allá de la facultad que se le otorga al comprador de dar el equivalente en moneda de curso legal, art. 765), que se pague al contado o quede un saldo pendiente.

408. b) Precio determinado o determinable

Establece el artículo 1133 que el precio debe ser determinado, y explica que el precio es determinado cuando: i) los contratantes lo fijan expresamente, ii) acuerdan que sea un tercero —designado por las partes— el que lo establezca, o iii) lo vinculan con el precio de otra cosa cierta.

A nuestro entender solo el primer supuesto puede ser considerado como precio determinado, mientras que los dos restantes son supuestos de precio determinable, pues el precio será fijado en el futuro, conforme lo acordado.

El artículo 1133 prevé, además, una novedosa norma de clausura: si las partes previeron el procedimiento para fijar el precio, se entiende que hay precio válido. Claramente se trata de otro ejemplo de precio determinable.

Esta norma de clausura permite afirmar que si los contratantes han acordado que el precio sea el valor de la cosa en plaza (siempre que tenga valor en plaza), sin importar que sea mueble o inmueble, ni que haya sido dada al comprador o no, se considera cumplido el recaudo de que el precio sea determinado.

¿Qué ocurre si las partes no han señalado el precio, ni expresa ni tácitamente, ni se ha estipulado un medio para determinarlo? El Código Civil y Comercial dispone que si se trata de una cosa mueble, y a menos que las partes hubiesen acordado otra cosa, se considera que se ha hecho referencia al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato para tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate (art. 1143). Como se ve, la norma no valora la circunstancia de que la cosa hubiera sido entregada o no; es aplicable en ambos casos.

Si, en cambio, el objeto del contrato fuere un inmueble o una cosa mueble que careciere de precio en el tráfico mercantil, y no se diese el procedimiento para la fijación del precio, consideramos que el contrato será nulo. La misma consecuencia recae en el contrato cuyo objeto fuese inmueble o mueble de cualquier tipo, pero el precio hubiera sido dejado al arbitrio de una de las partes.

Alguna duda puede plantearse en el caso que se estipule que se pagará el justo precio. En tal caso, habría que distinguir según lo que sea la cosa vendida. Si esta fuera una cosa que tiene valor en plaza o en el mercado, el justo precio es el precio de esa cosa el día convenido. Si, en cambio, se tratare de una cosa cierta, sin cotización en plaza, una cláusula de este tipo obligaría a la fijación judicial del precio, lo que dejaría en la incertidumbre los derechos de las partes hasta la sentencia, lo que sería, cuanto menos, inconveniente.

409. Precio fijado por las partes

Las partes pueden fijar el precio de distintos modos: 1) determinando precisamente la cantidad a pagar (\$ 1.000, \$ 10.000, \$ 100.000, etc.), que es lo más frecuente; 2) refiriéndolo al precio de otra cosa cierta (art. 1133); por ejemplo, se vende un toro "por el mismo precio que se pague por el toro campeón de Palermo"; 3) remitiéndolo al valor de plaza en cierto día y lugar; 4) cuando se ha previsto el procedimiento, para determinar el precio; así, por ejemplo, cuando se indica "el precio de costo", o lo que "produzca la máquina vendida trabajando tantas horas diarias durante tanto tiempo".

Hasta podría prescindirse de fijar el precio o su procedimiento para fijarlo, cuando el vendedor ha entregado una cosa mueble que tiene precio corriente de plaza. Resulta lógico entender que las partes se sujetaron al precio del día en el lugar de la entrega de la cosa.

410. Precio fijado por un tercero

No hay inconveniente en que se sujete el precio al arbitrio de un tercero (art. 1133). Este tercero puede ser designado en el contrato mismo o con posterioridad (art. 1134).

Ahora bien: si la persona designada no quisiere o no llegare a determinar el precio, lo hará el juez por el procedimiento más breve que prevea la ley local (art. 1134). El juez también debe intervenir y fijar el precio cuando las partes han diferido la designación del tercero y luego no se ponen de acuerdo (art. citado).

411. Efectos de la fijación por el tercero

Establecía el artículo 1351 del Código Civil de Vélez que la estimación que hiciese la persona designada era irrevocable y no había recurso alguno para variarla. Su supresión en el Código Civil y Comercial permite alcanzar una solución más justa: si la estimación del valor fuese exagerada y abusiva, nace una acción de impugnación en favor del damnificado.

Está bien el principio de que la decisión del tercero se reputa definitiva, porque así se evitan enojosas cuestiones y dificultades que precisamente se quisieron evitar al designar al tercero. Pero una cosa muy distinta es aceptar cualquier precio, cualquiera que sea la desproporción con el valor de la cosa. Para remediar las consecuencias de una fijación de precios tan chocantes a la justicia, debe considerarse suficiente la demostración de la desproporción grosera entre el precio y la cosa. En vano se argüirá que el perjudicado por un precio injusto debe soportar la consecuencia de su exceso de confianza, de su error en la elección del tercero. Todo ello está muy bien dentro de ciertos límites. Porque el que contrata de buena fe tiene derecho a esperar que las demás personas con las que se vincula contractualmente también actúen del mismo modo. Él ha aceptado un riesgo normal: que el tercero, valúe la cosa en algo más o algo menos de lo que vale, pero siempre dentro de límites razonables. El que compra una cosa y somete el precio a la apreciación de un tercero acepta la posibilidad de un cierto perjuicio, pero no entiende, por ejemplo, comprometer toda su fortuna, como ocurriría si el tercero fijara como precio de un automóvil usado la cantidad de \$ 10.000.000.

Si el contrato establece que el precio será fijado por un tercero sobre la base de los precios de plaza, debe entenderse que el tercero no puede apartarse de ellos.

412. c) Precio serio y precio vil

El precio debe ser serio. No llena esta calidad el precio *ficticio* o *simulado*; si, por ejemplo, se simula pagar un precio que en verdad no se paga no obstante la transmisión real y seria del dominio, no habrá compraventa sino donación.

Tampoco la llena el precio irrisorio, como, por ejemplo, si se vende una estancia en cien pesos; también es obvio que en este caso estaremos en presencia de una donación y no de una venta.

Diferente es el caso del precio *vil*. Aquí no puede decirse ya que no se trata de un precio serio, pues tanto el comprador como el vendedor se han propuesto seriamente hacer la venta sobre esa base. Por tanto, el precio vil no altera la naturaleza del acto ni impide la formación del contrato de compraventa. Lo que no significa, sin embargo, que el contrato no pueda impugnarse y eventualmente obtenerse una declaración de nulidad por el vicio de lesión (art. 332).

Así, por ejemplo, y aun cuando no se hubiera probado la existencia de vicios del consentimiento, cabría anular una venta de un terreno por el que se había fijado un precio de \$ 100.000 cuando en realidad valía \$ 2.000.000.

412-1. El precio en la compraventa de cosas muebles

El artículo 1123 establece que hay compraventa cuando una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero, pero nada expresa imperativamente sobre la esencialidad del precio.

Por su parte, en la Sección 6ª relativa a la Compraventa de Muebles existe una norma (art. 1143) similar al artículo 55 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que expresa: *Cuando el contrato ha sido válidamente celebrado, pero el precio no se ha señalado ni expresa ni tácitamente, ni se ha estipulado un medio para determinarlo, se considera, excepto indicación en contrario, que las partes han hecho referencia al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato para tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate.*

Esta disposición nos plantea un problema.

Debe recordarse que el artículo 971 dispone que los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta y que la oferta (art. 972) es la manifestación dirigida a persona determinada con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada. Puede advertirse que esta última norma no tiene el detalle que el artículo 14 de la Convención de Viena trae, al indicar que la oferta debe indicar expresa o tácitamente —entre otros elementos— el precio, o prever un medio para determinarlo.

De allí que, aun cuando el artículo 1123 mencione el precio como integrativo de la definición de contrato, la disposición del artículo 1143 permite entender —al igual que en la interpretación del artículo 55 de la Convención de Viena— que existe un precio implícito que será el generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato para tales mercaderías en el tráfico mercantil usual de ellas. Por ello, pensamos que el artículo 1143 debe interpretarse en el sentido que la "oferta" del artículo 972, aceptada por su destinatario, concluye el contrato (discrecional o por adhesión), aun cuando no cumpliera con la indicación del precio de la cosa mueble, o sea con las precisiones necesarias para lograr los efectos normales en caso de ser aceptada, pero deberá tratarse de mercaderías con un tráfico mercantil que permita determinar tal precio en forma usual o costumbrista.

III — OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

413. Enumeración

Las principales obligaciones del vendedor son: entregar la cosa vendida (lo que incluye la entrega de instrumentos, facturas y documentación que corresponda) y garantizar para el caso de evicción y de vicios ocultos. También, está obligado a recibir el precio. Implícita en la obligación de entregar la cosa se encuentran los deberes de conservarla hasta el momento de la entrega y la de correr con los gastos de la entrega.

§ 1.— Obligación de entrega

A.— CONSERVACIÓN Y CUSTODIA DE LA COSA

414. Contenido de esta obligación

Puesto que el vendedor debe entregar la cosa, va de suyo que también está obligado a conservarla sin cambiar su estado, hasta el momento en que haga efectiva la tradición. Es que hasta ese momento es el dueño de la cosa y, por tanto, soporta sus riesgos (art. 755). Más que una obligación en sí misma, ésta es un cargo inherente a la obligación de entrega. Forma parte de la actividad preparatoria que pondrá al vendedor en condiciones de cumplir su promesa. La custodia no es por tanto una prestación en sentido técnico ni puede ser objeto del reclamo del comprador por sí misma. Lo que a éste le interesa es solamente el resultado; es decir, que la cosa se le entregue. No hay, pues, una custodia-deber, como la del depositario, sino solamente la carga propia de todo deudor de preparar y hacer posible el cumplimiento de la prestación.

Naturalmente, el deber de custodia solo se concibe cuando se trate de la venta de cosas ciertas o de cosas de género limitado. Siendo de género ilimitado no hay problema de conservación, porque el vendedor cumple entregando cualquier cosa perteneciente al género; sin embargo, una vez hecha la elección, se aplican las reglas sobre la obligación de dar cosas ciertas (art. 763).

Los gastos de conservación de la cosa corren por cuenta del vendedor, pues es el dueño de la cosa hasta que se realice la tradición y, además, es lo que está dispuesto respecto de los gastos de entrega (art. 1138), y ya se ha dicho que la custodia no es sino un aspecto de la entrega. Pero no hay inconveniente en que las partes estipulen lo contrario (art. citado).

Desde el momento en que el comprador ha sido puesto en mora, estos gastos corren por su cuenta, puesto que el vendedor no habría incurrido en ellos de haber recibido aquél la cosa en tiempo propio.

415. Riesgos, mejoras y frutos

Mientras el vendedor no hiciere tradición de la cosa se aplicarán las disposiciones relativas a las obligaciones de dar (arts. 750 y ss.). Sabido es que, en nuestra materia, el Código ha seguido la regla tradicional *res perit et crescit domine*; y como hasta el momento de la tradición no hay transferencia del dominio, ello significa que hasta entonces el vendedor carga con los riesgos y se beneficia con las mejoras naturales y frutos. Aunque esta materia debe ser tratada en la parte de obligaciones, recordaremos las disposiciones generales sobre el tema.

416. a) Riesgos

Si la cosa perece sin culpa del vendedor, la venta queda resuelta; el vendedor no podrá reclamar el pago del precio, y si lo hubiere recibido, deberá devolverlo (arg. arts. 755 y 955). Si la cosa se pierde *por culpa del vendedor*, el contrato se extingue y

deberá indemnizar el daño causado (arts. citados). Esto último es aplicable al vendedor moroso, que no es culpable de la pérdida de la cosa, a menos que demuestre que la cosa se habría perdido también en poder del comprador.

El Código Civil y Comercial no resuelve los problemas derivados del deterioro de la cosa, a pesar de la remisión que hace el artículo 755 a los artículos 955 y 956. Ante este silencio, nos parece razonable seguir el criterio previsto en los artículos 580, 581 y 892 del Código Civil de Vélez, por cuanto constituye un uso vinculante, en los términos del artículo 1º del Código vigente: i) si la cosa se *deteriora* sin culpa del vendedor, el comprador tendrá derecho a tener por resuelta la venta o a pedir una disminución proporcional del precio; ii) si la cosa se deteriora sin culpa del vendedor después de encontrarse en mora, está obligado a pagar los daños, a menos que demuestre que la cosa se hubiera deteriorado también en poder del comprador; iii) si la cosa se deteriora *por culpa del vendedor*, el comprador tendrá derecho a exigir una cosa equivalente y el pago de los daños sufridos, si es que no prefiere recibir la cosa en el estado en que se encuentra y la reparación de tales daños.

Un caso singular plantea el artículo 1151: el de la cosa mueble que, si bien no ha sido entregada al comprador, ha sido puesta a su disposición, conforme a lo dispuesto por el artículo 1149. Esta situación se asimila a la de la entrega efectiva de la cosa mueble, pues los riesgos de daños o pérdida de las cosas, y los gastos incurridos, quedan a cargo del comprador desde que la cosa ha sido puesta a su disposición si ello ha sido pactado en el contrato.

¿Significa esto que el vendedor carece de toda responsabilidad sobre la integridad de la cosa mueble? No lo creemos. Aunque el artículo 465 del derogado Código de Comercio ha desaparecido en el Código Civil y Comercial, su solución (que el vendedor, que pone la cosa a disposición del comprador, se constituye en depositario de los efectos vendidos) debe mantenerse por analogía, pues el vendedor conserva la tenencia de la cosa mueble y no puede usarla, características que son propias del depósito (arts. 1356 y 1358).

El referido artículo 1151 establece también que el vendedor deja de cargar con los riesgos de daño o pérdida de la cosa mueble, y los gastos incurridos, desde que la pone a disposición del transportista u otro tercero, pesada o medida, pero no aclara quién asume tales riesgos. Pensamos que poner la cosa a disposición del transportista o del tercero, es tanto como ponerla a disposición del comprador. El nuevo texto no lo dice, pero es lo razonable si se procura interpretar el contrato de manera armónica con la Convención de Viena de 1980, que dispone que cuando se haya puesto la mercadería en poder de porteador, el comprador asume el riesgo desde ese momento (art. 68, ley 22.765).

417. b) Mejoras

Las mejoras naturales, esto es, las que no provienen del hecho del hombre sino de la naturaleza, ocurridas entre la celebración del contrato y la entrega de la cosa, también favorecen al dueño, es decir, al vendedor. Éste está autorizado a exigir el mayor valor al comprador, y si este último no lo acepta, el contrato se extingue sin responsabilidad para las partes (art. 752).

Sin embargo, desde que el vendedor se encuentra en mora, las mejoras naturales pertenecen al comprador y el vendedor no podrá exigir un mayor precio por ellas; esta solución se desprende del principio según el cual el deudor que ha incurrido en mora debe satisfacer todos los daños que por tal motivo ocasione a la otra parte; y por cierto, si la cosa se hubiera entregado en tiempo, las mejoras naturales corresponderían indudablemente a su nuevo dueño, el comprador.

Respecto de las mejoras artificiales (las que provienen del hecho del hombre), deben diferenciarse según se traten de mejoras necesarias, o de mejoras útiles, de mero lujo, recreación o suntuarias. Respecto de las primeras, el vendedor está obligado a hacerlas,

sin derecho a percibir su valor; respecto de las segundas, se las puede llevar, siempre que no dañe la cosa, y no tiene derecho a reclamar indemnización alguna (art. 753).

418. c) Frutos

Todos los frutos percibidos antes de la tradición de la cosa pertenecen al vendedor; pero los pendientes corresponden al comprador (art. 754).

419. d) Productos

Los productos forman parte de la cosa y su extracción la disminuye. Está pues fuera de discusión que el vendedor no tiene derecho a seguir extrayendo productos, desde el instante mismo en que se realizó la venta, pues ello sería contrario a su obligación de conservación y custodia.

420. Riesgos y mejoras en caso de mora del comprador

En los números anteriores nos hemos ocupado de la influencia de la mora del vendedor sobre los riesgos y mejoras. Ahora trataremos la mora del comprador. ¿Qué ocurre cuando la cosa se ha perdido o deteriorado, sin culpa del vendedor, después de haber incurrido en mora el comprador? Aun en este caso se mantiene el principio de que las cosas perecen y acrecen para su dueño. A primera vista, la aplicación de aquella regla resulta aquí injusta. Pero en la práctica, el vendedor tiene siempre a su disposición el procedimiento para evitar que el perjuicio recaiga sobre él. En primer término, producida la mora del comprador, puede consignar la cosa, con lo cual se libraría de los riesgos; en segundo lugar, el vendedor siempre podrá reclamar del comprador el pago de los daños que su mora le ha significado. De donde resulta que, en definitiva, la pérdida o deterioro vendrá a incidir sobre el comprador moroso.

También en lo que atañe a las mejoras naturales y frutos es aplicable la regla *res perit et crescit domine*; porque si cuando el comprador aún no está en mora, las mejoras naturales benefician al vendedor, no hay motivo para resolver lo contrario cuando lo está, pues si no, la mora vendría a beneficiar al que incurre en ella. Tanto más justa resulta esta solución en lo que atañe a los frutos, que siempre o casi siempre son en alguna medida el resultado del esfuerzo del dueño, en nuestro caso, del vendedor.

B.— LA ENTREGA

421. Formas y modo

El vendedor está obligado a transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida (art. 1137). Es esta una cuestión cuyo estudio pertenece a la parte de derechos reales, por lo que nos hemos de referir brevemente.

La transmisión de dominio se hace a través de la tradición, esto es, cuando una parte entrega voluntariamente a la otra la cosa. Consiste en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho —posesión— sobre ella (art. 1924), que le permite comportarse como titular del derecho real de dominio (art. 1909).

Tales actos materiales no pueden ser suplidos, con relación a los terceros, por la sola declaración de quien la entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla (art. 1924).

Si se trata de cosas muebles, el Código Civil y Comercial añade otras formas de tradición. Ellas son: i) la entrega de conocimientos, cartas de porte, facturas u otros documentos de conformidad con las reglas respectivas, sin oposición alguna, y ii) si son remitidas por cuenta y orden de otro, cuando el remitente las entrega a quien debe transportarlas, si el adquirente aprueba el envío (art. 1925). Estos casos importan supuestos de tradición simbólica o por mera entrega del título; un ejemplo característico es el del vendedor que entrega al comprador el certificado y el *warrant* de la cosa en depósito.

Asimismo, el artículo 1149 regula otras dos maneras de entregar la mercadería vendida. Una de ellas, la puesta de la cosa a disposición del comprador; la otra, el supuesto de entrega de la mercadería en tránsito. Veamos estos dos casos.

Se considera que hay entrega de la cosa al comprador cuando el vendedor la ha puesto en cierto lugar y de forma incondicional, siempre que así se hubiera pactado. El texto legal otorga al comprador, en este caso, el derecho a revisar la cosa y expresar su disconformidad dentro de los diez días de que la hubiera retirado. Como se puede ver, la norma exige, para ser aplicada: i) que las partes lo hayan pactado, ii) que hayan fijado el lugar cierto en el que debe dejarse y iii) que sea incondicional. Y, además, confiere al comprador el derecho a revisarla y expresar su disconformidad dentro de los diez días de retirada.

El mismo artículo regula también la mercadería en tránsito, dándole carácter de entrega a la cesión o endoso de los documentos de transporte, desde la fecha de la cesión o endoso, siempre que las partes lo hubieran pactado. Asimismo, debe destacarse que una cosa es la transmisión del dominio, que esta norma regula, y otra la distribución de los riesgos de daños o pérdidas de la cosa, que hemos visto más arriba (nro. 416).

¿Qué ocurre si el vendedor entrega anticipadamente la cosa mueble prometida, pero ella no se adecua a lo convenido, sea en cantidad, sea en calidad? El hecho de que la entrega de la cosa no se ajuste plenamente a lo que se debía entregar, no constituye un automático supuesto de incumplimiento. Ello es así, pues el vendedor podrá subsanar la falta hasta la fecha que el contrato ha fijado para hacer la entrega de la cosa.

El artículo 1150 diferencia dos casos. El primero, que el vendedor no haya entregado todo lo que tenía que entregar. En este supuesto, podrá entregar la parte o cantidad que falte de las cosas, sin ninguna otra condición o consecuencia. El segundo, que el vendedor haya entregado algo diferente de lo debido. Acá, podrá entregar otras cosas en sustitución de las dadas o subsanar cualquier falta de adecuación de las cosas entregadas a lo convenido, pero siempre que no provoque inconvenientes ni gastos excesivos al comprador, reconociéndose a éste el derecho a ser indemnizado por los daños sufridos.

La diferencia de trato es justa. En el primer caso, el vendedor cumple con la obligación prometida en el tiempo fijado. En el segundo, el vendedor pretende sustituir su obligación por otra, no resultando lógico que el comprador esté inexorablemente obligado a aceptarla, sino solo en las condiciones que la norma fija y conservando siempre su derecho a ser indemnizado por los daños que hubiera sufrido.

422. Entrega de documentación

El artículo 1137 establece el deber del vendedor de entregar ciertos instrumentos. Por su parte, los artículos 1145 y 1146, referidos en particular a la compraventa de cosas muebles, establecen las obligaciones del vendedor de entregar una factura, salvo supuesto excepcional, y de dar los documentos relacionados con la cosa vendida. Veamos estas normas.

El artículo 1137 obliga al vendedor a poner a disposición del comprador los instrumentos requeridos por los usos o las particularidades de la venta, y a prestar toda cooperación que le sea exigible para que la transferencia dominial se concrete. Con otras palabras, se incorporan implícitamente los llamados deberes secundarios de conducta —tales como los de información, conservación, custodia, reserva y no concurrencia— que se imbrican en el principio general de la buena fe (arts. 9º y 961), y particularmente el deber de colaboración, por el cual el vendedor está obligado, de manera expresa, a poner a disposición del comprador los instrumentos requeridos por los usos o las particularidades de la venta, y a prestar toda cooperación que le sea exigible para que la transferencia dominial se concrete efectivamente. En este sentido, deberá facilitar los antecedentes de dominio, títulos, planos, impuestos pagados, etcétera.

En la compraventa de cosas muebles, se especifica que el vendedor debe entregar, además de la cosa, una factura que debe describirla, su precio (o la parte de éste que haya sido pagado) y los demás términos de la venta (art. 1145). La obligación de entregar la factura no requiere que el comprador la reclame.

La factura es un instrumento privado, emanado del vendedor, que generalmente se emite por duplicado o triplicado, firmando el comprador la copia que quedará en poder del vendedor, y en el que deben indicarse las cuestiones referidas por el propio artículo 1145, y también otras, como el plazo de pago —si ha sido dado—, intereses fijados, la fecha de la operación, lugar de pago —si se lo fija—, los datos del vendedor y nombre del comprador. La factura prueba el contrato y sus modalidades.

La factura es un título formal, aunque no de una formalidad *ad solemnitatem* de la cual dependa su validez. Dada la finalidad que requieren el uso y las costumbres mercantiles, debe contener los datos que hemos indicado para dar acabada cuenta del negocio instrumentado, más allá de las exigencias tributarias que se establezcan, que integran su formalidad al solo efecto recaudatorio.

Si la factura no fija un plazo para el pago, se presume que la venta es al contado (art. 1145).

Además, cuando no ha sido cuestionada dentro de los diez días de haber sido recibida por el comprador, se presume que ha sido aceptada (art. citado) en todo su contenido. Por tanto, vencido el plazo, el comprador no podrá cuestionar la operación sino que se tendrán por aceptadas *todas las condiciones que la factura exprese en su contenido* —tales como el lugar de pago y el plazo para hacerlo, los intereses compensatorios o moratorios, o la tasa de cambio de moneda si así fuere el caso— y deberá pagar el precio de la factura. El vendedor tampoco podrá cuestionarla, pues la factura prueba contra quien la ha emitido.

No está de más recordar que el artículo 320 distingue entre personas jurídicas privadas y personas humanas que realizan una actividad económica organizada, por un lado, y por el otro, personas humanas que no realizan una actividad de ese tipo. Para las primeras, el artículo 321 impone llevar una contabilidad ordenada. Pero si son personas que no realizan una actividad económica organizada, ellas no están obligadas a facturar pero sí a dar algún documento que acredite la venta.

En ciertas operaciones contractuales, para que se transmita el dominio, no basta con entregar la cosa mueble. Así, para vender una aeronave, se requiere que el vendedor dé al comprador la documentación que acredite la matriculación y la nacionalización del avión. El artículo 1146 establece que si el vendedor está obligado a entregar documentos relacionados con las cosas vendidas, debe hacerlo en el momento, lugar y forma fijados por el contrato. En cambio, no se regula el caso de que no se haya previsto el lugar, momento, y forma en que la documentación deba entregarse; en tal supuesto, la entrega debe hacerse con la cosa, pues allí el vendedor cumple con su obligación

principal. Sin embargo, hay casos en que la entrega debe hacerse antes: cuando fuera necesario para poder transmitir el dominio.

El citado artículo 1146, refiriéndose a la entrega anticipada de documentos, dispone que el vendedor puede subsanar, hasta el momento fijado para la entrega, cualquier falta de conformidad de ellos, si el ejercicio de ese derecho no ocasiona inconvenientes ni gastos excesivos al comprador. De qué momento se está hablando, ¿de la entrega de la documentación o de la cosa? A nuestro juicio, de la cosa, porque si el vendedor debe entregar la documentación en una fecha determinada y, sin embargo, la entrega antes, no se necesita ninguna norma que permita subsanar cualquier falta de conformidad de ella hasta el momento fijado para cumplir con la obligación. Es que la entrega anticipada no provoca la pérdida del derecho que se tenía; esto es, de entregar la documentación en el plazo pactado.

423. Extensión de la obligación de entrega

El vendedor debe entregar la cosa con todos sus accesorios, libre de toda relación de poder y de oposición de terceros (art. 1140). Todos sus accesorios implica que debe ser entregada completa, sin deterioros. Libre de toda relación de poder importa que la cosa sea entregada libre de otra posesión o tenencia, pues sí así no ocurriera, el comprador no podría comportarse como titular del derecho real de dominio (véanse arts. 1908, 1909 y 1910). Por último, que la cosa sea entregada sin oposición de tercero, significa que la entrega debe ser pacífica, de modo que el comprador pueda gozar de ella sin obstáculos.

En lo que atañe a los riesgos, mejoras y frutos, véanse números 415/420.

424. Tiempo de la entrega

El Código Civil y Comercial distingue según se trate de cosas muebles o inmuebles.

En efecto, mientras el artículo 1139 establece que *el vendedor debe entregar el inmueble inmediatamente de la escrituración, excepto convención en contrario*, el artículo 1147 establece que la entrega de la cosa mueble *debe hacerse dentro de las veinticuatro horas de celebrado el contrato, excepto que de la convención o los usos resulte otro plazo*.

En otras palabras, la regla es que la entrega de la cosa —cualquiera sea— debe hacerse en el plazo fijado en el contrato o, si se trata de una cosa mueble, en el plazo que resulte de los usos. Si tales plazos no existieran, debe ser entregado: i) si es inmueble, al momento de escriturar y ii) si es mueble, dentro de las 24 horas siguientes al contrato.

El artículo 1147, de todas maneras, no puede ser interpretado rígidamente. La entrega de la cosa forma parte de la ejecución del contrato, y sabido es que la celebración, ejecución e interpretación del contrato debe hacerse de buena fe (art. 961), por lo que el derecho del comprador de exigir la entrega de la cosa está condicionado a la buena fe. Así, en la venta de mercadería que deba ser entregada a más de mil kilómetros de distancia del lugar en que se celebró el contrato, aunque nada se haya pactado ni los usos indiquen algo al respecto, parece claro que el comprador tendrá que contemplar el tiempo que demande el transporte de la cosa.

Por último, debe advertirse que la obligación de entrega en los plazos indicados, que pesa en cabeza del vendedor, se relaciona con idéntica obligación que tiene el comprador de recibirla. Y si no lo hiciera, el vendedor podrá consignar la cosa.

425. Lugar de la entrega

El Código Civil y Comercial omite toda referencia al lugar de entrega del inmueble y solo regula el lugar de entrega de la cosa mueble.

La razón de tal omisión es obvia: el inmueble solo puede ser entregado en el lugar en donde esté.

El lugar de entrega de la cosa mueble está regulado en el artículo 1148. De dicha norma, se desprenden dos situaciones diferentes.

La primera, si se trata de cosas ciertas. En este caso, la cosa debe entregarse en el lugar acordado o en el que determinen los usos o las particularidades de la venta; y, en su defecto, en donde estaba la cosa al tiempo de celebrarse el contrato.

La segunda, si se trata de cosas genéricas o de cantidades de cosas. No hay problemas si el contrato fija el lugar de entrega, o los usos o particularidades de la venta lo determinan. Pero nada se dice si no ocurre tal cosa. En este caso, lo razonable es que la entrega se haga en el domicilio del vendedor —el deudor de la obligación— al tiempo de la celebración del contrato —que es cuando nace la obligación— (arg. art. 874).

También cabe preguntarse si la única manera de entregar la cosa es haciendo efectiva tradición de ella. La respuesta es negativa, pues el artículo 1925 establece que también se considera hecha la tradición de cosas muebles, por la entrega de conocimientos, cartas de porte, facturas u otros documentos de conformidad con las reglas respectivas, sin oposición alguna.

426. Gastos de la entrega

Salvo pacto en contrario, los gastos de entrega de la cosa son a cargo del vendedor (art. 1138).

La norma, además, procura precisar la extensión de tal obligación, enunciando algunos de los deberes que ella encierra. En esta línea se dispone concretamente que los gastos que se hagan para obtener los instrumentos requeridos por los usos o las particularidades de la venta, y que deben ser puestos a disposición del comprador, son a cargo del vendedor. Y se añade que en materia de compraventa inmobiliaria, también son a cargo del vendedor los gastos de estudio del título y sus antecedentes y, en su caso, los de mensura y los tributos que graven la venta.

Importa destacar que la enumeración de deberes del art. 1138 es meramente enunciativa. En efecto, son también obligaciones a cargo del vendedor los gastos de traslado de la cosa al lugar en que la tradición debe efectuarse o los gastos necesarios para contar, pesar o medir la cosa, entre otras.

En cambio, no se consideran gastos de entrega y, por tanto, están a cargo del comprador, los honorarios del escribano que otorga la escritura. En cuanto a los sellos de la escritura matriz y del testimonio y a los gastos de anotación en el Registro de la Propiedad, son a cargo del comprador, porque no son gastos de entrega sino simultáneos o posteriores a ella y hechos en beneficio de él.

427. Consecuencias de la falta de entrega

Cuando el vendedor no entrega la cosa en el tiempo convenido, el comprador puede optar entre dos acciones: una de cumplimiento del contrato y entrega de la cosa y otra de resolución de la venta. En ambos supuestos tendrá derecho además a reclamar daños sufridos, que en el primer caso derivan de la mora y en el segundo del incumplimiento.

Para el caso de que el comprador demande el cumplimiento del contrato, es decir, la entrega de la cosa, nos remitimos a lo dicho en el número 316.

Si el comprador opta por la resolución, es aplicable lo ya estudiado respecto de la cláusula resolutoria (véanse nros. 239 y ss.).

En cuanto a los daños indemnizables habrá que estar a lo que dispone el artículo 1082 (véase nro. 248) y, en especial, al postulado de la *reparación plena* (art. 1740),

esto es, que debe procurarse restituir al damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, debiéndose recordar que es facultad de la víctima exigir el reintegro, a menos que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.

Ante la hipótesis de imposibilidad de entregar la cosa, nos remitimos a lo dicho en el número 317.

Finalmente, el comprador tiene a mano la excepción de incumplimiento contractual (véanse nros. 222 y ss.).

§ 2.— Obligación de garantizar por evicción y vicios redhibitorios

428. Cuestiones generales. Remisión

Nos hemos referido a estas dos garantías con anterioridad (nros. 253/293) y allí nos remitimos.

Acá nos hemos de limitar a puntualizar algunas cuestiones respecto de la evicción.

Empecemos por recordar que cuando el comprador ha sido privado de la propiedad de la cosa por quien tenía mejor derecho a ella, el vendedor debe reparar los daños causados (art. 1040), lo que hemos visto especialmente en el número 256.

De este deber de reparar nace una primera obligación del vendedor que es la de restituir el precio, pues pese a extinguirse el contrato por la privación de la propiedad de la cosa, quedan subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones (art. 1078, inc. h)). Con todo, debe recordarse que para determinar el valor final a restituir, habrá que considerar las ventajas que resulten o puedan resultarle al comprador de no haber efectuado la propia prestación, su utilidad frustrada y, en su caso, otros daños (art. 1081, inc. c)). Entre tales ventajas cabe considerar el provecho que hubiese obtenido el comprador de las destrucciones parciales de la cosa.

El vendedor, además, deberá reintegrar al comprador los gastos del contrato de compraventa, tales como el sellado, los honorarios del escribano o impuestos. Respecto de los gastos devengados con motivo del juicio (costas y honorarios) nos remitimos a lo dicho en el número 272.

En cuanto a frutos y mejoras, ellas se rigen por lo dispuesto en los artículos 1934 a 1938, en el campo de los derechos reales.

Asimismo, conviene tener presente que la evicción puede ser parcial. Ello ocurre cuando el comprador ha sido privado de una parte de la cosa comprada (ya sea una parte alícuota o una parte material) o se ha afectado el contenido de su derecho; así, por ejemplo, si debe reconocer en favor de otro un derecho de usufructo, uso o habitación, servidumbre, etcétera.

Cuando tiene lugar la evicción parcial, los derechos del comprador deben considerarse en relación a dos supuestos: que la parte que se le ha quitado de la cosa o del derecho sea de tal importancia respecto del todo, que sin ella no hubiera comprado la cosa, o que no tenga tanta importancia, y deba presumirse que aun sin ella igualmente la hubiera comprado. En ambos casos, el comprador podrá demandar la reparación del daño sufrido; pero en el primero, cabe reconocerle, además, la opción de pedir la rescisión del contrato con la consiguiente indemnización de daños.

§ 3.— Obligación de recibir el precio

429. La omisión legal

El artículo 1411 del Código Civil de Vélez hacía mención a que el vendedor está obligado a recibir el precio. Sin provecho, el Código Civil y Comercial omite toda referencia a esta obligación, la que de todos modos existe, pues es la consecuencia de la obligación que sí se le impone al comprador de pagar el precio y recibir la cosa (art. 1141).

§ 4.— Obligaciones en los contratos de consumo sobre cosas muebles no consumibles

430. Garantías por defectos o vicios de cualquier índole

Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozan de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado y su correcto funcionamiento. El plazo de esta garantía es de tres meses, si se trata de cosas muebles usadas, o de seis meses, en los demás casos, contado desde la entrega de la cosa, aunque las partes pueden pactar uno mayor. Si la cosa debiera ser trasladada a otro lugar para su reparación, el transporte será a cargo del responsable de la garantía (art. 11, ley 24.240, ref. por ley 26.361). El plazo de garantía queda prorrogado por el tiempo durante el cual el consumidor estuvo privado del uso de la cosa por la reparación (art. 16, ley 24.240).

431. Responsables de la garantía por defectos o vicios

Son solidariamente responsables por el otorgamiento y cumplimiento de la garantía por defectos o vicios, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de cosas muebles no consumibles (art. 13, ley 24.240, ref. por ley 24.999).

El consumidor debe recibir el llamado certificado de garantía, que deberá estar escrito en idioma nacional, con redacción de fácil comprensión y en letra legible. El certificado deberá indicar, como mínimo: a) la identificación del vendedor, fabricante, importador o distribuidor; b) la identificación de la cosa; c) las condiciones de uso, instalación y mantenimiento; d) las condiciones de validez de la garantía y su plazo de extensión, y e) las condiciones de reparación de la cosa. La obligación de notificar al fabricante o importador de la entrada en vigencia de la garantía, cuando fuere necesaria, está a cargo del vendedor. Cualquier cláusula que contraríe lo expuesto es nula y se tendrá por no escrita (art. 14, ley 24.240, ref. por ley 24.999).

Por último, cabe señalar que el garante está obligado a entregar al consumidor una constancia de reparación en donde se indique: a) la naturaleza de la reparación; b) las piezas reemplazadas o reparadas, y c) las fechas de recepción y devolución al consumidor de la cosa (art. 15, ley 24.240).

432. Reparación no satisfactoria: consecuencias

En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria, el consumidor puede: a) pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características, naciendo un nuevo plazo de garantía a partir de la fecha de entrega de la nueva cosa; b) devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir las sumas pagadas, y considerando el precio actual en plaza de la cosa; c) obtener una quita proporcional del precio.

Hecha la opción por el consumidor, éste podrá reclamar los eventuales daños y perjuicios sufridos (art. 17, ley 24.240).

433. Servicio técnico

Los fabricantes, importadores y vendedores de las cosas muebles no consumibles deben asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos (art. 12, ley 24.240).

IV — OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

434. Enumeración

Las obligaciones del comprador son las siguientes: a) pagar el precio; b) recibir la cosa y los documentos vinculados con el contrato; c) pagar los gastos de recepción de la cosa (arts. 1141).

§ 1.— Obligación de pagar el precio

A.— REGLAS GENERALES

435. Momento en que debe pagarse

El Código Civil y Comercial regula el momento en que debe pagarse el precio en dos normas diferentes. Por un lado, el artículo 1141, inciso a), establece que el precio debe pagarse en el tiempo establecido en el contrato; y si éste nada dijera, se entiende que la venta es al contado. Por otro lado, y refiriéndose específicamente a las cosas muebles, el artículo 1152 dispone que el pago se hace contra la entrega de la cosa, excepto pacto en contrario.

Como se puede advertir, las dos normas tienen la misma solución: se presume que cuando el contrato nada dice sobre el momento en que debe hacerse el pago, éste

deberá hacerse cuando se reciba la cosa. No hay, por lo tanto, diferencias según se trate de compraventa de inmuebles o muebles.

Sin embargo, es conveniente hacer algunas precisiones. En materia de compraventa de inmuebles, debe recordarse que la transferencia del dominio exige, además de la tradición, la escritura y la inscripción en el registro de la propiedad. Por lo tanto, es la escritura, si es simultánea o posterior a la tradición, la que marca el momento en que puede exigirse el pago del precio.

En materia de compraventa de cosas muebles, y más allá de lo que dice el artículo 1152 —en cuanto a que el pago debe hacerse contra la entrega de la cosa, excepto pacto en contrario—, habrá que tener en cuenta si los usos, prácticas y costumbres conceden un plazo, pues si ello ocurriera deberá estarse a él (art. 1º).

436. Lugar del pago

El precio debe pagarse en el lugar convenido (art. 1141, inc. a)). Pero ¿qué ocurre si no se fija el lugar de pago? La norma nada resuelve. A nuestro juicio, debe entenderse que, si es al contado, debe hacerse en el lugar de la entrega de la cosa; y si es a plazo, debe hacerse en el domicilio del comprador, por ser el deudor de la prestación.

En la venta al contado, la entrega de la cosa y el precio están tan íntimamente ligadas, que resulta de evidente conveniencia lógica establecer un mismo lugar de pago; pero en la venta a crédito, esas obligaciones recíprocas aparecen en cierta forma desligadas y es natural que recupere su vigencia la regla general de que las obligaciones deben pagarse en el domicilio del deudor (art. 874).

437. Intereses

En principio, el comprador no debe los intereses del precio por el tiempo transcurrido entre el momento del contrato y el del pago, a menos que se trate de las siguientes hipótesis:

- a) Que el contrato fije intereses, lo cual es muy común en las ventas a plazos.
- b) Que el comprador haya incurrido en mora (art. 768), en cuyo caso debe los intereses aunque el vendedor haya conservado la posesión de la cosa vendida. Ellos corren desde el momento de la mora.

B.— DERECHO DE RETENER EL PRECIO

438. Ejercicio del derecho de retención

Dispone el artículo 1152 que el comprador no está obligado a pagar el precio mientras no tiene la posibilidad de examinar las cosas, a menos que las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sean incompatibles con esta posibilidad.

Si bien la norma se refiere a la posibilidad de examinar las cosas muebles, pues está incluida en la sección 6ª referida a la compraventa de muebles, no hay razón para impedir su aplicación a la compraventa de inmuebles.

Este amplio derecho que tiene el comprador a no pagar el precio mientras no tenga la posibilidad de examinar las cosas, contempla una realidad: el comprador necesita —en muchos casos— un tiempo para examinar la cosa y es razonable que mientras no tenga certeza de que se le ha entregado lo convenido y en buen estado, no se lo obligue a pagar el precio.

El límite de este derecho está dado por la incompatibilidad de esta posibilidad con las modalidades de entrega o de pago pactadas.

Por su parte, el artículo 1156 considera que la cosa es adecuada a lo convenido en el contrato cuando: i) es apta para los fines o usos a que ordinariamente se destinan las cosas del mismo tipo; ii) es apta para cualquier uso o fin especial que expresa o tácitamente se haya hecho conocer al vendedor cuando se celebró el contrato; sin embargo, no puede considerarse que la cosa es adecuada si de las circunstancias del caso surge que el comprador no confió o no era razonable que confiara en el criterio e idoneidad del vendedor; iii) la cosa está envasada o embalada de la manera habitual para tal tipo de mercadería; y si no existiera tal forma habitual, si está embalada de manera adecuada para conservarla y protegerla, y iv) la cosa tiene las cualidades de la muestra que el vendedor presentó al comprador.

Asimismo, si el comprador conocía o debía conocer la falta de adecuación de la cosa al momento de celebrar el contrato, sea porque no es apta para el fin previsto, sea porque no está envasada o embalada de manera habitual o adecuada para su conservación y protección, el vendedor no es responsable (art. 1156, párr. final).

439. Temor fundado

El Código Civil y Comercial ha eliminado el artículo 1425 del Código Civil de Vélez, lo que consideramos un error. Esta norma preveía que si el comprador tuviese motivos fundados de ser molestado por reivindicación de la cosa, o por cualquier acción real, puede suspender el pago del precio, a menos que el vendedor le afiance su restitución. Es una solución de equidad: no es justo obligar al comprador a pagar el precio si un peligro serio se cierne sobre su derecho.

¿Qué debe entenderse por *temor fundado*? Debe tratarse de motivos serios, fundados en hechos objetivos, y no en simples suposiciones o en temores quiméricos, cuya apreciación quedará en manos del juez. Además, debe tratarse siempre de un temor sobreviniente; esto es, que al tiempo de celebrar el contrato de compraventa, el comprador debía desconocer el vicio del título o la amenaza que se cernía sobre la cosa.

La manera de mantener vivo este derecho será interpretando con amplitud el artículo 1044 relativo a la garantía de evicción o recurriendo a la tutela preventiva del artículo 1032.

§ 2.— Obligación de recibir la cosa y los documentos vinculados al contrato

440. Tiempo y lugar

Correlativamente a los deberes del vendedor de entregar la cosa en el tiempo y lugar indicados en los artículos 1139, 1147 y 1148, existe una implícita obligación correlativa del comprador de recibir la cosa en el tal tiempo y lugar.

Este deber de recibir la cosa (art. 1141, inc. b)], obliga al comprador a realizar todos los actos que razonablemente cabe esperar, para que el vendedor pueda efectuar la entrega y, consiguientemente, aquél pueda hacerse cargo de la cosa.

441. Consecuencias de que el comprador no reciba la cosa

Si el comprador se niega a recibir la cosa, mueble o inmueble, el vendedor puede:

a) Cobrar los gastos de conservación de la cosa y los demás daños que resulten de la actitud renuente del comprador.

b) Consignar judicialmente la cosa.

c) Demandar el pago del precio cuando no hubiese sido cobrado, y siempre que haya hecho entrega de la cosa o la ponga a disposición del comprador, consignándola judicialmente.

d) Pedir la resolución de la venta si no se le pagara el precio. Bien entendido que esta no es una consecuencia de la negativa a recibir la cosa, sino del incumplimiento de la obligación de pagar el precio.

442. La obligación de recibir documentos

El artículo 1141, inciso b), establece que el comprador está obligado a recibir los documentos vinculados con el contrato. Entre esos documentos cabe incluir facturas, garantías, remitos, etcétera.

443. Plazo para reclamar por defectos de la cosa

El Código Civil y Comercial fija una pauta interpretativa respecto de los plazos para reclamar las diferencias de cantidad o no adecuación de la cosa a lo pactado. Y ella es que el comprador pueda tener la posibilidad real de examinarla. Esto ocurre recién cuando haya recibido la cosa.

Por ello, el artículo 1158 dispone que si la cosa ha sido entregada al transportista o a un tercero, y no se la ha examinado, el plazo para reclamar por la inadecuación corre a partir de que el comprador la recibe efectivamente.

§ 3.— Obligación de pagar los gastos de recibo

444. Disposición legal

Establece el artículo 1141, inciso c), que el comprador debe pagar los gastos de recibo de la cosa, incluyendo los de testimonio de la escritura pública y los demás posteriores a la venta. Si bien no existe una norma específica para la compraventa de cosas muebles, ella es aplicable en razón de lo que dispone el artículo 1142; esto es, que cabe aplicar las demás normas del capítulo de la compraventa en cuanto sean compatibles. Teniendo en cuenta lo expuesto, en esta obligación de pagar los gastos de recibo, cabe incluir los gastos de conducción y transporte de la cosa. Importa aclarar que estas disposiciones rigen solo en caso de que las partes no hubieran acordado otra cosa.

Estas normas deben ser interpretadas de conformidad con las reglamentaciones locales, las cuales, normalmente, disponen que el comprador pague el sello matriz, el testimonio de la escritura y el 50% de las obligaciones fiscales; y el vendedor pague todo lo necesario para otorgar el acto, o sea: el estudio de los títulos, la confección y diligenciamiento de los certificados para otorgar la escritura y el 50% de las obligaciones fiscales.

En cuanto a los *gastos de recibo*, hay que distinguirlos cuidadosamente de los de entrega, que corresponden al vendedor. Deben entenderse por tales todos aquellos que se devenguen a partir del instante de la entrega; tales, por ejemplo, los de transporte de la cosa al domicilio del comprador, los de embalaje para facilitar el transporte posterior

a la entrega, etc.; asimismo, se consideran gastos de recepción los que demanda la anotación en el Registro de la Propiedad.

V — MODALIDADES DE LA COMPRAVENTA

445. Regla general

Puesto que en el ámbito contractual impera el principio de la libertad (art. 958), las partes pueden pactar las cláusulas y modalidades que estimen convenientes. En toda esta materia, las disposiciones del Código, salvo contadas excepciones, solo tienen carácter supletorio y rigen en caso de que las partes no hayan acordado expresamente otra cosa (art. 962). El Código se ha limitado a reglamentar las cláusulas más frecuentes; algunas de ellas en la sección 7ª dedicada a "algunas cláusulas que pueden ser agregada al contrato de compraventa", otras en la sección 3ª referida al "precio", otras en la sección 6ª, parágrafo 4º, dedicada a la recepción de la cosa mueble y el pago del precio, todas ellas en el capítulo referido a la compraventa. Además de estas, estudiaremos otras no reglamentadas que tienen también importancia práctica.

§ 1.— Compraventa condicional

446. La condición

Dispone el artículo 343 que la condición es *la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto*. Se trata de una condición suspensiva si la plena eficacia del acto jurídico está subordinada a la producción del hecho futuro e incierto, en tanto que es una condición resolutoria si la resolución está atada a que ese hecho se produzca.

Por ello, *el cumplimiento de la condición obliga a las partes a entregarse o restituirse recíprocamente, las prestaciones convenidas, aplicándose los efectos correspondientes a la naturaleza del acto concertado, a sus fines y objeto* (art. 348).

Estas normas son aplicables a la compraventa pues esta, como contrato que es, es también un acto jurídico. Por lo tanto, es admisible sujetar el contrato de compraventa a una condición, sea resolutoria, sea suspensiva.

447. Condición resolutoria

Cuando la condición fuese resolutoria, la compraventa tendrá los efectos siguientes:

a) La compraventa produce los efectos propios del contrato, con excepción de lo que se dirá más adelante en este mismo parágrafo sobre el dominio que se transmite (art. 1169).

b) El comprador podrá comportarse como verdadero dueño, pero el vendedor podrá pedir que se ordenen medidas conservatorias (arg. art. 347, párr. 2º).

c) La tradición o, en su caso, la inscripción registral, solo transmite un dominio revocable (art. 1169). Con otras palabras, si la condición se cumple, el comprador debe restituir la cosa al vendedor. El Código diferencia según se trate de cosas registrables o no registrables. En el primer caso, la revocación tiene plenos efectos retroactivos, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley. En el segundo, la revocación no tiene efectos respecto de terceros sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tengan una obligación personal de restituir la cosa (art. 1967). La diferencia se justifica en la publicidad que da el registro, el cual permite al tercero saber de la probable revocabilidad del dominio.

d) Mientras la condición no se haya cumplido, el vendedor debe comportarse de buena fe, de modo de no perjudicar a la contraparte (art. 347, párr. 3º).

448. Condición suspensiva

Cuando la condición fuese suspensiva, la compraventa tendrá los efectos siguientes:

a) Mientras pendiese la condición, el vendedor no tiene obligación de entregar la cosa vendida, ni el comprador de pagar el precio (arg. art. 348, párr. 1º).

b) El comprador podrá pedir que se ordenen medidas conservatorias (art. 347, párr. 1º).

c) Si antes de cumplida la condición, el vendedor hubiese entregado la cosa vendida al comprador, éste no adquiere el dominio de ella y será considerado como administrador de cosa ajena. Establece el artículo 349 que la parte que recibió la cosa (el comprador) debe restituirla con sus accesorios pero no con los frutos percibidos. La solución legal es discutible. En verdad, debe diferenciarse según que el comprador haya pagado o no el precio. Si lo pagó, es razonable que se quede con los frutos, a modo de compensación de los intereses que pudo devengar la suma dineraria pagada. Pero si no hubo pago del precio, es insostenible que el comprador se quede con los frutos; existiría un claro enriquecimiento sin causa.

d) Mientras la condición no se haya cumplido, el vendedor debe comportarse de buena fe, de modo de no perjudicar a la contraparte (art. 347, párr. 3º).

449. Caso de duda

Según el artículo 1168, en caso de duda sobre si la condición fuese suspensiva o resolutoria, se juzgará que es resolutoria siempre que, pendiente la condición, el vendedor hubiese hecho tradición de la cosa al comprador. Es lógico que así sea, porque el vendedor bajo condición suspensiva no tiene obligación alguna de entregar la cosa y sí la tiene quien ha vendido bajo condición resolutoria. En este caso, la conducta de las partes es un elemento interpretativo de primer orden. Es claro que este artículo solo juega en caso de duda, como expresamente se prevé; porque si de los términos del contrato resulta claramente establecido que la condición es suspensiva, este carácter no se altera por la circunstancia de la entrega de la cosa.

§ 2.— Compraventa a término

450. Distintos casos y remisión

La compraventa puede estar sujeta a término, sea suspensivo o resolutorio. El término puede referirse a la existencia misma de la obligación o a la entrega de la cosa y al pago del precio.

El plazo está regulado dentro de las modalidades de los actos jurídicos (arts. 350 y ss.). Como no existe ninguna particularidad digna de mención para la compraventa, basta con remitirse a tales normas.

§ 3.— Cláusula de no enajenar

451. Régimen legal

El artículo 1972, párrafo 1º, dispone que *en los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales*. Pero, añade, *estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas*.

Con otras palabras, es nula la cláusula que impide enajenar la cosa objeto de una compraventa a persona alguna; sin embargo, es válida la cláusula que prohíbe la enajenación a persona o personas determinadas. Es razonable la diferencia consagrada por la ley, pues una restricción general e ilimitada al derecho de transmitir la propiedad sería contraria a la libre circulación de la riqueza, con grave perjuicio social, como que importaría poner la cosa fuera del comercio.

Si, a pesar de la prohibición legal, se hubiera pactado una cláusula de no enajenar a persona alguna, ella no anula el contrato, sino que simplemente debe tenerse por no escrita, conservando el resto del acuerdo toda su validez.

En cambio, debe tenerse presente que si la cláusula de no enajenar a persona alguna ha sido pactada en un acto a título gratuito, dicha cláusula es válida siempre que tal prohibición no exceda el plazo de diez años (art. 1972, párr. 2º).

Volvamos a la cláusula de no enajenar a persona determinada, una o varias, pactada en un contrato de compraventa. Esta cláusula es válida. Lo único que la ley exige es que tal cláusula tenga un plazo de vigencia que no puede superar los diez años. En efecto, el propio artículo 1972, párrafo tercero, dispone que *si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo*. Incluso, aunque dicha cláusula puede ser renovada de manera expresa, el lapso no puede exceder el plazo de diez años contados desde que se estableció por primera vez.

En cuanto a la determinación de la persona, no es necesaria que ella o ellas sean designadas por nombre y apellido, bastando su individualización. Tampoco hay inconveniente en que la determinación se haga en forma relativamente genérica; por ejemplo, si se prohíbe vender el bien "a todo descendiente de Juan Pérez". Sin embargo, a veces esta determinación genérica, aunque limitada, puede tener una amplitud tal que importe una seria e injustificada limitación al derecho de libre disposición, como, por ejemplo, si se prohíbe vender un bien a cualquier persona domiciliada en Buenos Aires, a cualquier argentino, etc. Tales cláusulas caerían, sin duda, dentro de las prescripciones del artículo 1972. A veces la cuestión será dudosa; los jueces deberán resolverla según su prudente arbitrio, tomando muy en consideración la legitimidad del interés del vendedor en la prohibición.

Supuesto que el comprador haya enajenado el bien precisamente a la persona que le está prohibido, ¿cuáles son los derechos del vendedor? Pensamos que la violación de la prohibición debe dar derecho al vendedor a perseguir la devolución de la cosa del tercero que la adquirió sabiendo la prohibición. Esta solución, en la práctica, solo jugará en materia de bienes registrables, puesto que en el título de adquisición figura la prohibición, de tal modo que el tercero comprador no puede ignorarla; si la adquiere no obstante la prohibición, lo hace a su cuenta y riesgo, y no tendrá justos motivos de queja luego si el vendedor reclama la devolución. En cambio, en materia de muebles, la regla de que la posesión vale título paralizará la acción reivindicatoria del vendedor contra el tercero.

§ 4.— El pacto comisorio o la cláusula resolutoria

452. Remisión

Nos hemos referido al pacto comisorio, llamado por el Código Civil y Comercial como cláusula resolutoria, antes (nros. 239 a 250) y allí nos remitimos.

Solo hemos de señalar ahora que, si bien la facultad de resolver el contrato, es en general útil desde el punto de vista económico porque brinda un instrumento de coerción contra el mal cumplidor y bueno desde el ángulo moral, porque defiende eficazmente al contratante de buena fe, hay casos en que su ejercicio resulta abusivo y contrario a la moral, como ocurre, por ejemplo, cuando el incumplimiento es menor y se trata de una cláusula resolutoria implícita. En este caso, para que pueda ejercerse la cláusula resolutoria, es necesario que se trate de un incumplimiento de cierta gravedad o, con palabras del artículo 1084, esencial. En cambio, debe recordarse que si la cláusula resolutoria es expresa, la resolución procede ante los incumplimientos genéricos o específicos convenidos (art. 1086) que pueden ser objetivamente no esenciales.

§ 5.— Venta con pacto de retroventa

453. Concepto y naturaleza jurídica

Hay venta con pacto de retroventa cuando el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida y entregada al comprador devolviendo el precio, con el exceso o disminución convenido (art. 1163).

Es importante advertir que la norma hace referencia a la entrega de la cosa y no a su tradición. De esta manera, se supera una antigua duda referente a si el pacto de retroventa podía o no convenirse en un boleto de compraventa: si solo es necesaria la entrega de la cosa, aun en el caso de la venta de un inmueble, es válido el pacto de retroventa convenido en instrumento privado.

La naturaleza de este pacto ha sido controvertida: a) En sus orígenes románicos, era un compromiso adquirido por el comprador de volver a vender la cosa al primitivo enajenante, idea que hoy se rechaza, porque la retroventa funciona automáticamente y

sin necesidad del concurso de la voluntad del comprador; el vendedor no recupera la cosa por causa de un nuevo acuerdo, sino por disposición del mismo contrato originario. b) Para GORLA el derecho de rescate es un poder jurídico de poner fin a la propiedad ajena. c) Pero en la opinión predominante, que nuestro Código ha adoptado (art. 1163, párr. 2º), es una venta hecha bajo condición resolutoria.

La adopción de esta última teoría tiene importantes consecuencias: a) El rescate se opera retroactivamente; se reputa que la propiedad nunca ha salido del patrimonio del vendedor y quedan sin efecto los actos de disposición sobre la cosa hechos por el comprador. b) Estrictamente no sería indispensable una nueva escritura traslativa de dominio; sin embargo, en la práctica esta se otorga siempre.

454. Interés económico de este pacto; sus peligros

Aunque teóricamente se puede concebir un contrato de venta sincero, en el que el vendedor se reserva la facultad de recuperar el dominio, en la realidad económica estos pactos encubren muchas veces un préstamo de dinero; la venta funciona como garantía de que la suma será devuelta. Es un arma poderosa en manos de los prestamistas, quienes pueden llegar a quedarse con ciertos bienes y, quizás, por poca plata, como consecuencia de las condiciones gravosas que le fueran impuestas al deudor. No es de extrañar, por tanto, que tales pactos fueran combatidos por el derecho canónico y que la cuestión de su licitud haya sido planteada, habiéndoselos prohibido en algunas legislaciones (Cód. Civil mexicano, art. 2302; Código Civil paraguay, art. 770).

El Código Civil de Vélez solo lo había admitido si el objeto de la compraventa era de inmuebles (art. 1380), pero el Código Civil y Comercial lo ha ampliado: es válido el pacto de retroventa, tenga la compraventa como objeto cosas muebles o inmuebles (art. 1166).

A.— CONDICIONES DE VALIDEZ

455. Enumeración

Para que el pacto de retroventa sea válido debe reunir las siguientes condiciones: a) Debe recaer sobre bienes inmuebles o muebles. b) Su plazo no puede exceder el fijado por el artículo 1167. c) Debe estipularse en el mismo acto de la venta.

a) Es lícito en relación a bienes inmuebles y muebles

Hemos dicho que el Código Civil de Vélez solo permitía la aplicación del pacto de retroventa para el caso de venta de inmuebles (art. 1380). El Código Civil y Comercial amplía notablemente esta cuestión. Ahora puede pactarse tanto en la compraventa de inmuebles como de muebles (art. 1166). La norma aclara que si la cosa es registrable (todos los inmuebles y los muebles cuya venta deba inscribirse en algún registro), el pacto de retroventa es oponible a terceros interesados si resulta de los documentos inscriptos en el registro correspondiente, o si de otro modo el tercero ha tenido conocimiento efectivo. En cambio, si se trata de la venta de una cosa mueble no registrable, el pacto de retroventa no es oponible al tercero adquirente de buena fe y a título oneroso.

b) Plazo no superior a cinco años en los inmuebles y dos en los muebles

Los inconvenientes de la incertidumbre que pesa sobre el dominio hacen necesario limitar el término durante el cual el derecho de rescate puede ser ejercido. Nuestro

Código establece dos diferentes plazos según se trate de cosas inmuebles o muebles (art. 1167). Si es inmueble, el plazo es de cinco años; si es mueble, es de dos años. En ambos casos, el plazo corre a partir de la fecha de celebración del contrato. Por lo tanto, es irrelevante la fecha de la entrega de la cosa.

Se trata de un plazo de *caducidad*; por consiguiente, su vencimiento se opera *ipso iure* sin necesidad de constitución en mora. Se trata de un plazo perentorio e improrrogable (art. 1167, *in fine*).

Si las partes hubieran estipulado un término mayor, el plazo debe considerarse reducido al límite legal (art. 1167, párr. 2º), siendo ineficaz en lo que lo exceda.

Si la cláusula se limita a establecer la retroventa sin estipular plazo, debe considerarse que se ha referido al término legal de cinco o dos años, según el caso.

c) La retroventa debe estipularse en el mismo acto de la venta

Esto surge de la ubicación del artículo 1163 que define el pacto de retroventa, el cual está en la sección referida a "algunas cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa".

Si el pacto de retroventa se hubiera pactado por contrato separado, no constituye una condición resolutoria, sino un nuevo contrato que supone dos transferencias de dominio independientes. Además, este nuevo contrato no tendrá efectos respecto de terceros a quienes el comprador hubiera transmitido el dominio u otro derecho real sobre la cosa, puesto que, al no figurar el compromiso de retracto en el título original, no tienen por qué ser afectados por las obligaciones contraídas por el comprador.

456. El precio a pagar

La cláusula de retroventa normalmente fija el precio que deberá pagar el comprador para rescatar la cosa, el que puede ser menor, igual o mayor que el de la venta (art. 1163). Si nada se dijera sobre el punto, debe interpretarse que las partes entendieron ajustar el mismo precio de la venta.

B.— EL DERECHO DE RESCATE

457. Quién puede ejercerlo

Titular del derecho de rescate es desde luego el vendedor; pero también puede ser ejercido: a) Por sus *cesionarios*, si el comprador lo consiente antes, simultáneamente o después de la cesión (art. 1636). b) Por los *herederos del vendedor* (art. 1024). c) Por los *acreedores del vendedor* en el ejercicio de la acción subrogatoria (art. 739).

458. Pluralidad de vendedores

Si los titulares del derecho de rescate fueran varios —sea porque la venta hubiera sido hecha por dos o más copropietarios de la cosa vendida o porque hubieran sucedido al vendedor varios herederos—, tratándose de una cosa indivisible, cualquiera de los vendedores, acreedor de la prestación, podrá exigir la entrega de la cosa, pero deberá pagar al comprador el precio convenido y a su vez podrá exigir de los restantes vendedores la contribución de la parte proporcional de lo pagado, quienes a su vez tendrán derecho a que les pague el valor de lo que les corresponde conforme a la cuota de participación de cada uno de ellos.

Es una aplicación de las normas establecidas en materia de obligaciones indivisibles (arts. 816, 817, 820 y 821). Sin embargo, no podemos dejar de señalar que la solución del artículo 1387 del Código Civil de Vélez era superior por su simpleza y precisión: exigía el consentimiento de todos los vendedores para recuperar la cosa.

459. Contra quiénes se ejerce

La obligación de sufrir el rescate pesa sobre:

a) *El comprador o los compradores* que la hubieren adquirido conjuntamente (art. 1163), pues la resolución opera *ipso iure* y sin el concurso de la voluntad del obligado a restituir.

b) Los *herederos* del comprador (art. 1024). Tratándose de una cosa indivisible, el vendedor, acreedor de la prestación, podrá exigir la entrega de la cosa a cualquiera de los herederos, a menos que se hubiera hecho ya la partición, en cuyo caso deberá reclamarse al heredero adjudicatario del bien. Es una aplicación de las normas establecidas en materia de obligaciones indivisibles (arts. 816, 817, 820 y 821).

c) Sobre los *terceros interesados de la cosa* (art. 1166). Es obvio que los terceros que han adquirido la cosa o tienen otro interés sobre ella (es el caso de que hubieran constituido un gravamen), sabiendo que estaba sujeta a una condición resolutoria, deben resignarse a la restitución de ella. Si se trata de una cosa registrable, basta que el pacto de retroventa resulte de los documentos inscriptos en el registro o si de otra manera el tercero tuvo conocimiento efectivo. Si la cosa mueble no es registrable, el pacto de retroventa es oponible al tercero adquirente de mala fe o a título gratuito.

460. Capacidad para ejercer el derecho de rescate

Se trata de un acto de disposición de bienes como que el rescatante deberá devolver el precio; por tanto la declaración de voluntad solo será válida cuando es hecha por quien tenga capacidad para disponer o por el representante legal o voluntario que tenga facultades suficientes en los límites de la ley.

461. Extinción del derecho de rescate

El derecho de rescate se extingue: a) por expiración del término; la extinción se produce *ipso iure* y sin necesidad de constitución en mora; b) por renuncia del vendedor a ejercerlo; c) por pérdida de la cosa, sea que ella se deba a una causa natural o a que haya sido puesta fuera del comercio o expropiada. En esta última hipótesis no habrá rescate propiamente dicho, pero es indudable que el vendedor conserva el derecho a reclamar la indemnización pagada por el Estado, que ocupa el lugar de la cosa.

C.— EFECTOS DEL PACTO

1.— Efectos al vencimiento del plazo

462. Con relación al comprador

El comprador se encuentra en la condición de un propietario que tiene el dominio afectado a una condición resolutoria. De ahí se desprenden los siguientes efectos:

a) Puede realizar toda clase de actos de disposición (venta, hipoteca, constitución de usufructos y servidumbres, etc.), pero estos derechos quedan extinguidos si el vendedor rescata la cosa. Estamos ante un supuesto de dominio revocable. Así lo dispone el artículo 1169, lo cual obliga al comprador a devolver la cosa al vendedor si se ha dado la condición prevista (arts. 1965/7).

b) Con tanta mayor razón podrá realizar actos de administración y estos deberán ser respetados por el vendedor que haga valer su derecho de rescate (art. 348).

c) Puesto que las cosas se deterioran o pierden para su dueño, al vendedor le basta con no ejercer su derecho de rescate para hacerlos pesar sobre el comprador; pero si a pesar de los deterioros el vendedor siguiera teniendo interés en la cosa, el comprador no responde de los que hayan ocurrido por caso fortuito o fuerza mayor; pero sí por los que hubieran sucedido por su culpa o dolo.

d) Puede, como dueño, ejercer todas las acciones reales emergentes del dominio.

463. Con relación al vendedor

Quien ha vendido con pacto de retroventa no tiene sobre la cosa ningún derecho real sino solo uno de carácter personal: el de readquirir la propiedad.

2.— Efectos del ejercicio de rescate

464. Principio general

El principio general es que el ejercicio del derecho de rescate provoca la resolución retroactiva de la venta. Esto tiene efectos respecto de las partes y de terceros, efectos que han de estudiarse en los párrafos que siguen.

465. Obligaciones del rescatante

Las obligaciones a cargo del vendedor rescatante son las siguientes:

a) Ante todo, debe *restituir el precio*, con lo más o menos que se hubiera pactado (art. 1163).

b) Debe reembolsar las sumas que hubiere gastado el comprador en la *entrega de la cosa* y en el pago de los honorarios y gastos del contrato. Así lo disponía expresamente el artículo 1384 del Código Civil de Vélez, y si bien no existe una norma análoga en el Código Civil y Comercial, la solución debe conservarse, pues, además de ser justa, constituye un uso vinculante, en los términos del artículo 1º del Código vigente. En efecto, si la venta queda sin efecto por voluntad del vendedor, no es admisible que el comprador cargue con esos gastos.

c) Igualmente debe reembolsar las *mejoras necesarias* (a menos que se hayan originado por culpa del comprador si es de mala fe) o *útiles* que el comprador haya hecho en la cosa, pero solo hasta el mayor valor adquirido por la cosa. En cambio, no debe las mejoras de *mero mantenimiento* ni las *suntuarias*, respecto a las cuales el derecho del comprador se reduce a retirarlas si al hacerlo no causa perjuicio a la cosa (art. 1938).

466. Obligaciones del comprador

Por su parte el comprador está obligado:

a) *A devolver la cosa con todos sus accesorios*. Entre estos accesorios se incluyen: 1) las *mejoras*, en los límites reseñados en el párrafo anterior; 2) los aumentos que hubiera experimentado el inmueble, sea por *accesión* o *aluvión*; 3) los tesoros que se hubieran descubierto, en la parte que ellos corresponden al dueño del suelo (art. 1953).

b) En cuanto a los *frutos*, hay que formular las siguientes distinciones: 1) los percibidos por el comprador hasta el momento de la resolución son suyos (art. 348); 2) los frutos naturales pendientes de percepción pertenecen al vendedor (art. 754), pero resulta lógico reconocer al comprador el derecho a exigir la devolución de los costos asumidos para su producción.

467. Efectos respecto de terceros

Puesto que el pacto de retroventa funciona como condición resolutoria, todos los derechos que hayan adquirido terceras personas sobre la cosa por acto de disposición del comprador (dominio, hipotecas, servidumbres, etc.), quedan sin efecto.

Ello es así debido a la publicidad que da la inscripción registral, en los casos que la ley la impone; y cuando se trata de una cosa mueble no registrable, el pacto de retroventa es oponible al tercero si éste lo conocía (por lo que no puede alegar su buena fe) o se trataba de la transmisión de la cosa a título gratuito (art. 1167).

Con respecto a los *actos de administración* celebrados por el comprador con terceros, la resolución no afecta el derecho de estos, que queda subsistente (art. 348).

§ 6.— Pacto de reventa

468. Concepto y régimen legal

El artículo 1164 define el pacto de reventa como el pacto *por el cual el vendedor se reserva el derecho de devolver la cosa vendida y entregada al comprador contra restitución del precio, con el exceso o disminución convenidos*. Se trata, pues, de una cláusula que, como la de retroventa, permite dejar sin efecto la enajenación, solo que en este caso dicha facultad se concede al comprador y no al vendedor. La cuestión se presenta como el anverso y reverso de una medalla y *prima facie* parece natural que el régimen legal de la retroventa se aplique a la reventa; en ambos casos, se aplican las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria (art. 1164, *in fine*).

Sin embargo, a poco que se examine la cuestión, se advertirá que existen entre ambos pactos diferencias y que el régimen legal de la retroventa debe aplicarse en nuestro caso con sumo cuidado.

a) Ante todo, debe tenerse en cuenta especialmente que en el pacto de reventa, es el adquirente de la cosa el que toma la iniciativa; por tanto, más allá de que sea oponible a los terceros interesados, de acuerdo con lo que dispone el art. 1166, parece claro que él deberá devolver la cosa libre de gravámenes, en el estado en que la compró. La declaración de rescate, hecha por el comprador, no puede tener efectos sobre los derechos que él mismo haya transmitido a terceros sobre la cosa. Si el comprador quiere exigir del vendedor la devolución del precio, tendrá que acordar con esos terceros la extinción de los derechos por ellos adquiridos. No se trata, pues, de la resolución de estos derechos, sino de un acuerdo entre el comprador y los terceros que permita al primero devolver la cosa en el estado que la recibió.

En cuanto al precio en dinero, puesto que es una cosa fungible y consumible, no hay cuestión de que alguien pueda haber adquirido derechos reales sobre él. Ejercido el derecho de reventa y depositada la cosa, el comprador podrá hacer ejecución de los bienes del vendedor que no se allanase a devolverlo.

b) Si la cosa hubiera sido expropiada, el comprador expropiado podrá rescatar el precio entregando la indemnización recibida, que viene a ocupar el lugar de la cosa.

c) En cuanto al término para ejercer el rescate, se prevé los mismos plazos que en el pacto de retroventa: cinco años para inmuebles y dos años para muebles (art. 1167). El plazo se opera *ipso iure*, sin necesidad de constitución en mora, y es perentorio e improrrogable.

§ 7.— Pacto de preferencia

A.— CONCEPTOS GENERALES

469. Concepto y naturaleza jurídica

El pacto de preferencia es la cláusula en virtud de la cual el vendedor se reserva el derecho de recomprar la cosa, si el comprador decide enajenarla, ofreciendo las mismas condiciones que hubiera recibido del tercero. Se lo llama también *derecho de tanteo*. El vendedor no tiene la obligación sino solo el derecho a recomprar la cosa; por su parte, el comprador no está obligado a revenderla, pero si lo hace, debe dar preferencia a la persona de quien él la adquirió.

Para que este derecho de preferencia cobre vida, es indispensable que el comprador se haya decidido a enajenar la cosa (art. 1165, párr. 2º). Al hacer referencia a la enajenación, sin imponer ningún límite, ha ampliado los límites que imponía el artículo 1392 del Código Civil de Vélez; ahora la norma abarca otros supuestos, tales como cuando el comprador aportase el bien a una sociedad, o lo donase, o lo transmitiese a terceros como consecuencia de un contrato de renta vitalicia.

Es condición ineludible que el vendedor ofrezca las mismas condiciones que el tercero; no se trata solamente del precio sino también del plazo y de cualquier otra condición ofrecida por el tercero o cualquier otra particularidad prevista en el contrato proyectado (art. 1165).

El pacto de preferencia es oponible al tercero interesado. He aquí un cambio sustancial con el Código Civil de Vélez. En este último, si el comprador vendía la cosa a un tercero sin dar aviso al vendedor originario, la venta era válida, y el vendedor solo tenía derecho a reclamar los daños sufridos (art. 1394). En el Código Civil y Comercial, el pacto de preferencia —si la cosa es registrable— es oponible al tercero interesado si resulta de los documentos inscriptos en el registro correspondiente o si de otro modo el tercero ha tenido conocimiento efectivo de su existencia. Y si fuera un mueble no registrable, el pacto es oponible al tercero adquirente de mala fe o a título gratuito.

Una vez que el comprador comunica al vendedor las condiciones recibidas para enajenar la cosa, ya no podrá retractarse de su voluntad de desprenderse de ella. Es que ha nacido el derecho del vendedor a recuperar la cosa (art. 1165, párr. 1º).

El pacto de preferencia debe ser estipulado en el contrato originario, pues dicha cláusula está agregada dentro de la sección referida a las cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa. Sin embargo, pensamos que si se conviene con posterioridad y es inscripto en el registro correspondiente, también es oponible al tercero que pretenda adquirir la cosa. Idéntica oponibilidad debe admitirse si el tercero es de mala fe.

470. El derecho de preferencia es intransmisible

Dispone el artículo 1165 que el derecho adquirido por el pacto de preferencia es personal y no puede ser cedido ni pasa a los herederos del vendedor. Este pacto suele fundarse en razones puramente sentimentales; el dueño de una cosa se aviene a desprenderse de ella a condición de que la posea quien sepa valorarla o cuidarla, pero desea evitar que caiga en manos de extraños. Se trata por tanto, de motivaciones íntimas, que no valen para sus sucesores o cesionarios.

Por ello y porque conviene evitar las normas que traban la libre disposición de los bienes, la ley le otorga un carácter eminentemente personal. Por similares motivos, debe admitirse que este derecho no puede ser ejercido por los acreedores del vendedor en ejercicio de la acción subrogatoria. Sin embargo, conviene destacar que esta norma contradice palmariamente lo establecido en el artículo 997 para el pacto de preferencia como cláusula para los contratos en general, la cual permite que los derechos y obligaciones derivados de este pacto se transmitan a terceros. Y por ello, el Anteproyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de 2018 ha optado por seguir este último criterio también en la compraventa.

471. Es indivisible

El derecho de preferencia es indivisible; por tanto, si la cosa hubiera sido vendida originariamente por varios condóminos, cada uno de ellos podrá exigir se le venda toda la cosa si los otros covendedores no quisieran recomprarla; pero ninguno de ellos podría pretender que se le revendiera solo la parte que él tenía en la cosa, salvo que ese derecho a la recuperación parcial fuera reconocido expresamente en el contrato.

472. Plazo para ejercer la preferencia

El vendedor está obligado a ejercer su derecho de preferencia dentro de los diez días de serle notificada la oferta que tenga por ella, a menos que otro plazo resulte de la convención, los usos o las circunstancias del caso (art. 1165, párr. 3º). Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el pacto de preferencia tiene un plazo de vigencia que no puede superar los cinco años, para los inmuebles, o dos años, para los muebles, ambos contados desde la celebración del contrato. Vencido tales plazos, que son perentorios e improrrogables, caduca el derecho del vendedor a exigir la preferencia.

B.— EFECTOS

473. Obligación de avisar

La primera obligación contraída por el comprador es la de avisar al vendedor las condiciones que le son ofrecidas por el tercero. Esa obligación debe ser ejecutada lealmente y sin reticencias. No basta, por cierto, con la mera indicación del precio si también se han dado facilidades de pago u otras ventajas. El comprador debe comunicar todas las particularidades de la operación proyectada (art. 1165, párr. 2º).

La ley no establece ningún requisito formal para la comunicación; puede por tanto ser hecha en cualquier forma fehaciente y aun bastaría la verbal, siempre que se la pueda probar de modo inequívoco.

474. Obligaciones del vendedor que hace uso de la preferencia

El vendedor está obligado a reconocer al comprador todas las condiciones que el tercero le hubiere ofrecido, en cuanto a precio, plazo para el pago y entrega y cuantas otras ventajas resultasen para aquel comprador, ahora vendedor del contrato que se le ha propuesto. El primitivo vendedor no podrá pretender que se compensen ciertas condiciones más favorables con otras menos favorables con relación a la oferta del tercero; su oferta debe ser por lo menos igual a cada una de las condiciones propuestas por el tercero; de esta manera se evitan dudas y cuestiones que en definitiva solo podrían ser resueltas por el juez, creando un estado de incertidumbre en los derechos de los interesados durante todo el transcurso del pleito.

475. Caso en que el comprador no haya dado aviso

No obstante haber contraído el compromiso de avisar al vendedor de toda oferta que recibiere, es posible que el comprador enajene la cosa a un tercero sin dar cumplimiento a aquella obligación. Si ello sucediera, tal venta es inoponible al vendedor si se tratase de una cosa registrable, y el pacto de preferencia resultare de los documentos inscriptos en el registro correspondiente o si el tercero hubiera tenido conocimiento efectivo de él. En cambio, si se tratare de una cosa mueble no registrable, el pacto de preferencia no será oponible si el tercero adquirente fuera de buena fe y a título oneroso (art. 1166).

476. Venta hecha en pública subasta

El funcionamiento del pacto de preferencia origina problemas peculiares cuando la segunda venta se hace en remate público. Digamos desde ya que la ley no distingue entre el remate público hecho por iniciativa del propietario y la subasta judicial originada en una ejecución de terceros; tampoco diferencia entre cosa inmueble o mueble. En todos los casos, la obligación del comprador es comunicar al vendedor el lugar y el tiempo en que se celebrará la subasta (art. 1165, párr. 2º).

Hecha la notificación, ¿en qué consiste el derecho del vendedor originario? Una aplicación rigurosa de los principios que rigen el pacto de preferencia haría pensar que, adjudicada la cosa al mejor postor, el vendedor originario tendría el derecho de ser preferido ofreciendo un precio igual. Pero esta solución debe rechazarse. Quien concurre a un remate y hace posturas, no puede estar expuesto a no resultar adjudicatario, no obstante haber ofrecido más que todos sus competidores, porque otra persona invoca un derecho de preferencia; es muy probable que ese mejor postor hubiera estado dispuesto a dar más y a superar el último precio que a su vez el vendedor originario hubiera estado dispuesto a pagar. Dispuesto el remate, el titular del derecho de preferencia debe entrar en leal y franca competencia con los demás interesados. En suma, su derecho se reduce a participar de la puja.

Ahora bien, ¿qué sucede si se omite la notificación del remate? Parece claro que si se trata de una cosa registrable, el tercero adquirente pudo conocer de la existencia del pacto de preferencia, por lo que no podrá alegar su buena fe frente a la omisión de la notificación al vendedor original y, por tanto, debe decretarse la nulidad de la subasta.

§ 8.— Venta con pacto de mejor comprador

477. Concepto y naturaleza jurídica

Establecía el art. 1369 del Código Civil de Vélez que el *pacto de mejor comprador es la estipulación de quedar deshecha la venta, si se presentase otro comprador que ofreciese un precio más ventajoso*. Y se lo regulaba entre los artículos 1397 y 1403.

El Código Civil y Comercial, en cambio, no lo prevé. Sin embargo, ello no es obstáculo para que se lo pueda convenir, pues las partes son libres de determinar el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres (art. 958).

La falta de regulación legal impone a las partes la necesidad de fijar sus pautas con la mayor precisión. Así, deberán determinar si opera como condición suspensiva o resolutoria; si ello no hubiera sido establecido, importará saber si hubo entrega o no de la cosa, debiéndose considerar que se pactó como condición resolutoria en el primero de los casos, y como condición suspensiva en el segundo. También deberá fijarse tanto el plazo de vigencia del derecho, contado desde que fue pactado, como el plazo que tendrá el comprador de ofrecer un precio más ventajoso, contado desde que el vendedor le comunicó la existencia de un mejor comprador; si nada se hubiera convenido, podrá recurrirse, analógicamente, a los plazos fijados para el pacto de preferencia.

Si nada se hubiera convenido, deberá aceptarse que el derecho surgido del pacto de mejor comprador puede ser cedido, pues debe recordarse que todo lo que no está prohibido, está permitido (art. 19, CN). Tratándose de un derecho, pasa a los herederos del vendedor y puede ser ejercido por los acreedores del vendedor por vía de la acción oblicua.

Se lo puede convenir sobre bienes muebles e inmuebles.

478. Obligaciones del vendedor

Las obligaciones que para el vendedor resultan de este pacto son las siguientes:

a) *Hacer saber al comprador quién sea el mejor comprador*; esta individualización del oferente permitirá al comprador verificar la seriedad de la oferta.

b) *Hacer saber en qué consisten las mayores ventajas*; ordinariamente estas se traducirán en un aumento de precio; pero pueden consistir asimismo en plazos más breves o en mejores garantías del pago del saldo.

479. Derecho de preferencia del comprador

Notificado de la mejor oferta hecha por un tercero, el comprador tiene derecho a proponer iguales ventajas, en cuyo caso será preferido; pero si no las ofreciere, el vendedor puede disponer de la cosa en favor del nuevo comprador.

480. Caso en que el comprador no haga uso de su derecho de preferencia

En tal hipótesis hay que distinguir si el pacto tiene carácter de condición resolutoria o suspensiva:

a) El pacto funciona como condición resolutoria

La compraventa originaria queda resuelta y sin efecto los derechos reales (dominio, hipotecas, servidumbre, etc.) que el comprador hubiera transmitido a terceros. En cuanto a los actos de administración, deberán ser respetados por el nuevo adquirente.

b) El pacto funciona como condición suspensiva

El problema es mucho más simple. Puesto que el vendedor no ha entregado la cosa, puede disponer de ella en favor del tercero, sin ninguna responsabilidad frente al comprador originario.

§ 9.— Venta con reserva de dominio

481. Concepto

A veces el vendedor, con el objeto de asegurarse el pago total de la cosa vendida, se reserva el dominio hasta que el precio haya sido pagado totalmente. Se trata de un poderoso medio de garantía, pues retiene la propiedad de la cosa hasta que sea satisfecho íntegramente el precio convenido; lo que el comprador hubiese pagado será retenido por el vendedor a título de daños o de compensación por el uso de la cosa. Desde luego, si lo adeudado por el comprador fuese una ínfima parte del precio convenido, la pretensión del vendedor de recuperar la cosa importaría un verdadero abuso del derecho.

482. Naturaleza jurídica

En la doctrina nacional y extranjera domina netamente la idea de que el pacto de reserva de dominio importa una venta hecha bajo condición suspensiva: el comprador solo deviene propietario cuando ha pagado la totalidad del precio. El Código Civil de Vélez, siguiendo a FREITAS, había considerado, en cambio, que este pacto equivale al pacto comisorio y debe recordarse que éste importa una condición resolutoria (art. 1376). El Código Civil y Comercial no regula la venta con reserva de dominio, lo que permite adherir a la idea dominante, que se conforma con los términos en el que el pacto es estipulado: el vendedor se reserva el dominio, cuya adquisición por el comprador queda suspendida hasta el pago del precio.

§ 10.— Venta ad gustum

483. Concepto y naturaleza jurídica

Se llama *venta ad gustum* aquella en la cual el comprador se reserva la facultad de gustarla o probarla y de rechazar la cosa si no le satisface (conf. art. 1160, inc. a]). Es una estipulación frecuente en el comercio, cuando se trata de mercaderías cuya compra está influida decisivamente por el gusto del comprador.

Estamos ante un supuesto de compraventa sujeta a la condición suspensiva de que el comprador acepte la cosa, una vez probada (art. 1160, párr. 1º). La venta *ad*

gustum no da derecho al vendedor a exigir el pago del precio, sino solamente a reclamar que la cosa sea probada.

La cláusula de que la compraventa queda sujeta a la degustación del comprador es innecesaria cuando esta modalidad está incorporada a las costumbres del comercio con relación a la mercadería vendida. Pero si no hubiere tal costumbre, el comprador solo se puede reservar esta facultad por cláusula expresa.

484. Alcance de la facultad de probar

La facultad de probar la cosa y eventualmente rechazarla, ¿es un derecho absoluto del comprador del cual puede hacer uso a su libre arbitrio, cualquiera que sea la bondad de la mercadería ofrecida?

Aunque la cuestión se ha discutido, predomina la opinión de que el derecho del comprador es absoluto, trátase de mercaderías adquiridas para uso personal o para revender a su clientela; y el vendedor no podría alegar que el rechazo sea abusivo.

Por lo tanto, tales ventas están sujetas a la condición de que fuesen del agrado personal del comprador, lo que excluye la posibilidad de que tal poder de apreciación pueda ser sustituido por el de expertos.

485. Plazo para hacer la degustación; aceptación tácita

Si bien el comprador tiene un derecho absoluto para adquirir o rechazar la cosa, en cambio, no puede tener indefinidamente en la incertidumbre al vendedor; el comprador tiene por tanto la obligación de pronunciarse sobre si la cosa es o no de su agrado. El Código Civil y Comercial dispone que el plazo para que el comprador acepte la cosa es de diez días, a menos que otro se haya pactado o emane de los usos (art. 1160, párr. final). Vencido el plazo, la cosa se tendrá por aceptada y el contrato queda perfeccionado; la misma consecuencia acarrea el hecho de que el comprador pague el precio sin hacer reserva alguna (art. citado): la cosa ha sido aceptada y el contrato queda firme.

No tiene significado de aceptación tácita la mera recepción de la cosa por el comprador, pues debe suponerse que la ha recibido para probarla. Tampoco la prueba o degustación tiene significado de tal, mientras no se haya notificado la aceptación al vendedor o haya vencido el plazo para la prueba. Es claro que si a la degustación siguen otros actos que indiquen inequívocamente la aceptación, esta deberá tenerse por hecha, según los principios generales relativos a la declaración de voluntad. Tal ocurriría, por ejemplo, si el comprador ha consumido o vendido la cosa.

Desde luego, el comprador puede renunciar a su derecho de prueba, con lo que el contrato queda perfeccionado.

486. Rechazo de la cosa gustada

Hemos dicho ya que el derecho de rechazar la cosa gustada es absoluto y no puede dar origen a una reclamación del vendedor por ejercicio abusivo. Y puesto que esa decisión está sujeta al libre arbitrio del comprador, éste puede rechazar la cosa aun antes de hacer la prueba.

En caso de rechazo por el comprador, no podrá exigir al vendedor la entrega de otros productos, ni podrá tampoco el vendedor imponerle una nueva degustación de productos análogos. Mucho menos podrán demandarse recíprocamente daños, sea que ellos sean pretendidos por el comprador porque la mercadería no le ha placido, sea por el vendedor porque la mercadería ha sido rechazada.

§ 11.— Venta a satisfacción del comprador

487. Concepto y diferencia con la venta *ad gustum*

Muy similar a la hipótesis que hemos estudiado en los números anteriores, es la venta a satisfacción del comprador, también conocida como venta a ensayo o prueba. La semejanza con la venta *ad gustum* es tan notoria que no faltan quienes sostienen que se trata de modalidades de idéntica significación jurídica. Pero no es esta la opinión que ha prevalecido. Hoy se admite casi sin discrepancias que hay entre ambas hipótesis la siguiente diferencia fundamental: mientras que la venta *ad gustum* confiere al comprador un derecho de aceptación o rechazo absoluto, que puede ser ejercido a su libre arbitrio sin ningún género de restricciones, la venta a satisfacción del comprador solo confiere al adquirente una facultad sin duda muy amplia de apreciación, pero que debe ser ejercida dentro de límites razonables y de buena fe; de tal modo que si el vendedor prueba que la cosa tenía todas las cualidades prometidas, el comprador no puede rechazarla. Mientras que en el primer caso no se concibe el abuso en el ejercicio del derecho de repudiar la cosa, en el segundo no puede ejercerse abusivamente.

La diferencia apuntada parece marcarse en el artículo 1160. En efecto, por un lado, simplemente se refiere al comprador que se reserva la facultad de probar la cosa (inc. a)]; en cambio, cuando menciona la compraventa que se conviene o es a satisfacción del comprador, agrega que sea de acuerdo con los usos (inc. b]). La mención a que sea de acuerdo con los usos, refiere una pauta de objetividad, que excluye la mera subjetividad del comprador, y que permite, por lo tanto, recurrir al dictamen de expertos.

De lo dicho en el párrafo anterior se desprenden las siguientes consecuencias: a) que el comprador no puede rechazar la cosa antes de haberla sometido a ensayo, como, por el contrario, puede hacerlo el comprador *ad gustum*; b) que si el comprador rechaza la cosa, el tribunal puede, sobre la base del dictamen de peritos, decidir que la cosa tenía las calidades prometidas sin olvidar, empero, que esta cláusula supone reconocer al comprador un apreciable margen de discrecionalidad y que solo puede ser obligado a cumplir el contrato cuando hay abuso en la actitud de rechazar la mercadería. En consecuencia, podrá ser obligado bien a comprar la cosa, bien a pagar los daños y perjuicios consiguientes.

488. Régimen legal

La compraventa convenida a satisfacción del comprador es un contrato sujeto a la condición suspensiva de la aceptación por éste de la cosa.

El comprador tiene un plazo de diez días para aceptar la cosa, a menos que otro plazo se haya pactado o emane de los usos. Si el comprador paga el precio sin hacer reserva alguna o deja transcurrir el plazo sin pronunciarse, se considera que ha aceptado la cosa, y el contrato queda concluido (art. 1160).

489. Concepto

A veces se fija en el contrato la calidad de la cosa vendida; así, por ejemplo, 1000 quintales de trigo duro, 100 vaquillonas Aberdeen Angus de *pedigree*. En tal caso, el vendedor cumple entregando cosas de igual calidad a la prometida y el comprador no podrá rehusarse a recibirlas.

Esta cláusula, que no está prevista en el Código Civil y Comercial (aunque sí lo estaba en el art. 1338 del Cód. Civil de Vélez) tiene un punto de contacto con la venta a satisfacción del comprador: el vendedor tiene derecho a demostrar que la cosa entregada tiene las calidades prometidas y, como consecuencia, a exigir del comprador el cumplimiento del contrato. Pero las diferencias son sustanciales:

a) En la venta a satisfacción del comprador, éste tiene una facultad, en cierta medida discrecional, de apreciación de las cualidades o méritos de la cosa y el juez no podrá obligarlo a adquirirla si él ha manifestado no ser de su agrado, salvo en el caso de que su actitud sea evidentemente injusta o abusiva. En la venta de cosa de calidad determinada, el criterio de apreciación del mérito de ella es estrictamente objetivo.

b) En la venta a satisfacción del comprador, a éste, si no le satisface la cosa, le basta con rechazarla; y si el vendedor pretende que su conducta ha sido abusiva, será a él a quien le corresponda tomar la iniciativa para demostrarlo; en cambio, cuando se ha prometido calidad determinada, y el comprador entendiera que la cosa que se le ha entregado no la tiene, es él quien debe accionar.

c) En la venta a satisfacción del comprador, si la cosa no lo satisface, el contrato queda sin efecto, sin lugar a indemnización entre las partes y sin que el comprador pueda exigir la entrega de otra que le satisfaga; muy distintas son las consecuencias de la venta de cosa determinada, según hemos de verlo en seguida.

Es que mientras que la venta a satisfacción del comprador es un acto sujeto a una condición suspensiva (art. 1160), la venta de cosa de calidad determinada es perfecta desde el momento de la celebración.

490. Efectos

Las ventas realizadas con esta cláusula producen *ab initio* los efectos normales de la compraventa: obligación del vendedor de entregar la cosa convenida, obligación del comprador de pagar el precio. La discusión sobre si la cosa tiene o no las calidades prometidas, debe resolverse de acuerdo con el dictamen de expertos, que se expedirán teniendo en consideración los usos del comercio.

Si la cosa no tuviese las calidades convenidas, el comprador tiene a su disposición varias acciones: a) puede pedir la resolución del contrato por incumplimiento de sus condiciones y, desde luego, los daños consiguientes; b) puede exigir del vendedor la entrega de otras mercaderías que reúnan las calidades prometidas; c) finalmente, puede aceptar las mercaderías ofrecidas con reducción de precio, más la indemnización de los daños sufridos.

491. Venta según muestra

Esta es una especie de la venta de calidad determinada, pero aquí no se considera ya una calidad genérica, apreciada según la buena fe y de acuerdo con los usos del comercio, sino la precisa calidad que tiene la muestra. Por ello, el comprador no puede rehusar la recepción de la cosa si ella es de igual calidad que la muestra (art. 1153). Y por ello también, el vendedor no cumple con su obligación si entrega una cosa de calidad análoga o de valor similar; es necesario que sea igual. Lo que no impide que puedan admitirse diferencias insignificantes o ligeras, que son toleradas por las costumbres comerciales.

La muestra, es decir, la parte o fracción del producto que se ofrece en venta, tanto puede ser presentada por el vendedor (que es lo usual) como por el comprador. Debe quedar en manos del comprador o de un tercero como testimonio de la calidad de la mercadería vendida; por ello, no es venta sobre muestra la que se hace sobre la base de muestrarios que el vendedor conserva consigo y que, por tanto, no se entregan al comprador en garantía de la operación. La razón es muy simple: cuando el comprador consiente en que quede en manos del vendedor, se desprende voluntariamente del único medio que le permitiría probar cuál era la calidad acordada, pues es obvio que llamado a juicio y obligado a presentar la muestra, el vendedor podría sustituir una cosa por otra.

¿Qué ocurre si la muestra se pierde? El contrato sigue siendo válido, pues ya se ha dicho que es perfecto desde su celebración. Por lo tanto, la pérdida de la muestra solo acarrea un problema probatorio respecto de la calidad pactada.

El artículo 1157 impone al comprador —que ha celebrado un contrato sobre muestras— la obligación de informar al vendedor la falta de adecuación de la cosa a lo convenido. Como no se establece un plazo perentorio para tal comunicación, habrá que estar a las características de la cosa entregada, los usos comerciales y, también, al plazo de diez días fijado por el artículo 1155 (referido a la venta de cosas que se entregan en fardos o bajo cubierta), aplicable por analogía. El plazo se contará a partir del momento que efectivamente el comprador haya recibido la cosa (art. 1158).

La determinación de si la cosa es adecuada o no a la muestra se deja en manos de peritos arbitradores, salvo convención en contrario; el juez solo interviene si las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación del perito arbitrador, y solamente para hacer la designación.

Por último, el pedido de designación de perito arbitrador debe hacerse dentro del plazo de caducidad de treinta días de entregada la cosa (art. 1157, párr. 3º).

§ 13.— Venta por junto, o por cuenta, peso o medida

492. Concepto

El Código Civil de Vélez definía las ventas por junto y por peso, cuenta o medida, y las diferenciaba. Establecía que *la venta es por junto cuando las cosas son vendidas en masa, formando un solo todo y por un solo precio* (art. 1339). En cambio, disponía que *la venta es a peso, cuenta o medida, cuando las cosas no se venden en masa o por un solo precio; o aunque el precio sea uno, no hubiese unidad en el objeto; o cuando no hay unidad en el precio, aunque las cosas sean indicadas en masa* (art. 1340). La venta es a peso en el caso de venta de cereales, cuyo precio se fija por tonelada, es a cuenta en el caso de cosas envasadas, cuyo precio se fija por unidad, y es a medida en el caso de géneros, cuyo precio se fija por metros.

El Código Civil y Comercial establece que cuando se celebra un contrato de venta por junto, el comprador no está obligado a recibir una parte de las cosas muebles adquiridas, excepto que así se haya convenido (art. 1159). Por lo tanto, la regla es que el comprador no puede ser obligado a recibir una porción de las cosas prometidas, ni siquiera en el caso de que el vendedor prometa entregarle más tarde el resto. El único caso en el que está obligado a recibir parte de la cosa es si así se lo convino.

Además, el mismo artículo 1159 dispone que si se recibe parte de la cosa, la venta y la transmisión de dominio quedan firmes respecto de esa parte. Y entendemos que tal firmeza sobre la parte recibida existe, incluso en el caso de que el vendedor no entregue el faltante, lo que expresamente estaba previsto en el artículo 468 del derogado Código de Comercio.

El artículo 1144 dispone que *si el precio se fija con relación al peso, número o medida, es debido el precio proporcional al número, peso o medida real de las cosas vendidas*; en otras palabras, el precio del contrato resultará de multiplicar el precio de la unidad de peso, de la unidad de medida o de la cosa individualmente considerada por la cantidad final de cosas que se venden. Además, en el supuesto de que el precio se fije en relación al peso, la misma norma aclara que en caso de duda habrá que tomarse el peso neto.

§ 14.— Modalidades de la venta de inmuebles

A.— *PRECIO NO CONVENIDO POR UNIDAD DE MEDIDA DE SUPERFICIE*

493. La venta de una fracción de tierra

Dispone el artículo 1135 que *si el objeto principal de la venta es una fracción de tierra, aunque esté edificada, no habiendo sido convenido el precio por unidad de medida de superficie y la superficie de terreno tiene una diferencia mayor del cinco por ciento con la acordada, el vendedor o el comprador, según los casos, tiene derecho de pedir el ajuste de la diferencia. El comprador que por aplicación de esta regla debe pagar un mayor precio puede resolver la compra.*

La norma se refiere al supuesto de la venta de una fracción de tierra, cuando no se ha convenido el precio por unidad de medida. Si la diferencia entre la superficie real del inmueble y la fijada en el contrato es igual o menor al cinco por ciento, ninguna de las partes puede hacer reclamo alguno.

La solución es razonable, puesto que si las partes han fijado un precio por la cosa en sí misma, no se han preocupado tanto por su superficie. Por lo tanto, una diferencia escasa en las medidas no puede impactar de ninguna manera en el contrato.

Pero si la diferencia es mayor a ese 5%, entonces: i) el comprador podrá pedir la disminución del precio si la superficie real es menor que la establecida en el contrato; ii) el vendedor podrá pedir que se lo aumente si la superficie es mayor que la fijada.

Además, el nuevo texto confiere al comprador el derecho a resolver el contrato cuando la superficie real sea mayor que la acordada y estuviera, por tanto, obligado a pagar un precio superior. En cambio, el vendedor carece de un derecho análogo.

Por último, el artículo 1135 solo da importancia a la superficie del terreno, prescindiendo de que esté o no edificado. Pero esto no puede conducir a quitar todo valor a lo edificado. Es que muchas veces los campos tienen mejoras que pueden influir notoriamente en el precio fijado. Es el caso de un campo de 300 hectáreas, cuyo valor

puede estimarse en \$ 150.000 la hectárea, y que tiene, además, un casco, galpones y bretes cuyo valor es de \$ 4.000.000. El precio se fija en \$ 39.200.000, sin discriminar el valor del campo y de las mejoras. Luego, se advierte que el campo tiene 330 hectáreas. En este caso, el vendedor no puede pretender que se le pague las 30 hectáreas en exceso conforme a lo que resulta por unidad dividiendo el precio por 300 hectáreas, pues así resultaría un precio por hectárea mayor que el que se contempló al contratar. Por tanto, hay que tasar mejoras y campo y fijar el precio del excedente en relación con los valores así determinados. De manera corroborante con lo expuesto, el artículo 1135 establece que debe ajustarse la diferencia, pero no que deba ser proporcional.

494. Venta *ad corpus*

Diferente del caso anterior es la llamada venta *ad corpus*, es decir, la que se hace sin indicación del área. Es relativamente frecuente en las operaciones sobre terrenos urbanos, que se individualizan solo por su ubicación. Ejemplo: la casa ubicada en Montevideo 471, Santa Fe 2786, etc. En tal caso, las medidas no juegan ningún papel en la operación.

En la práctica de los negocios es frecuente que luego de individualizar el inmueble por su ubicación, se den también las medidas, agregándose "o lo que más o menos resulte entre muros". La jurisprudencia ha resuelto reiteradamente que este agregado u otro equivalente significa que las partes han entendido vender *ad corpus* y que, por tanto, no pueden formularse reclamaciones recíprocas fundadas en que el inmueble tiene mayor o menor superficie que la indicada, a la cual debe atribuirse un alcance simplemente ilustrativo.

Destacamos que la consecuencia fundamental de la venta hecha con esta cláusula es que no pueden formularse reclamaciones fundadas en la diferencia de superficie. En esta hipótesis no es aplicable el artículo 1135, pues lo que se ha valorado no es la fracción de tierra sino lo edificado.

B.— PRECIO CONVENIDO POR UNIDAD DE MEDIDA DE SUPERFICIE

495. Venta de inmueble a un precio por medida

El artículo 1136 establece que *si el precio es convenido por unidad de medida de superficie, el precio total es el que resulta en función de la superficie real del inmueble. Si lo vendido es una extensión determinada, y la superficie total excede en más de un cinco por ciento a la expresada en el contrato, el comprador tiene derecho a resolver.* Es lo que se llama venta *ad mensuram*.

El artículo 1136 contempla dos supuestos. El primero de ellos es cuando se compra un inmueble, acordándose el precio por unidad de medida de superficie. Es el caso de la compra de un campo en \$ 150.000 la hectárea; el precio final resultará de multiplicar el precio acordado de la hectárea por la cantidad de hectáreas. En este supuesto no puede haber reclamo fundado en la mayor o menor extensión, pues lo que vale es el precio de la unidad de medida pactado.

El segundo es cuando se compra un inmueble, acordándose el precio por unidad de medida de superficie, pero estableciéndose la medida total del bien. Siguiendo con el ejemplo ya dado, sería la compra de un campo en \$ 150.000 la hectárea, pero fijándose en el contrato que la superficie del inmueble es de mil hectáreas. En este caso, se faculta al comprador a resolver el contrato si la superficie real del inmueble excede en más de

un cinco por ciento a la expresada en el contrato (en el ejemplo dado, que el campo mida más de 1050 hectáreas). La solución es razonable, pues si la superficie ha sido fijada en el contrato, ello revela que el comprador ha tenido en cuenta esas medidas por diferentes motivos, incluso para establecer el precio final del contrato y el límite de su obligación. La mayor superficie provocaría un agravamiento de la deuda.

496. Supuesto en que la superficie real es menor a la fijada en el contrato

El Código Civil y Comercial no prevé el supuesto de que la superficie real sea menor a la fijada en el contrato. ¿Está obligado el comprador a pagar el precio que resulte y recibir la cosa? A nuestro juicio, la solución dependerá de la magnitud de la diferencia. En efecto, si se vende un inmueble y se fija el precio por unidad de medida, y a la vez se establece que mide, por ejemplo, mil hectáreas, resulta irrazonable obligar al comprador a pagar el precio y recibir el campo si la superficie es de quinientas hectáreas, pues puede ser insuficiente para el tipo de producción que se pretendía encarar.

C.— COMPRAVENTA DE INMUEBLES EN CUOTAS PERIÓDICAS. LA LEY 14.005

497. El problema

Una de las modalidades del negocio inmobiliario es la venta de lotes en mensualidades. En sus inicios, en estos contratos era usual estipular que el precio se pagara en 60, 80, 100 o 120 mensualidades, con derecho para el comprador de exigir la escrituración luego de abonadas un número determinado de cuotas. El problema que solía plantearse era el del comprador que se atrasaba en el pago de las mensualidades; en estos casos, el contrato preveía que quedara resuelto, sin necesidad de constitución en mora, recuperando el vendedor el inmueble con las mejoras introducidas y conservando en su poder las cuotas ya pagadas a título de indemnización de daños y de compensación por el uso de la cosa.

Estos planes de venta han tenido notorias ventajas, pues han facilitado el acceso a la propiedad privada a numerosas personas de modestos recursos, que no hubieran podido desembolsar al contado el precio del terreno; han sido, pues, un factor valioso de progreso. Pero al propio tiempo se prestaron a abusos, cuando no a verdaderas defraudaciones, extinguiendo contratos cuando el comprador ya había pagado parte sustancial del precio o había introducido mejoras importantes.

Con el fin de conjurar estos peligros se dictó la [ley 14.005](#), luego reformada por la ley 23.266, que estudiaremos a continuación.

498. Forma y anotación en el registro

El propietario que desea vender un inmueble en lotes y por cuotas periódicas debe anotar en el Registro de la Propiedad su declaración de voluntad de proceder a la venta en tal forma, acompañando un certificado de escribano de registro sobre la legitimidad extrínseca del título y un plano de subdivisión con los recaudos que establezcan las reglamentaciones respectivas (art. 2º). Si comenzada la venta, el vendedor no hubiere cumplido con la anotación, cualquiera de los interesados puede solicitarla directamente, debiendo soportar el vendedor los gastos que demande dicha anotación; además, el vendedor incurrirá en una multa igual al impuesto inmobiliario de la totalidad del fraccionamiento. La anotación en el registro solamente se hará si el inmueble estuviere

libre de todo gravamen y el propietario en condiciones para disponer (art. 3º). Si el bien estuviere hipotecado, la anotación podrá efectuarse solamente si el acreedor acepta la división de la deuda en los diferentes lotes o si es judicialmente condenado a aceptarla. La división de la deuda extingue el derecho del acreedor a perseguir el pago del crédito contra la totalidad del inmueble (art. 3º).

Cabe preguntarse qué debe entenderse por legitimidad extrínseca del título. En su sentido estricto, esta expresión alude a las formas externas; pero así entendido, el certificado del escribano carece de sentido, pues si el instrumento que se invoca no es, formalmente, un título de dominio, el registro no lo inscribirá. Por ello pensamos que el certificado del escribano debe referirse a la legitimidad sin calificativo del título.

Realizada esta anotación previa, recién el propietario está en condiciones de formalizar los contratos con cada uno de los compradores. Esos contratos pueden hacerse en instrumento privado, pero dentro de los treinta días de su fecha debe procederse a su anotación en el registro (art. 4º).

El contrato debe contener: a) Nombre y apellido de los contratantes, nacionalidad, estado civil, edad, domicilio, fecha y lugar en que se otorga; b) Individualización del bien con referencia al plano de loteo, su ubicación, superficie, límites y mejoras existentes; c) Precio de venta, que será fijo e inamovible, forma de pago e intereses convenidos; d) Correlación entre el título del vendedor y el de su antecesor en el dominio; e) La designación del escribano interviniente por parte del comprador; f) Especificación de los gravámenes que afecten al inmueble, con mención de los informes oficiales que los certifiquen (art. 4º). Con relación a este último recaudo, hay que tener presente que el inmueble gravado con hipoteca solo puede ser objeto de estos contratos si la hipoteca se hubiera dividido entre los distintos lotes (art. 3º).

Todos estos requisitos tienen el carácter de *forma esencial* para la validez de los contratos relativos a la venta de inmuebles por lotes y pagaderos en cuotas periódicas en todos los casos en que la escritura traslativa de dominio no se otorgue de inmediato (art. 1º). En esta última hipótesis, el comprador queda ya suficientemente resguardado contra todo peligro con la escritura de propiedad, de modo que sería inútil someter el acto a las prescripciones de la ley.

El artículo 1º establece que los requisitos de los artículos 3º y 4º tienen el carácter de forma esencial para la validez del acto. Ello significa que el contrato que no se ha ajustado a ellos es nulo y no permite demandar la escrituración. Pero a nuestro juicio se trata de una nulidad simplemente relativa, invocable solo por el comprador, puesto que esas formalidades han sido establecidas en su beneficio, como se desprende de todo el articulado de la ley y lo dice explícitamente el mensaje del Poder Ejecutivo con que se elevó al Congreso el proyecto de ley.

499. Efectos de la anotación del contrato en el registro

Estos efectos hemos de considerarlos con relación a las partes y a terceros.

a) Con relación a las partes

Desde que el propietario ha hecho la anotación del inmueble que prescribe el artículo 2º, queda inhibido de enajenarlo de modo distinto al previsto en la ley, salvo el caso de desistimiento expresado por escrito ante el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 5º). El desistimiento solo puede referirse a los lotes no vendidos; desde la anotación del contrato realizada de conformidad con el artículo 4º el desistimiento será imposible.

El comprador podrá reclamar la escrituración después de haber satisfecho el veinticinco por ciento del precio, siendo esta facultad irrenunciable y nula toda cláusula en contrario, pudiendo el vendedor exigir garantía hipotecaria sobre el saldo del precio (art. 7º). Esta cláusula, desde luego, no impide que las partes convengan que la escrituración se otorgue con anterioridad al pago del referido porcentaje.

El pacto comisorio o cláusula resolutoria por falta de pago no podrá hacerse valer después de que el adquirente haya abonado la parte de precio que se establece en el artículo séptimo o haya realizado construcciones equivalentes al cincuenta por ciento del precio de compra (art. 8º). Se da así fuerza de ley a la jurisprudencia que había reputado inmoral la aplicación del pacto comisorio, luego de pagada una parte sustancial del precio o de realizadas mejoras importantes, con la ventaja de precisar hasta cuándo se goza del derecho de resolución, eliminando todo motivo de inseguridad.

El comprador podrá abonar toda la deuda o pagar cuotas con anticipación al vencimiento de los plazos convenidos, beneficiándose en tal caso con la reducción proporcional de los intereses (art. 9º). El plazo se presume establecido en favor del comprador exclusivamente. A diferencia de lo que ocurre con los artículos anteriores, el que ahora consideramos guarda silencio acerca de si esta disposición es modificable por pacto en contrario. Pensamos, por consiguiente, que se trata de una disposición supletoria y que nada obsta a que las partes acuerden lo contrario.

El comprador que transfiera el contrato deberá anotar la transferencia en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 10).

Los escribanos intervinientes recibirán como honorarios el mínimo del arancel profesional, siempre que la operación no excediere el máximo legal para su afectación como bien de familia (art. 11).

b) Respecto de terceros

En caso de conflicto entre adquirentes de lotes y terceros acreedores del enajenante, se observarán los siguientes principios: 1) El comprador que tuviere instrumento inscripto será preferido a cualquier acreedor para la escrituración de la fracción adquirida. 2) Los embargos e inhibiciones contra el vendedor, ulteriores a la fecha del otorgamiento del instrumento prenotado, solo podrán hacerse efectivos sobre las cuotas impagas (art. 6º).

En el primer inciso de este artículo se contempla el caso de que varias personas hayan comprado el mismo lote; en tal caso, tiene derecho a la escrituración el que haya anotado primero el contrato, aunque la fecha de éste sea posterior a la del otro; en otros términos, lo que cuenta es la fecha de la inscripción y no la del contrato.

El inciso segundo impide que los acreedores del vendedor, que hayan anotado sus embargos e inhibiciones con posterioridad a la fecha del contrato prenotado, puedan hacer ejecución del lote; su derecho se reduce al embargo de las cuotas impagas.

500. Responsabilidad de los mandatarios

El artículo 12 establece que en los contratos que se celebren sobre lotes para vivienda única, los mandatarios serán solidariamente responsables por el cumplimiento de la ley. La norma guarda coherencia con el mandato no representativo, regulado en el Código Civil y Comercial, en el que el mandatario actúa en nombre propio (art. 1321), pero parece inaplicable si se está ante un mandato con representación, pues en este caso es de aplicación el artículo 366 del mismo Código (conf. art. 1320), el cual establece que el representante no queda obligado para con los terceros, a menos que haya garantizado del algún modo el negocio.

501. Remisión

Nos hemos referido a los contratos en comisión, que el Código Civil y Comercial llama contrato para persona a designar más arriba (nro. 211) y allí nos remitimos.

§ 16.— Modalidades en los contratos de consumo

502. Ventas domiciliaria, por correspondencia u otros sistemas de comunicación

Los contratos de consumo pueden ser celebrados por distintos medios. La ley ha previsto expresamente: a) la venta cuya oferta y aceptación se realice por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar (art. 33, ley 24.240) y b) la llamada venta domiciliaria, que es aquella en donde, o bien la oferta se hace fuera del establecimiento del proveedor, o bien el contrato resulte de una convocatoria al consumidor al establecimiento del proveedor o a otro sitio, siempre que el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio (art. 1104). En este caso, añade la ley de defensa del consumidor que el contrato debe ser hecho por escrito y con las precisiones exigidas para este tipo de contrato (art. 32, ley 24.240, ref. por ley 26.361).

Tales precisiones están establecidas en artículo 10 de la misma ley. Allí se dispone que el documento que se extienda por la venta de cosas muebles o inmuebles deberá contener: a) La descripción y especificación del bien. b) Nombre y domicilio del vendedor. c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere. d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en la propia ley. e) Plazos y condiciones de entrega. f) El precio y condiciones de pago. g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente. Además, el documento debe estar redactado en castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Si se incluyen cláusulas adicionales a las antes mencionadas o que sean exigibles en virtud de lo previsto en la propia ley de defensa del consumidor, ellas deberán ser escritas en letra destacada y suscriptas por ambas partes. Por último, deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y un ejemplar original debe ser entregado al consumidor.

Es importante señalar que, en una compraventa celebrada por Internet, las condiciones de contratación que aparecen en la página *web* del vendedor no deben ser consideradas como reconocidas y aceptadas por el comprador, a menos que éste participe en la suscripción o en la elaboración del instrumento. Más aún, el Código Civil y Comercial establece que *el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos* (art. 1107).

503. Revocación de la aceptación

En los casos de ventas domiciliaria, por correspondencia u otro sistema de comunicación, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de diez días corridos, contados a partir de la fecha en que reciba la cosa o celebre el contrato, lo último que ocurra, y sin responsabilidad alguna. Esa facultad no puede ser dispensada ni renunciada; por el contrario, debe ser informada por el vendedor de

manera clara y notoria. Los gastos de devolución son a cargo de este último (art. 34, ley 24.240, ref. por ley 26.361).

El referido artículo 34 establece que el consumidor está facultado a revocar su aceptación, sin establecer formalidad alguna, y que debe poner la cosa a disposición del vendedor. Sin embargo, el artículo 1112 del Código Civil y Comercial dispone que la revocación debe hacerse por escrito o medios electrónicos o similares o mediante la devolución de la cosa. Se advierte una incongruencia entre ambas normas que, entendemos, debe ser zanjada a favor de la aplicación de la ley especial.

504. Prohibiciones

La ley expresamente prohíbe la realización de propuestas al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa que no haya sido requerida previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice. Si con la oferta se envió una cosa, el receptor no está obligado a conservarla ni a restituirla al remitente aunque la restitución pueda ser realizada libre de gastos (art. 35, ley 24.240).

§ 17.— Otras cláusulas usuales

505. Venta con cláusula pago contra documentos

El artículo 1162 regula la compraventa de cosas muebles con cláusula "pago contra documentos", "aceptación contra documentos" u otras similares. En este tipo de contrato, *el pago, aceptación o acto de que se trate sólo puede ser rehusado por falta de adecuación de los documentos con el contrato, con independencia de la inspección o aceptación de la cosa vendida, excepto que lo contrario resulte de la convención o de los usos, o que su falta de identidad con la cosa vendida esté ya demostrada. Si el pago, aceptación o acto de que se trate debe hacerse por medio de un banco, el vendedor no tiene acción contra el comprador hasta que el banco rehúse hacerlo.*

El artículo pretende introducir en nuestro ordenamiento la figura del crédito documentario —trascendente en el comercio internacional—, que puede ser definido como el contrato en virtud del cual un banco asume en forma personal la obligación de pagar a un tercero, llamado beneficiario, una suma de dinero equivalente al monto del crédito que abriera por orden de su cliente, contra la presentación por parte de aquel beneficiario de la documentación correspondiente.

Generalmente, detrás del crédito documentario existe un contrato de compraventa, en el que se conviene que el precio establecido sea pagado por un banco.

El banco, para hacer el pago, no tiene que inspeccionar la cosa vendida sino verificar los documentos requeridos, de manera de dar cumplimiento estricto a las instrucciones de quien le dio la orden de pagar. Esta es la llamada doctrina del "estricto cumplimiento", que obliga a los bancos a examinar los documentos presentados a fin de cerciorarse de que ellos estén de acuerdo con los términos y condiciones del crédito.

La doctrina del estricto cumplimiento acarrea una doble consecuencia: por un lado, el vendedor no obtendrá el pago del dinero a menos que proporcione los documentos requeridos; por el otro, el banco no podrá obtener el reembolso del comprador a menos de que haya hecho el pago exactamente de acuerdo con tales instrucciones.

El artículo 1162 se refiere a la operación que ha dado causa al crédito documentario en el último párrafo cuando dispone que si el pago, aceptación o acto de que se trate, debe hacerse por medio de un banco, el vendedor no tiene acción contra el comprador hasta que el banco rehúse hacerlo. Pero amplía la idea a todo contrato de compraventa, aun cuando no intervenga una entidad financiera, al establecer que si se trata de un "pago contra documentos" o cláusula similar, el pago —como regla— debe hacerse si la documentación es la adecuada al contrato.

Con todo, se asume una postura menos rígida que la tradicional, desde que exige que la cosa sea inspeccionada o aceptada, si ello surgiera de lo pactado, o se desprendiera de los usos o la falta de identidad de la cosa vendida esté ya demostrada.

506. Venta sobre documentos

Diferente del supuesto anterior es el de la denominada "venta sobre documentos". Estas ventas, frecuentes en el comercio marítimo, suelen incluir la cláusula *cif* (sigla de *cost, insurance, freight*), en la cual el precio de venta incluye el costo de la mercadería, el seguro y el flete; la cláusula *fob* (*free on board*) en cuyo caso se incluyen todos los gastos hasta poner la mercadería a bordo; la cláusula *fas* (*free alongside ship*) en cuyo supuesto solo se incluyen los gastos de transporte hasta el costado del buque. Como se advierte, tales cláusulas inciden en el costo final de la operación contractual.

507. Venta de cosas que no están a la vista

El artículo 1154 establece que *en los casos de cosas que no están a la vista y deben ser remitidas por el vendedor al comprador, la cosa debe adecuarse al contrato al momento de su entrega al comprador, al transportista o al tercero designado para recibirla.*

La norma remarca que la cosa debe adecuarse a lo convenido en el contrato, pero lo que verdaderamente importa es que tal ajuste exista cuando se entregue la cosa al comprador, al transportista o al tercero designado para recibirla, según lo convenido. En todos los casos, si la cosa que se entrega es conforme con lo pactado, el vendedor habrá cumplido debidamente con su obligación; y, si no lo es, existe un claro incumplimiento del vendedor que facultará al comprador a resolver el contrato.

Por su parte, el artículo 1157 dispone que el comprador debe informar al vendedor sin demora de la falta de adecuación de las cosas a lo convenido.

Esta norma agrega que la determinación de si la cosa es adecuada o no a lo convenido se deja en manos de peritos arbitradores, salvo convención en contrario; el juez solo interviene si las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación del perito arbitrador, y solamente para hacer la designación. La norma concluye señalando que el pedido de designación de perito arbitrador debe hacerse dentro del plazo de caducidad de treinta días de entregada la cosa.

Cabe añadir que el hecho de que sea el comprador, el transportista o un tercero designado en el contrato, quien deba recibir la cosa, incide también en otras cuestiones. Así, en el plazo para reclamar las diferencias de cantidad o la falta de adecuación de la cosa a lo convenido (art. 1158) o en los riesgos de daños o pérdida de la cosa, cuestión que está regulada en el artículo 1151.

508. Venta por fardos o bajo cubierta

Suele ocurrir que las cosas muebles enajenadas sean entregadas en fardos o bajo cubierta, lo cual impide su examen y reconocimiento. En tales casos, dispone el artículo 1155 que el comprador podrá reclamar cualquier falta en la cantidad o la inadecuación de las cosas respecto de lo convenido en el contrato dentro de los diez días inmediatos a la entrega.

Cuando la norma se refiere a la inadecuación de la cosa respecto de lo convenido en el contrato, apunta a los vicios aparentes, quedando los vicios ocultos que pudieran existir regulados en los artículos 1051 y siguientes.

Si bien el Código Civil y Comercial no señala cuál es el procedimiento para determinar si la cosa dada se ajusta o no a lo convenido, es razonable recurrir a la designación de peritos arbitradores, excepto convenio expreso de las partes, pues esa es la solución que el mismo Código da al supuesto de cosas que no están a la vista (art. 1157), debiendo considerarse que si la cosa no puede ser examinada por estar en fardo o bajo cubierta, en verdad se trata de una cosa que no está a la vista.

Finalmente, frente al derecho del comprador a revisar la cosa y a reclamar cualquier diferencia en la cantidad o adecuación de las cosas entregadas respecto de lo convenido en el contrato, dentro de los diez días de haberlas recibido, se alza el derecho del vendedor a exigir al comprador que las examine cuando las reciba, y si el comprador no hace tal examen, perderá el derecho a hacer reclamo alguno (art. 1155, párr. 2º).

VI — PROMESAS DE COMPRA O DE VENTA. BOLETOS DE COMPRAVENTA

§ 1.— Promesas unilaterales de venta o de compra

509. Promesa unilateral de venta

Bajo la denominación de promesas de venta quedan comprendidas dos situaciones jurídicas distintas: a) la simple promesa u oferta, hecha a persona determinada o determinable y, en ciertos casos a persona indeterminada; b) la promesa de venta aceptada como promesa, por la persona a quien va dirigida. Esta no acepta el contrato, sino solamente se compromete a considerar la oferta y a aceptarla o rechazarla dentro de cierto plazo. Vencido éste, la oferta queda sin efecto.

Como se ve, el último supuesto no acarrea problema alguno. El primero, en verdad, es una oferta, y según dispone el artículo 974, la fuerza obligatoria de la oferta puede tener limitaciones, las que nacen de los términos de la oferta (como ocurriría cuando se establece un límite de vigencia de la oferta), de la naturaleza del negocio (es el caso de la oferta contractual que tiene por objeto una cosa que está sujeta a un riesgo), o de las circunstancias del caso (cuando se ofrece, por ejemplo, un hacer que importa una obligación *intuitu personae*).

Como hemos visto anteriormente (nro. 49), el artículo 974 distingue entre la oferta con y sin plazo de vigencia.

A su vez, en este último caso, diferencia entre ofertas hechas a persona presente o formulada por un medio de comunicación instantáneo y a personas que no están presentes.

Si en la oferta se establece un plazo de vigencia, la oferta valdrá solo por ese plazo, el que comenzará a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contenga una previsión diferente.

Si en la oferta no se establece un plazo de vigencia y ella es hecha a persona presente o se la formula por un medio de comunicación instantáneo, solo puede ser aceptada de inmediato. Si ello no ocurre, la oferta caduca.

En cambio, si la oferta se hace a una persona que no está presente, sin que se haya fijado un plazo para su aceptación, el oferente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por el aceptante por los medios usuales de comunicación.

510. Promesa de compra

La promesa de compra es el reverso de la medalla. Tiene poca aplicación práctica y apenas se podría citar como ejemplo la hipótesis de la venta hecha a nombre del dueño y cuya validez se deja supeditada a su ratificación, sea porque quien obró por él no tiene mandato suficiente, sea porque, aun teniéndolo, quiere dejar a salvo la posibilidad de que el poderdante considere personalmente la operación.

Es una obligación contraída por el comprador de mantener su oferta durante el plazo convenido. Producida la aceptación definitiva, hay un contrato de compraventa perfecto. En ninguna de las dos situaciones se generan problemas jurídicos peculiares que sean dignos de mención.

§ 2.— Boletos de compraventa

511. Concepto y naturaleza jurídica

En la práctica de las operaciones inmobiliarias, la compraventa se concierta siempre, salvo casos muy excepcionales, por medio de contratos (también llamados boletos) privados. Ello se explica porque el otorgamiento de la escritura pública importa un trámite bastante engorroso y largo, y las partes, una vez logrado el acuerdo sobre las condiciones de venta, tienen necesidad de procurarse un instrumento en el que consten las obligaciones asumidas; además, el vendedor encuentra ocasión de exigir la entrega de una seña que asegura la seriedad del compromiso contraído por el comprador.

En nuestro derecho es frecuente la opinión de que el boleto de compraventa de inmuebles es solo un *antecontrato*, una *promesa bilateral* de compraventa. A decir verdad, esta tesis tiene un fundamento bastante sólido en los artículos 1017 y 1018. El primero de ellos establece que deben ser hechos por escritura pública los contratos que tienen por objeto la adquisición de derechos reales sobre inmuebles (inc. a)], lo que claramente comprende la transmisión de la propiedad. El segundo dispone que el otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad, lo que implica que si el contrato requiere ser hecho en escritura pública (como ocurre en la compraventa inmobiliaria), y lo es por instrumento privado, no queda concluido como tal mientras no se otorgue la escritura, pero constituye una obligación de hacer la escritura pública.

Esta distinción entre contrato definitivo y promesa bilateral de compraventa, sin embargo, se explica solo en las legislaciones que, como la francesa y la italiana, confieren a la compraventa efecto traslativo de la propiedad. Allí es lógico distinguir

entre la venta propiamente dicha, en que se opera la transmisión del derecho, y la simple promesa, en la cual este efecto no se produce. Pero no en nuestro derecho, en el que la compraventa no es otra cosa que la obligación de transferir a otro la propiedad de una cosa a cambio de la obligación que asume el cocontratante de pagarla (art. 1123). Y es necesario agregar que aun en Francia, donde se justificaría, ha parecido artificiosa la distinción entre promesa bilateral y contrato de compraventa, a tal punto que el artículo 1589 del Código francés establece categóricamente el principio de que la promesa de venta vale venta.

Desde que los tribunales han resuelto que el comprador por boleto privado tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato de compraventa, debiendo otorgar el juez la escritura en caso de resistencia del vendedor (lo que expresamente ha consagrado el art. 1018, parte final), carece de sentido considerar al boleto privado como una simple promesa y no como un contrato definitivo y perfecto de compraventa.

En nuestro derecho positivo, la escritura pública no es, en verdad, un requisito formal del contrato de compraventa, sino solamente uno de los requisitos de la transmisión de la propiedad. El comprador por boleto privado demanda la escrituración, no para luego poder demandar la transmisión de la propiedad, sino porque la escrituración lleva implícita esa transmisión. Cumplida la escrituración, sea por el dueño, sea por el juez, e inscrita ella en el Registro de la Propiedad Inmueble, el dominio queda transferido, de tal modo que no es necesaria una nueva demanda de cumplimiento de contrato como lo sería si la escritura fuera solo un requisito formal para tener por concluido el contrato.

Cabe añadir que la concepción del boleto como simple promesa implica escindir el proceso del consentimiento en dos etapas; en la primera se consentiría solo en escriturar; en la segunda, se consentiría en vender. Pero esta es una escisión artificiosa, que no responde a la realidad ni a la verdadera intención de las partes. Cuando dos personas suscriben un boleto privado, entienden, la una vender, la otra comprar. No tienen en mira la escritura, sino la cosa, el precio y las modalidades del contrato. Asumen el compromiso de hacerse la entrega de las prestaciones recíprocas. La escritura no es para ellas el paso previo que les permitirá exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas, sino el cumplimiento mismo, como que a partir de su otorgamiento, se habrá operado la transferencia de dominio.

Por último, no resulta un dato menor que los artículos 1170 y 1171 integran la sección 8ª, titulada Boleto de Compraventa, que está dentro del capítulo referido al contrato de compraventa. Si fuera un contrato preliminar, debió ser incluido en la parte general de los contratos (cap. 3, sec. 4ª).

512. Efectos

El efecto fundamental del boleto de compraventa es, ya se ha dicho, colocar al titular del boleto en situación de comprador y permitirle exigir del vendedor la transferencia del dominio. Además, tiene los siguientes efectos: a) convierte la posesión adquirida por el comprador en legítima (art. 1916); b) permite al comprador oponer al concurso del vendedor la compra del inmueble cuando ha pagado el 25% del precio y pedir la escrituración, quedando obligado a constituir hipoteca de primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio (art. 1171), y c) reunidos ciertos recaudos, el comprador de buena fe por boleto tiene prioridad sobre los terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido (art. 1170).

513. Poder para suscribir el boleto; forma

El artículo 363 establece que *el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante deba realizar*. Teniendo en cuenta que la ley no establece ningún requisito formal para el acto de apoderamiento por el cual se faculta a otra persona a suscribir en nombre del poderdante un boleto de compraventa, puede otorgarse por instrumento privado o público y aun verbalmente. Pero debe quedar

claro que esta informalidad solo alcanza al boleto; el poder que se otorga para facultar a otro a escriturar en su nombre el inmueble debe ser hecho por escritura pública, pues esta es la formalidad que exige el artículo 1017, inciso a), para la adquisición de derechos reales.

514. Cesión del boleto

Hemos dicho ya que el boleto de compraventa es un contrato, por lo que cuando se habla de ceder el boleto, se está haciendo referencia a la cesión de las posiciones contractuales que se tienen en ese contrato. Es aplicable, por lo tanto, todo lo que hemos dicho sobre la cesión de la posición contractual (nros. 213 a 219) y allí nos remitimos.

515. La escrituración

Las obligaciones esenciales que derivan para el vendedor de un inmueble que ha firmado boleto de compraventa son otorgar la escritura y hacer la tradición de la cosa. A esta cuestión nos hemos referido con anterioridad (nros. 178 y 182) y allí nos remitimos.

516. Concurso o quiebra del vendedor antes de la escritura

Una cuestión que había dividido a nuestra jurisprudencia era la de si cayendo en concurso o quiebra el vendedor después de firmar el boleto y antes de la escritura, la masa está obligada o no a otorgarla. La cuestión tenía particular relevancia en relación a la propiedad horizontal; el mecanismo administrativo para obtener los certificados previos a la escrituración es lento y suelen pasar largo tiempo para que el escribano pueda ponerse en condiciones de redactar la escritura; en ese tiempo, el comprador ha pagado buena parte del precio o quizás la totalidad y con frecuencia ha sido puesto en posesión de su departamento. Si durante ese lapso, el vendedor cae en falencia, ¿en qué situación queda el comprador?

La cuestión fue resuelta por la [ley 17.711](#) al agregar el artículo 1185 bis al Código Civil de Vélez, y su solución fue sustancialmente recogida por el artículo 1171 del Código Civil y Comercial que dispone que *los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado como mínimo el veinticinco por ciento del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio.*

El texto dispone, ante todo, que el boleto de compraventa de un inmueble, que tenga fecha cierta, es oponible al concurso o quiebra del vendedor, requiriéndose que el comprador sea de buena fe y que haya pagado el veinticinco por ciento del precio.

Como se ve, la norma exige que se haya pagado el veinticinco por ciento del precio, pero no requiere que el comprador haya entrado en posesión del inmueble. Sin embargo, debe tenerse presente que si el juez ordena la escrituración, el comprador deberá constituir una hipoteca de primer grado a fin de garantizar el pago del saldo de precio.

También se exige buena fe en el comprador. En nuestro caso, la mala fe consiste no solamente en la connivencia con el vendedor para defraudar a sus acreedores, sino también en el simple conocimiento de que el vendedor se encuentra en estado de cesación de pagos (art. 119, ley 24.522).

La necesidad de que el boleto tenga fecha cierta es una cuestión discutida. Unos exigen la fecha cierta porque éste es un requisito de carácter general, indispensable para que un documento privado pueda oponerse a terceros (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor", LL 131-1274). Otros entienden que exigir la fecha cierta hace perder en

buena medida el propósito tuitivo de la norma (WAYAR, Ernesto C., *Compraventa y permuta*, Astrea, Buenos Aires, 1984, nro. 417). El texto legal resuelve la controversia en el primer sentido.

Con todo, queda la duda en el caso de que se hubiera entregado la posesión del inmueble antes de la quiebra o concurso. Acá, a nuestro juicio, exigir la fecha cierta del boleto carece de todo sentido. Es que la entrega de la posesión constituye un elemento decisivo de prueba de la buena fe del adquirente y fija una fecha incuestionable del contrato.

517. Colisión entre el adquirente por boleto y acreedor que ha trabado cautelar

Establece el artículo 1170 que *el derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; y d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.*

El Código Civil y Comercial se propone claramente ampliar los efectos del boleto de compraventa, permitiendo su oponibilidad no solo en el concurso o la quiebra, sino también ante ciertos terceros individuales que tienen derechos sobre el bien adquirido, precisando los recaudos que se exigen para ello.

El primer requisito que el texto exige es que el adquirente sea de buena fe. La mala fe no puede ser fuente de derechos.

Después, la norma limita la posibilidad de oponer el boleto de compraventa a los terceros que hayan trabado medidas cautelares sobre el inmueble vendido, siguiendo un criterio que puede considerarse mayoritario, que da preferencia al adquirente por boleto respecto del acreedor embargante. En cambio, como se verá en el número siguiente, el Código Civil y Comercial, al referirse exclusivamente a los terceros que hayan trabado cautelares, ha dado prioridad, *a contrario sensu*, al acreedor hipotecario sobre el comprador con boleto.

La nueva norma exige que, para que el boleto sea oponible, el comprador debe haber contratado con el propietario del inmueble conforme a las constancias registrales. Además, admite que el boleto sea opuesto por quien pueda subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos. La norma parece estar refiriéndose a la probable existencia de sucesivas cesiones del boleto de compraventa. En este caso, el cesionario del boleto, que acredite la existencia de una regular cadena de transmisión hasta llegar a quien ha vendido por boleto, podrá hacer valer tales contratos y prevalecer frente al tercero.

La norma exige, también, que el comprador haya pagado el veinticinco por ciento del precio, antes de la traba de la medida cautelar. Como se ve, se mantiene el mismo recaudo que se impone cuando se pretende oponer el boleto de compraventa al concurso o a la quiebra.

Otro recaudo que impone el texto legal es que el boleto tenga fecha cierta, probablemente con la idea de que ella da seguridad. A nuestro juicio, más relevante que la fecha cierta es probar la entrega de la posesión o la publicidad registral, en su caso. Lo curioso es que la propia norma exige que la adquisición tenga publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria. Y esto resulta incongruente con el recaudo de la fecha cierta.

518. Colisión entre el adquirente por boleto y el acreedor hipotecario

La colisión entre ambos derechos ha suscitado una importante controversia:

De acuerdo con una primera opinión, debe prevalecer el acreedor hipotecario, a menos que el boleto esté inscripto registralmente. Es distinto el caso del acreedor común con cautelar trabada. Éste tiene un crédito que no está vinculado al dominio del inmueble y solo *a posteriori* traba la medida cautelar (por ejemplo, un embargo). El crédito del acreedor hipotecario nace porque confía en el derecho real que grava el inmueble; la solución contraria significa poner en peligro esa fundamental fuente de crédito que es la hipoteca.

Conforme con otra opinión, el derecho del comprador por boleto prevalece sobre el del acreedor hipotecario siempre que haya mediado entrega de la posesión anterior a la constitución de la hipoteca. Esta solución se funda en que el poseedor por boleto adquiere sobre el inmueble un derecho real de posesión legítima, el que por ello es oponible al acreedor hipotecario. Y dado que existe ese derecho real del poseedor por boleto, quien otorga un crédito hipotecario debe asegurarse previamente no solo de las constancias registrales, sino que debe tener una mayor diligencia y asegurarse, también de la realidad fáctica, es decir, que el inmueble sobre el que se constituye la hipoteca no esté gravado por una posesión legítima en favor de terceros, pues la tradición es también una forma de publicidad que nuestro derecho reconoce, no obstante la creación de los registros de la propiedad.

La omisión de toda referencia a este supuesto en el Código Civil y Comercial y la mención expresa del conflicto suscitado entre el adquirente por boleto y el acreedor con cautelar trabada, nos inclina por la primera posición. Por lo demás, teniendo en cuenta que el derecho hipotecario recae sobre un inmueble que continúa en poder del constituyente, no parece posible exigir al acreedor que deba verificar si existe posesión o no de una tercera persona. La posición criticada genera una indudable inseguridad jurídica.

VII — PERMUTA

519. Concepto y régimen legal

Permuta es el trueque de una cosa por otra; desde el punto de vista jurídico, el contrato queda configurado desde que las partes se han obligado a transferirse recíprocamente la propiedad de cosas que no son dinero (art. 1172). Es la forma primitiva del intercambio entre los hombres; históricamente, es el antecedente de la compraventa que supone la existencia de moneda y por consiguiente un grado de organización social más avanzado. Actualmente el papel económico de este contrato es muy modesto, aunque no ha desaparecido. Subsisten todavía algunas permutas manuales y también se dan casos de trueque de inmuebles (sobre todo entre coherederos), pero desde luego, el gran instrumento moderno de intercambio es la compraventa.

Al considerar la naturaleza jurídica de este contrato, resalta de inmediato su analogía con la compraventa, que en el fondo no es otra cosa que el trueque de una cosa por un precio en dinero. Ello explica la disposición del artículo 1175, según el cual la permuta se rige por las disposiciones concernientes a la compraventa, en todo lo que no tenga una regulación especial. Estas reglas especiales y propias de nuestro contrato son contadísimas (arts. 1173 y 1174) y bien pudo prescindirse de ellas. Tanto el Anteproyecto de BIBILONI (art. 1505) como el Proyecto de 1936 (art. 947) tratan la permuta en un solo artículo que remite al régimen de la compraventa.

Si una o ambas prestaciones consisten en un derecho, estaremos en presencia de un contrato innominado, al cual se aplicarán las reglas de la compraventa o de la cesión de créditos, según los casos. Si una de las contraprestaciones fuera parte en dinero y parte en especie, el contrato será calificado como compraventa o permuta siguiendo las reglas que hemos visto en otro lugar (nro. 372).

520. Caracteres

Son los mismos de la compraventa: a) la permuta es consensual, porque produce efectos por el solo acuerdo de voluntades; b) es no formal; en el caso de los inmuebles, la escritura pública exigida por el artículo 1017, inciso a), es un requisito de la transferencia del dominio pero no del contrato en sí, que puede ser válidamente celebrado en instrumento privado (véase nro. 511); c) es bilateral, porque engendra obligaciones para ambas partes; d) es oneroso, pues las contraprestaciones son recíprocas; e) es conmutativo, porque las contraprestaciones recíprocas son por naturaleza equivalentes.

521. Disposiciones especiales

El Código contiene algunas disposiciones especiales relativas a este contrato que examinaremos brevemente a continuación.

a) *Gastos de contrato*. Según el artículo 1173, los gastos del contrato, que incluyen los gastos de entrega de las cosas y los que se originen en la obtención de los instrumentos requeridos por los usos o por las particularidades de la permuta, y si son inmuebles, los gastos de estudio el título y sus antecedentes y, en su caso, los de mensura y los tributos que graven el contrato, son soportados por los contratantes por partes iguales, salvo pacto en contrario.

b) *Evicción*. El caso de evicción total está regido por el artículo 1174. La norma dispone que si uno de los permutantes es vencido en la propiedad de la cosa que le fue transmitida, tiene derecho a pedir que se le restituya la cosa que él dio a cambio o su valor al tiempo de la evicción. Sin embargo, también tiene derecho a exigir que se le dé una cosa equivalente a la pérdida por evicción, si ella fuese fungible; ello es así, pues el artículo 1039, referido a la responsabilidad por saneamiento, a la que el artículo 1174 remite, permite, justamente, reclamar un bien equivalente, si es fungible.

Además, el permutante vencido por evicción —como acreedor de la obligación de saneamiento— tiene derecho a pedir que se le indemnicen los daños sufridos, pues así lo dispone el artículo 1040.

Cabe señalar que en el Código Civil y Comercial no parece tener importancia la buena o mala fe de los permutantes, en lo que se refiere a los alcances de la responsabilidad, cuando uno de ellos ha sido vencido en juicio. El derecho a reclamar los daños se ha independizado de la buena o mala fe de enajenante, y es exigible en ambos casos, desde que el artículo 1174, de manera expresa o implícita (pues se prevé la restitución de la cosa), remite a la responsabilidad por saneamiento, que está consagrada en el artículo 1039, que no hace referencia alguna a la buena o mala fe.

¿Qué sucede si el copermutante ha enajenado la cosa recibida? El nuevo texto nada dice, por lo que cabe establecer que el otro permutante, que ha perdido la cosa por evicción, verá limitado su derecho de reclamo a que se le dé el valor de la cosa que él entregó o que se le dé otra similar a la pérdida, si fuese fungible. Tampoco se hace referencia a si la enajenación de la cosa recibida ha sido hecha a título oneroso o gratuito, por lo que en ambos casos solo podrá reclamar el valor de la cosa dada, al tiempo de la evicción.

c) El Código Civil de Vélez contenía una norma, el artículo 1486, que ha desaparecido en el Código Civil y Comercial. Aquella disposición establecía que si uno de los permutantes tiene justos motivos para creer que la cosa recibida en permuta no era de

propiedad del que la dio, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció. Se trata de una solución de equidad, cuya supresión no parece positiva. Es que no resulta razonable obligar al permutante a entregar la cosa prometida cuando tenga motivos fundados para creer que la cosa que se le prometió a cambio, o que ya recibió, no era propia de quien se la dio. El citado artículo 1486, además, permitía al permutante pedir la nulidad (en realidad, la resolución) del contrato, aunque no fuese molestado en la posesión de la cosa recibida. Así, se procura protegerlo no solo del daño o turbación actual, sino del peligro de que ello acaezca en el futuro.

A nuestro entender, la manera de mantener vivo este derecho, de indudable importancia, será interpretando con amplitud el artículo 1044, relativo a la garantía de evicción y recurriendo, además, a la llamada tutela preventiva regulada en el artículo 1032, que dispone que *una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia*. Y añade que *la suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado*.

CAPÍTULO XX - SUMINISTRO

I — CONCEPTOS GENERALES

522. Antecedentes. Concepto

La necesidad de las empresas de prever y planificar su producción o la venta de sus productos llevó a la creación de modalidades contractuales como el contrato de suministro. Si bien este contrato no estaba regulado hasta la sanción del Código Civil y Comercial, por su relevancia económica, ya había adquirido una tipicidad propia no solo en la faz comercial, sino a nivel jurídico.

Existen antecedentes del contrato de suministro en una ley de Bavaria de 1727, en el Código de Comercio italiano de 1882, en la legislación rusa de 1923 y en el artículo 2º, sección 306, del UCC de los Estados Unidos, pero debe destacarse la regulación recibida en el Código Civil italiano de 1942 en los artículos 1559 y siguientes, donde se lo definió como el contrato por el cual una parte se obliga mediante compensación de un precio a ejecutar a favor de la otra prestaciones, periódicas o continuadas de cosas.

Se lo puede definir como el contrato por el cual una parte —*suministrante o proveedor*— se obliga mediante un precio a entregar a otra —*suministrado*— cosas muebles, mercaderías, en épocas y cantidades fijadas en el contrato o determinadas por el suministrado de acuerdo con sus necesidades.

El Código Civil y Comercial ha seguido en gran medida las pautas que la normativa italiana desarrollara en los artículos 1559 y siguientes, y define al contrato de suministro de derecho privado como el *contrato en el que el suministrante se obliga a entregar*

bienes, incluso servicios, sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada y el suministrado a pagar un precio por cada entrega o grupo de ellas (art. 1176).

523. Importancia del contrato y ventajas que conlleva

La razón de ser del contrato de suministro —como su importancia— la debemos buscar en la rápida satisfacción de la provisión de bienes o servicios, que así se hace segura y económica, ya que sería riesgoso buscar esa satisfacción mediante contrataciones individuales en cada momento en que su necesidad se hiciera presente. Cuando dichas necesidades son constantes, es más razonable y racional a la vez que menos costosa y aleatoria la celebración de este contrato, pues permite satisfacer tales necesidades sin mayor complicación. Es así que su objetivo es asegurar el aprovisionamiento de materias primas, mercaderías, energía, etc., garantizando la disponibilidad constante de los elementos indispensables para la actividad industrial o comercial del suministrado o aprovisionado.

En tal sentido, tan importante como la entrega misma es que la cosa sea suministrada oportunamente, lo que conforma una contratación indispensable para el ordenado funcionamiento de la empresa. El contrato tiene la ventaja para el suministrado de evitarle una erogación excesiva de dinero para la adquisición de los elementos que necesita para su obra y le exime del costo financiero que significa mantener un *stock* o inventario de tales elementos, con lo que además ahorra espacio y lugar de trabajo en su galpón u obrador.

524. Naturaleza jurídica. Diferencias

La doctrina distingue el contrato de suministro de derecho privado, del contrato de suministro de derecho público o de carácter administrativo, pues en el primero solo intervienen particulares, mientras que en el segundo participa ya como suministrante, ya como suministrado, la Administración Pública. Así, la Corte Suprema de la Nación (Fallos 221:104) ha caracterizado a los segundos en función de dos elementos: i) porque una de las partes es la Administración Pública Nacional y ii) porque el objeto del contrato es una prestación con sentido o con destino puesto en el interés general, en una necesidad social, etc. De allí que estos quedarán regulados por las normas de derecho administrativo y público; y solo en defecto de regulación, se acudirá a las normas del derecho privado que puedan aplicarse al contrato de suministro entre particulares.

Veamos ahora las distintas posiciones que exhibe la doctrina para definir su naturaleza jurídica.

Para algunos, el contrato de suministro puede asimilarse al *contrato de obra*, pues la obligación inmediata del suministrante es la de hacer, comprometiendo capital y trabajo para satisfacer la necesidad de demanda del suministrado, con la entrega de la cosa o la ejecución de la obra en el momento pactado.

Otros sostienen que se trata de un contrato *sui generis* y que debe interpretarse según la prevalencia o preponderancia de alguno de los elementos del contrato. Así, si lo preponderante es la entrega de la cosa, deberá interpretarse en función de la normativa de la compraventa, y si lo importante es el servicio y la organización de entrega, se deberá estar a la normativa propia de la locación de obra.

Finalmente, otros sostienen que al suministro deben aplicarse las normas de la *compraventa*, aun cuando la concreción del suministro requiera de trabajos preparatorios como la organización de la continuidad de entregas, su transporte, etc. En esta línea se halla el artículo 3º de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional, y el artículo 2º, sección 306, del UCC de los Estados Unidos.

Sin embargo, el contrato de suministro presenta diferencias con relación a la compraventa, en especial con aquella venta mobiliaria de entrega en cuotas, partes o piezas. En este caso, estamos ante una prestación única que se fracciona,

fraccionamiento que se da en el tramo de ejecución y no en el de formación o estructuración del contrato, mientras que en el contrato de suministro se acuerdan una serie de prestaciones conexas entre sí. En el contrato de suministro hay un plazo de duración que puede ser indeterminado, mientras que la venta a entrega, en cuotas o partes, impone la determinación del plazo de cumplimiento. Podemos decir que en la compraventa tenemos un interés de parte centrado en una cosa particular, en general de entrega única y en un solo acto, mientras que en el suministro tenemos un interés con la mira puesta en entregas prolongadas y repetidas en el tiempo, con una reiteración plasmada en la pluralidad de obligaciones a cargo de cada parte.

Esta dificultad para determinar la naturaleza jurídica del contrato de suministro revela que la realidad mercantil y empresaria genera constantemente hechos y prácticas negociales que fuerzan el desarrollo de estructuras particulares, las que a su vez imponen —en un momento determinado— su atención por el orden jurídico positivo, por lo que no pueden quedar sujetas a interpretaciones que las encuadren en preceptos jurídicos predeterminados y heredados de nuestra tradición romanística.

No obstante las diferencias anotadas, ciertas afinidades y las normas de los artículos 1124 y 1186 del Código Civil y Comercial, llevan a que, en defecto de norma aplicable al suministro, las pautas de la compraventa podrían ser de válida aplicación a este contrato.

525. Caracteres

El contrato de suministro es un contrato *nominado* (art. 970), típico, *consensual*, *de cambio*, *oneroso* y *bilateral* (art. 966), pues se perfecciona por el solo acuerdo de partes, supone un *do ut des* y genera obligaciones a cargo de ambas partes.

Es también un contrato *no formal*, pues no requiere de un documento especial para su celebración (arts. 969, 973, 974 y 1015), no obstante podemos entender que el Código Civil y Comercial establece una suerte de paralelismo de las formas al disponer que la formalidad exigida (sea legalmente o por decisión de las partes) para la celebración del contrato regirá también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que estas versaren sobre estipulaciones accesorias o secundarias o exista disposición legal en contrario (conf. art. 1016).

Es un contrato *conmutativo* (art. 968), pues las prestaciones son ciertas y determinadas, y se corresponden presuponiendo un equilibrio entre ellas.

Es un contrato *de duración* o *de ejecución continuada*, ya que su finalidad es producir efectos por un lapso más o menos prolongado de tiempo, que puede estar o no predeterminado en el acuerdo (art. 887, inc. b)).

En el contrato de suministro, *periodicidad* y *continuidad* de las prestaciones son también un elemento que podemos calificar como característica particular del mismo, diferenciando *periodicidad* de *continuidad*, pues en la *continuidad* nos encontramos con una prestación ininterrumpida (p. ej., suministro de gas), no discontinua, ni periódica, no percibiéndose un momento particular de ejecución, careciendo esta prestación de una individualidad propia, pues lo importante es que comporta la no interrupción del aprovisionamiento durante la vigencia del contrato. En la *periodicidad* estamos ante varias prestaciones reiteradas y repetidas en el tiempo, seguidas unas de otras (aunque puedan variar en cantidad), teniendo lugar en fechas y períodos determinados de entrega, lo que permite caracterizarlas con individualidad propia, aunque conexas todas ellas en función del acuerdo.

Es necesario aclarar que no basta, para tener configurada la existencia de un contrato de suministro, el solo hecho de verificarse un número de operaciones concertadas entre dos partes en un período de tiempo determinado, sino que es necesario que concurra además un elemento propio de esta modalidad que es que esa continuidad esté complementada con determinada conducta y servicio como el aseguramiento del

aprovisionamiento de las materias requeridas por el suministrado. Cuando el contrato de suministro no es instrumentado, no puede entenderse configurado automáticamente por el solo hecho de verificarse operaciones periódicas entre dos partes, sino cuando se asegura concretamente ese aprovisionamiento de materias primas o elementos para la explotación del suministrado. Es que en este contrato se garantiza la disponibilidad constante de elementos necesarios para la continuidad operativa o la comercialización del suministrado, lo que importa la satisfacción directa, segura y económica de sus necesidades, sin que sea necesario la búsqueda y contratación constante de esos bienes.

II — ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

526. Las partes

Existen en la estructura del contrato de suministro dos partes: por un lado el *suministrante* o sea, aquella persona que debe la entrega de las cosas o la prestación de los servicios en forma periódica o continuada, y por el otro lado, el *suministrado*, o sea, aquella persona que debe recibir la entrega de las cosas o los servicios, por los cuales abonará el precio pactado o que se determine.

527. El objeto: i) La cantidad de cosas o servicios a suministrar

El *objeto* de este contrato debe estar determinado por las partes. Con el término *suministro* se hace referencia conjunta tanto a las cosas, como a los servicios que se prestan, debiendo resaltarse que las prestaciones no deben ser necesariamente iguales o similares, ni cuantitativa, ni cualitativamente.

Puede ocurrir que las partes al contratar hayan omitido fijar las cantidades de cosas a suministrar o haber solo determinado un mínimo y un máximo de ellas. La ausencia en la determinación de las cantidades no acarrea la nulidad del contrato, debiéndose estar entonces a las necesidades normales del suministrado al tiempo de celebrarse el contrato. El Código Civil y Comercial dispone que *Si no se conviene la entidad de las prestaciones a ser cumplidas por el suministrante durante períodos determinados, el contrato se entiende celebrado según las necesidades normales del suministrado al tiempo de su celebración. Si sólo se convinieron cantidades máximas y mínimas, el suministrado tiene el derecho de determinar la cantidad en cada oportunidad que corresponda, dentro de esos límites. Igual derecho tiene cuando se haya establecido solamente un mínimo, entre esta cantidad y las necesidades normales al tiempo del contrato* (art. 1178).

La norma prevé tres alternativas frente a un contrato de suministro sin cantidades fijas y predeterminadas.

En primer lugar, si *no se conviniera la entidad o cantidad de las entregas*, serán las necesidades y requerimiento normales y usuales del suministrado el elemento a tener en cuenta, cuando no se hubiere pactado el número o cantidad de elementos a cumplir con cada entrega, calculado ello *al momento o fecha del acuerdo*. Esta es la solución razonable, ya que puede darse que, en razón de una situación, contratación o licitación posterior, el suministrado requiera de una mayor cantidad de elementos en cada entrega, más allá de los que usualmente requiere.

En este caso particular, si se da una necesidad mayor que la que era normal al momento de la contratación, entendemos que deberá acordarse una modificación del

acuerdo y el aumento del suministro; caso contrario deberá estarse a lo que era su requerimiento usual al momento de la celebración del acuerdo y no las posteriores necesidades que él tuviera, sin perjuicio de que se hubiera pactado la posibilidad de variar la cantidad a entregar, en cuyo caso será aplicable el artículo 1179.

En segundo lugar, en *caso de haberse pactado entregas continuas o periódicas entre un máximo y un mínimo*, será el *suministrado* quien tiene el derecho de informar en cada oportunidad la cantidad a suministrarse, para lo cual deberá notificar al suministrante con *razonable anticipación*, pauta esta que estará determinada y en su caso limitada por los propios requerimientos de tiempo del suministrante para elaborar o producir los elementos en la cantidad requerida.

Finalmente, en tercer lugar, si la importancia o cantidad de elementos a suministrarse *se determinara en relación a las necesidades del suministrado y una cuantía mínima*, cabe al suministrado igual obligación de notificar su requerimiento, pero si supera el mínimo pactado, su requerimiento no podrá entonces superar el de sus necesidades al momento de la contratación.

a) Variación de las entregas. Aviso previo

Como hemos tenido oportunidad de adelantar, en caso de haberse pactado máximos y mínimos, aun cuando el máximo fuere en función de las necesidades del suministrado, el suministrante necesita conocer con razonable y adecuada anticipación las cantidades a proveer. Pero también debe saber si nuevos requerimientos del suministrado (posteriores a la contratación) le imponen un incremento del aprovisionamiento.

De allí que el artículo 1179 especifique que *Si las cantidades a entregar en cada período u oportunidad pueden variarse, cada parte debe dar aviso a la otra de la modificación en sus necesidades de recepción o posibilidades de entrega, en la forma y oportunidades que pacten. No habiendo convención, debe avisarse con una anticipación que permita a la otra parte prever las acciones necesarias para una eficiente operación.*

Conforma esta disposición una genérica obligación de conducta para las partes y un claro *deber de colaboración* a cargo del suministrado para el adecuado cumplimiento del contrato, por lo que, de no pactarse un aviso con plazo determinado, éste deberá prestarse con la *anticipación razonable* para hacer posible que el suministrante pueda elaborar, manufacturar o producir los elementos a suministrar y que el suministrado pueda ordenar su estructura para recibir las cantidades anoticiadas.

b) Plazo en las prestaciones singulares

Tan importante como la entrega misma, es que la cosa o el producto sea suministrado en tiempo oportuno. Es que este contrato tiene por fin evitarle al suministrado una erogación excesiva de dinero para la compra de la totalidad de los elementos o productos que necesita en la eventual obra encarada y la utilización de espacio para depositar los mismos.

Se evita así, a través de este contrato, tanto un costo financiero (inversión en *stocks*) como también el costo o la pérdida de espacio disponible en obradores. La fijación de este plazo de entrega es también importante para el suministrante, ya que él podrá economizar costo de inversión y de espacio racionalizando su producción para el suministro pactado. De allí la importancia que se da al tiempo en el cumplimiento de las prestaciones objeto del suministro.

En tal sentido, las partes del contrato pueden fijar el momento en que ocurrirá el periódico cumplimiento del contrato, presumiéndose que —en razón de lo expuesto— el plazo es siempre fijado en interés de *ambas* partes.

Siguiendo esta línea, el artículo 1180 expresa: *El plazo legal o convencional para el cumplimiento de las prestaciones singulares se presume establecido en interés de ambas partes, excepto pacto en contrario.*

Sin embargo, esta pauta no deja de lado la aplicación de la norma anterior en cuanto al aviso a prestarse al suministrante, ya que cuando el suministrado sea quien tiene la facultad de fijar la fecha o plazo de entrega, siempre debe comunicarlo al suministrante con un preaviso oportuno (conf. art. 1563, párr. 2º, Cód. Civil italiano).

Tanto en este supuesto, como en el anterior comentado, debe tenerse en cuenta también un límite de razonabilidad, pues entra en juego la capacidad productiva del propio suministrante. En efecto, el suministrado no podrá ignorar la calidad y capacidad productiva de aquel a quien contrató como suministrante, lo cual conformará un límite objetivo, fuere en caso de falta de determinación de las cantidades a suministrar, fuere en cuanto al plazo de producción de las cantidades requeridas.

c) Cumplimiento del suministro. Buena fe y no competencia

El contrato de suministro, por el cual una de las partes se compromete a proveer a la otra de ciertos productos o servicios, no se aparta de la regla según la cual el contrato debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe (conf. art. 961); obligando el acuerdo a todas las consecuencias comprendidas en él, con el alcance que razonablemente hubiera tenido un contratante cuidadoso y previsor.

Por ello la obligación del suministrante dentro de esta pauta se ejecuta en la medida en que provea adecuadamente los bienes o servicios; y ese *adecuadamente* importa proveerlos en el tiempo, modo, precio y lugar convenidos, para lo cual también el suministrado debe observar cierta colaboración indicando las épocas y lugares de los envíos.

Así el Código Civil y Comercial establece en su artículo 1011 una pauta interpretativa: en los contratos de duración (como lo es el presente) el tiempo y lugar son elementos esenciales para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan adecuadamente los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que los indujo a contratar.

De allí entonces que si dentro de la zona de influencia en que opera el suministrado, el suministrante instala un centro de provisión propio en competencia con productos de su suministrado, discriminándolo además con otros productos y servicios que no le provee, absorbiendo un mercado y una clientela lograda por dicho suministrado y privándolo de las ventajas normales que podría generar el contrato de suministro pactado, el suministrante —tal como decidiera la jurisprudencia— debe responder por todos los daños causados si no acredita que su accionar resultaba inocuo, pues, en principio, importó violar aquellas pautas de buena fe y lo esperado normalmente por las partes en un contrato de duración (CNCom., sala B, 22/8/2007, expte. 75.092/2003, EDial.com. AA435F).

528. El objeto: ii) El precio

El precio también integra el objeto del contrato de suministro y por lo general es la contraprestación debida por el suministrado a las entregas periódicas o continuadas que efectúa el proveedor.

El precio se puede fijar por unidad de la cosa objeto del contrato o sobre determinada cantidad de ellas, pudiendo fijarse también por entrega o por períodos (p. ej., semanales o mensuales).

La forma de pago del precio debe ser acordada de modo tal que éste se efectúe de una sola vez por todo el contrato o bien pactar el pago en forma proporcional o periódica contra las entregas que se fueran produciendo.

a) No determinación del precio

En general en los contratos de suministro es común que se acuerde el precio de las prestaciones singulares o de las entregas periódicas o continuadas en el tiempo. El problema se plantea cuando no se lo pacta.

El artículo 1181 dispone: *A falta de convención o uso en contrario, en las prestaciones singulares, el precio: a) se determina según el precio de prestaciones similares que el suministrante efectúe en el tiempo y lugar de cada entrega, si la prestación es de aquéllas que hacen a su giro ordinario de negocios o modo de vida; b) en su defecto, se determina por el valor corriente de plaza en la fecha y lugar de cada entrega.*

No podía la norma omitir de regular este supuesto que hace al precio (no fijado) del suministro. Como advertimos, la disposición hace referencia al suministro *periódico* (no al continuo). No obstante entendemos que nada impide que en caso de falta de acuerdo o uso, el precio pueda determinarse análogamente, según esta norma (art. 1181, inc. a)], para el suministro continuo.

La norma fija el precio —en caso de falta de acuerdo o de uso o costumbre que lo determine— en función de las prestaciones periódicas similares que el suministrante efectúe en el tiempo y lugar de cada entrega, cuando ello haga al giro normal de sus negocios y modo de vida, refiriéndose así a la producción de elementos *standard* y no a requerimientos específicos del suministrado y especialmente manufacturados para una obra o una producción particular o específica (p. ej., una licitación).

La norma establece que en defecto de esta situación —que se trate de prestaciones que hacen al giro ordinario de los negocios del suministrante— se estará al valor corriente en la fecha y lugar de cada entrega.

La solución no es adecuada por las siguientes razones: si la cosa objeto de entrega no es propia del giro ordinario de los negocios o que hagan al modo de vida del suministrante, es probable que también por esa razón pueda no tener un *valor corriente en plaza*, por tratarse de elementos producidos específicamente a la necesidad del suministrado. En este caso no habría precio alguno determinable.

En tal sentido, era preferible la solución del Código Civil italiano que en este supuesto remitía a la solución dada para el contrato de compraventa y, en virtud de ello, el Código Civil y Comercial da mejor solución a través del artículo 1143, *in fine*, que considera "el precio generalmente cobrado en el momento de la *celebración* del contrato para tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate...".

b) Plazo para el pago

El artículo 1181, inciso c), dispone que el precio *debe ser pagado dentro de los diez días del mes calendario siguiente a aquel en que ocurrió la entrega.*

En concordancia con la crítica anterior, parecería que vuelve a limitarse al suministro periódico, no obstante no existe óbice para que la disposición sea interpretada —contextualmente— en igual forma para el caso del suministro continuo.

c) Excesiva onerosidad sobreviniente

Si bien hoy día se encuentran prohibidas las cláusulas de ajuste de precios (conf. art. 7º, [ley 23.928](#)), nada obsta a que ocurran hechos que afecten seriamente la relación o ecuación económica del contrato, alterando en forma extraordinaria las circunstancias existentes al momento de la contratación.

Cuanto esto ocurra y el acuerdo se vea afectado por un alea económica imprevisible y extraordinaria, entendemos que las cláusulas podrán modificarse si las circunstancias —por ser insuperables— han tornado excesivamente oneroso el acuerdo.

Las circunstancias *sobrevinientes*, cuando tienen una envergadura tal como para alterar o modificar de forma fundamental el equilibrio de las prestaciones, o la estructura económica del contrato, pueden englobarse en la fuerza mayor o caso fortuito, o

encuadrarse por vía de la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad sobreviniente.

Ahora bien, debe entenderse que las estipulaciones de un contrato han sido acordadas habida cuenta de las circunstancias *concurrentes al momento de su celebración*, de forma tal que cualquier *alteración sustancial* posterior puede dar lugar a la modificación o alteración del contrato, por lo que éste será ley para las partes siempre que las circunstancias de su celebración se conserven.

El Código Civil y Comercial recepta esta pauta, disponiendo: "si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una *alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido* por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la rescisión total o parcial del contrato, o su adecuación" (art. 1091).

III — CUESTIONES PARTICULARES

529. Plazo

Como contrato de duración que es, el Código Civil y Comercial ha fijado límites máximos a la duración del contrato y del suministro.

Así, el artículo 1177 dispone: *El contrato de suministro puede ser convenido por un plazo máximo de veinte años, si se trata de frutos o productos del suelo o del subsuelo, con proceso de elaboración o sin él, y de diez años en los demás casos. El plazo máximo se computa a partir de la primera entrega ordinaria.*

Si bien el Código Civil y Comercial deja a la libertad de las partes (art. 958) la determinación del plazo del contrato, pone un límite máximo de veinte años cuando se trate del suministro de frutos o productos del *suelo o subsuelo*, ya fuere que tales productos lo sean con elaboración o sin proceso alguno de manufacturado.

En cualquier otro supuesto —p. ej., productos de la pesca fluvial o marítima o componentes de equipos electrónicos— el plazo máximo es de diez años.

Como indica la norma, el plazo se computa a partir de la fecha de la primera entrega acordada y nada impide la renovación del contrato.

530. Pacto de preferencia

El pacto de preferencia hace referencia a la cláusula accesoria por la cual el suministrado concede al suministrante un derecho de preferencia en la estipulación de un contrato similar para el mismo o similar objeto.

El artículo 1182 dispone: *El pacto mediante el cual una de las partes se obliga a dar preferencia a la otra en la celebración de un contrato sucesivo relativo al mismo o similar objeto, es válido siempre que la duración de la obligación no exceda de tres años.*

La parte que desee contratar con terceros el reemplazo total o parcial del suministro cuyo plazo ha expirado o expirará en fecha próxima, debe dar aviso a la otra de las condiciones en que proyecta contratar con terceros, en la forma y condiciones pactadas en el contrato. La otra parte debe hacer uso de la preferencia, haciéndolo saber según lo acordado. A falta de estipulación en el contrato, se aplican la forma y condiciones de

uso. En su defecto, una parte debe notificar por medio fehaciente las condiciones del nuevo contrato con una antelación de treinta días a su terminación y la otra debe hacer saber por igual medio si utilizará el pacto de preferencia dentro de los quince días de recibida la notificación. En caso de silencio de ésta, expira su derecho de preferencia.

Si bien la norma permite la confusión respecto de si la obligación de preferencia no debe exceder de tres años o si la obligación del nuevo suministro no excederá de ese plazo, estimamos (con fundamento en el art. 1566 del Código Civil italiano) que se refiere al plazo del pacto de preferencia, el cual no podrá superar el máximo de tres años que indica el Código.

El segundo párrafo de esta norma —tampoco muy claro— hace necesaria otra distinción. En un primer caso, hace referencia al contrato que ha expirado o está por expirar y tiene pactado una preferencia con determinadas formas y condiciones para el nuevo suministro, y en un segundo caso, al contrato que ha expirado o está por expirar, pero no tiene pactada forma alguna o condiciones para el ejercicio de la preferencia pactada.

Para el *primer caso* se presupone que en el contrato de suministro expirado o a punto de expirar, el suministrado requiere nuevamente la provisión a que hacía referencia el contrato ya vencido (sea que debe renovarse el suministro en forma total o parcial, sea por el mismo producto o servicio o similar) y en este caso deberá actuar en el modo, forma y condiciones pactados en la cláusula de preferencia.

Es así que se impone como obligación que el suministrado que desee contratar con terceros, sea en forma total o parcial, un suministro como el que estuviera en curso o bien hubiere expirado, debe:

a) Dar aviso, informando al suministrante en curso o con contrato expirado, las condiciones en que se propone contratar con terceros; aviso que debe prestar en la forma pactada en el contrato en curso o ya vencido.

b) El suministrante en curso o con contrato expirado debe ejercer su derecho de prelación o preferencia haciéndolo saber en la forma pactada (por ejemplo, mediante notificación notarial en un lugar determinado) y si no la hubiera, en la forma de uso y costumbre (por ejemplo, notificación por telegrama o carta documentada).

Para el *segundo caso* no existe duda alguna. Cuando no hubiera una forma o condición pactada en el contrato como obligación del suministrado para dar pie al ejercicio del pacto de preferencia, el suministrado deberá:

i) Notificar por medio fehaciente las condiciones del nuevo contrato (total o parcial) con una antelación de treinta días a la terminación del contrato en curso. Si no hubiera contrato en curso, debe efectuar la notificación antes o sea en forma previa a contratar con cualquier tercero.

ii) El suministrante deberá contestar ejerciendo su prelación o preferencia dentro de los quince días de recibida la comunicación. En caso de no responder o no hacerlo en el plazo indicado, *caducará* el derecho de preferencia.

Como bien aclara la norma, el vencimiento del término para contestar, o del plazo pactado para el derecho de preferencia, o del plazo legal, hace caducar el derecho de preferencia.

531. Prueba

El Código Civil y Comercial ha fijado como principio (art. 1019) que los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una *razonable convicción* según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial. Dispone además que los *contratos que sea de uso instrumentar* no pueden ser probados exclusivamente por testigos, salvo que exista principio de prueba instrumental.

En tal sentido se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto que haga verosímil la existencia del contrato (art. 1020, párr. 2º).

La praxis judicial ha considerado que el solo hecho de verificarse un número de operaciones concertadas entre dos partes en un período de tiempo determinado, no acredita un contrato de suministro, pues se entendió necesario que concurra un elemento propio de esta modalidad consistente en que el suministrante asegure el aprovisionamiento de materias primas al suministrado.

532. Suministro y cláusula de exclusividad

El contrato de suministro es uno de los contratos en donde es común pactar cláusulas de exclusividad, sea a favor del suministrante, sea a favor del suministrado, sea en beneficio de ambos. Esta cláusula no deja de ser, a nuestro criterio, un elemento accidental del contrato, pues no hace a la naturaleza ni a la existencia del suministro. En otras palabras, la exclusividad hace a una modalidad operativa del suministro que puede o no darse en el pacto, pero no es definitorio del mismo, aun cuando una violación de esta cláusula haga al incumplidor responsable de los daños y perjuicios que correspondan.

En general, se entiende que es una modalidad operativa *usual* de todo sistema de aprovisionamiento, y a través de ella se busca la *protección o el mayor beneficio de la parte beneficiada por este tipo de cláusula, limitando la libertad operativa de la otra y tiende generalmente a la monopolización del mercado*, para soslayar la competencia del mercado. Si bien este tipo de cláusula limita la plena libertad contractual o económica de una de las partes, el establecer un acotamiento de la misma a determinada zona o región, a determinado producto o servicio y a un cierto tiempo o término, alejan a la misma de todo tipo de invalidez, por no afectar —sino a lo sumo, solo regular entre las partes— esa libertad de comercio. De allí que estas cláusulas serán válidas en la medida en que no estén prohibidas (conf. art. 19, CN) y no afecten el interés general (art. 1º, ley 22.262 de defensa de la competencia).

Se ha discutido si esta cláusula es un elemento natural o accidental del contrato, cualquiera que fuere éste. Por nuestra parte sostenemos que no es un pacto privativo de ningún contrato en particular, siendo simplemente un elemento *accidental* de los contratos. Ello es así, pues —salvo disposición legal en contrario— nunca se presume implícita en ningún contrato particular, por lo que su inclusión o no en el contrato dependerá de la voluntad de las partes.

El Código Civil y Comercial reguló —respecto de ciertos contratos— la cláusula de exclusividad como un elemento *natural* del contrato. Así ocurre en el contrato de concesión (art. 1503), lo cual se extiende también al contrato de distribución (art. 1511, inc. b)) y también para el contrato de franquicia (art. 1517). El contrato de suministro no tiene regulada cláusula de exclusividad, aunque sí —como vimos— el de preferencia (art. 1182).

El pacto de exclusividad puede darse como una cláusula unilateral o *relativa*, cuando el principal se obliga a no suministrar o colocar sus productos dentro de la zona determinada en el contrato y por el plazo de éste, a ningún otro interesado que no sea el suministrado; o bien que éste se obligue a no contratar con otro suministrante que no sea su cocontratante principal o fabricante. El pacto de exclusividad puede darse también como cláusula bilateral o *absoluta*, cuando ambas partes quedan ligadas por dicha exclusividad, situación que puede generar en ciertos aspectos el cierre de mercados a la competencia. En razón de esa posible afectación a la libertad de comerciar que comentamos y del principio de libre competencia, necesariamente esta cláusula debe ser de interpretación restrictiva y limitada.

Al igual que el contrato en general, esta cláusula se asienta sobre un principio o deber de *buena fe y de lealtad*, por lo que debe ser respetado por ambas partes (directa e

indirectamente), como también por los terceros, en tanto estos terceros se encuentren vinculados por similar contrato al mismo principal. Esta cláusula de exclusividad despliega su eficacia *solamente* en las relaciones entre las partes contratantes, no pudiendo ser opuesta a terceros no vinculados, por lo que no podrá impedir que cualquier *otro* tercero suministre *dentro de la zona pactada*.

La violación o el incumplimiento de esta cláusula por el principal suministrante genera su responsabilidad por la violación de ese acuerdo de exclusividad y puede considerarse válidamente como causal de rescisión o de resolución del contrato por parte del suministrado y de reparación de los daños causados por tal conducta.

533. Normas supletorias

El Código Civil y Comercial dispone: *En tanto no esté previsto en el contrato o en las normas precedentes, se aplican a las prestaciones singulares las reglas de los contratos a las que ellas correspondan, que sean compatibles* (art. 1186).

En tal sentido, como normas supletorias, podremos traer en aplicación al suministro pautas relacionadas con el contrato de compraventa mobiliario o con el contrato de obra o de servicios, sin olvidar que en el caso del contrato de compraventa, el Código Civil y Comercial ha previsto que sus normas sean aplicables por extensión a otros contratos (art. 1124).

Así se ha entendido aplicable al caso las normas de los artículos 1145 y 1146, pues dichas normas relativas a la emisión de facturas (y su eventual efecto de poder generar deudas justificadas o cuentas liquidadas) no solo comprenden cuentas derivadas del contrato de compraventa sino también otras hipótesis conceptualmente iguales por derivación analógica como el presente contrato de suministro (conf. CNCom. Sala E, 15/10/2012; ZAVALA RODRÍGUEZ, C. J., *Código de Comercio Comentado*, t. VI, p. 163, Ed. Depalma).

534. Responsabilidad laboral del suministrante y del principal

La normativa laboral reglamenta la responsabilidad de los empresarios en los casos de subcontratación y delegación frente a los dependientes de los contratistas, cuando se encomienda a un tercero la realización de aspectos o tareas de la misma actividad que desarrolla en su establecimiento, esto es la actividad verdaderamente realizada por el principal. En tal sentido la norma laboral (art. 30, Ley de Contrato de Trabajo 20.744) no se refiere al objeto, ni a la capacidad de la sociedad principal.

De allí que la circunstancia de que una empresa provea y suministre a otra determinada materia, no compromete por ello la responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales de la principal en los términos del referido artículo 30.

Así, nuestro Superior Tribunal Nacional (CS, 15/4/1993, JA 1993-II-717) sostuvo que para que nazca la responsabilidad solidaria de una empresa por las obligaciones laborales de otra en los términos del citado artículo 30, es menester que esta contrate o subcontrate servicios que completan su actividad normal conformando una unidad técnica de ejecución entre empresa y su contratista o proveedor, por lo que, en principio, en el contrato de suministro las obligaciones laborales del suministrante no comprometen la responsabilidad del principal o suministrado.

535. Conclusión del contrato. Plazo determinado e indeterminado

El contrato de suministro —como cualquier contrato de duración— concluirá naturalmente al expirar el plazo por el cual se lo pactara.

A su vez, puede no haberse pactado un plazo, pero que el contrato exhiba previsiones en cuanto a que el suministro se ajustará a las necesidades del suministrado o en cuanto a la capacidad productiva del suministrante.

En el primer supuesto de falta de plazo, es obvio que concluidas las necesidades del suministrado y con adecuada y razonable previa notificación, concluirá el contrato.

En el segundo supuesto, ante la ausencia de plazo, cuando en el desarrollo del contrato el suministrante ha agotado su capacidad productiva o de provisión para poder continuar con el suministro, éste concluirá.

Pero también, como clásico contrato de duración, el suministro puede llegar a ser pactado expresamente por tiempo indeterminado, o bien las partes haber omitido fijar un plazo, sin que exista referencia alguna a las necesidades del suministrado o la capacidad productiva del suministrante.

La indeterminación del plazo, la ausencia de un límite temporal en los contratos de duración, no significa que el acuerdo dure para siempre, ni que las partes deban encontrarse vinculadas *in eternum*, pues nadie puede permanecer atado a una relación jurídica de modo indefinido, salvo disposición expresa de la ley.

Si bien el principio general reside en la prohibición de romper intempestivamente el vínculo contractual, y la excepción es la facultad de rescindirlo unilateralmente, debe entenderse que si las partes no fijaron plazo, es porque entendieron que ellas podían dejarlo sin efecto en cualquier momento, y en tal sentido el contrato pervive hasta que una de las partes manifieste su voluntad separatista.

El contrato de duración —aun sin plazo determinado— pervive hasta que una de las partes manifieste aquella voluntad separatista (como solía suceder en algunos casos en el Código Civil de Vélez, art. 1638 para la locación de obra, art. 1767 para la sociedad civil de tiempo indeterminado, etc.).

Pero tal decisión separatista *no ha de ser abrupta, ni intempestiva, sino precedida de un preaviso*, so pena de tener que indemnizar los daños que tal actitud provoque.

Estos aspectos que desarrollara nuestra doctrina y jurisprudencia han sido tenidos en cuenta por el Código Civil y Comercial cuando dispone respecto del contrato por tiempo indeterminado que *Si la duración del suministro no ha sido establecida expresamente, cualquiera de las partes puede resolverlo, dando aviso previo en las condiciones pactadas. De no existir pacto se aplican los usos. En su defecto, el aviso debe cursarse en un término razonable según las circunstancias y la naturaleza del suministro, que en ningún caso puede ser inferior a sesenta días* (art. 1183).

Entendemos que más que *resolución* está hablándose de *rescisión* (y de una *rescisión incausada*) del acuerdo, y así correspondía haberlo tratado en razón de que no se necesita de causa alguna, pudiendo ejercerlo cualquiera de las dos partes del contrato.

El pacto en el contrato de suministro importa un acuerdo del posible *distracto*, lo que nos acerca al concepto de *rescisión*, *no de resolución*, y también se debe así entender, pues en defecto de pacto expreso la norma lo proyecta como si fuera una convención implícita de ambas partes.

Por otro lado, este modo de extinción produce *efectos hacia el futuro* y no en forma retroactiva, por lo cual de conformidad a lo expresamente indicado en el artículo 1079, inciso a), solo puede concebirse este supuesto como rescisión o revocación del suministro.

De cualquier modo, la ley va a exigir la prestación de un *preaviso razonable y adecuado* en el tiempo y que debe analizarse en razón de la extensión que haya tenido el suministro, pues entendemos que *a mayor plazo de duración, mayor será el requerimiento del plazo de preaviso*. A fin de evitar debates al respecto, el artículo 1183 fija *imperativamente*, que en ningún caso el preaviso puede ser inferior a sesenta días.

536. Resolución del contrato de suministro

Lo que hemos dicho respecto de la resolución del contrato en general (véanse nros. 239 y ss.) es aplicable al contrato de suministro. Sin perjuicio de ello, es necesario recalcar que la cláusula resolutoria (sea genérica o específica, pactada o implícita) no es viable cuando el incumplimiento es mínimo o el cumplimiento no es algo distinto a lo pactado, pues ello implicaría exceder los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

En esta línea, el artículo 1184 dispone: *En caso de incumplimiento de las obligaciones de una de las partes en cada prestación singular, la otra sólo puede resolver el contrato de suministro, en los términos de los artículos 1077 y siguientes si el incumplimiento es de notable importancia, de forma tal de poner razonablemente en duda la posibilidad del incumplidor de atender con exactitud los posteriores vencimientos*.

La norma se enrola en la línea de habilitar la resolución cuando el incumplimiento sea de real importancia. La propia naturaleza del contrato de suministro y el hecho de verse como una entidad diferenciada del contrato de compraventa, impiden que una simple demora, un retraso en una entrega o aun la falta de una entrega no sean necesariamente determinantes de la resolución del contrato si tal incumplimiento no tiene una entidad o gravedad importante, protegiéndose así la continuidad negocial en circunstancias en que el incumplimiento puede advertirse como accidental o que no afecta la esencialidad del acuerdo.

Pero no basta solo esta *notable* importancia en el incumplimiento; sino que además debe haber disminuido o cesado la confianza de la otra parte en la exactitud de los sucesivos futuros cumplimientos, y ello hace referencia tanto a las entregas por venir, como a los pagos periódicos futuros correspondientes a las mismas. Así, es ajustada a derecho la resolución del contrato de suministro por la sola declaración del suministrado, motivada en la reiterada falta de entrega del producto objeto del contrato, no siendo necesario demandar la resolución.

No es necesaria una *certeza* del eventual futuro incumplimiento, bastando para viabilizar la resolución, con que haya *elementos suficientes para poner en duda* ese cumplimiento futuro. Así se ha decidido que ante un grave incumplimiento del suministro, no sería viable la resolución y quedaría justificada la sola suspensión del mismo (art. 1185) si hubiere a la vez obligaciones pendientes del suministrado, lo que justificaría el supuesto incumplimiento de la suministrante.

Obvio es decir que en este supuesto, resuelto el contrato cesa toda obligación emergente del pacto de preferencia, que hemos analizado antes.

La resolución del contrato puede además habilitar la indemnización por los daños que el incumplimiento haya generado, ya al suministrado, ya al suministrante.

537. Suspensión del suministro

Para que sea operativa la suspensión del contrato de suministro, el incumplimiento debe ser de escasa o relativa importancia, y que no afecte la integridad o la naturaleza del acuerdo.

Es así que el Código Civil y Comercial dispone: *Si los incumplimientos de una parte no tienen las características del artículo 1184, la otra parte sólo puede suspender sus prestaciones hasta tanto se subsane el incumplimiento, si ha advertido al incumplidor*

mediante un preaviso otorgado en los términos pactados o, en su defecto, con una anticipación razonable atendiendo a las circunstancias (art. 1185).

Tal como indica la norma, en caso de este tipo de *incumplimiento menor*, corresponderá una intimación previa a subsanar el incumplimiento. Esta intimación debe fijar un plazo razonable para la subsanación del inconveniente.

En caso de que vencido el plazo no haya habido subsanación del incumplimiento, entendemos que podría ser viable la resolución del contrato de conformidad con lo determinado por el artículo 1088, pues la continuidad del inconveniente transforma al incumplimiento en una privación de lo que razonablemente correspondía esperar en función del contrato y claramente se advierte la existencia de una situación de mora inexcusable en la parte requerida, sin que entonces —para la resolución— sea necesario un nuevo apercibimiento o intimación.

538. Prescripción de las acciones emergentes del suministro

La prescripción es un instituto jurídico que tiene fundamento en la necesidad de lograr seguridad jurídica, dar estabilidad y firmeza a los negocios, disipando las incertidumbres que rodean su ejecución y pone fin a la indecisión de los derechos. Como tal, es un instituto de orden público que busca que los conflictos negociales no se mantengan indefinidos en el tiempo, buscando la seguridad de los negocios.

El Código Civil y Comercial ha establecido que la prescripción liberatoria opera a partir de que la prestación debe ser exigible, pues es a partir de ese momento que el acreedor está habilitado para demandar su cumplimiento y por ello empezará a correr el plazo de prescripción, conforme lo dispone el artículo 2554.

Las acciones emergentes del contrato de suministro tienen un plazo especial en el régimen de la prescripción liberatoria de conformidad con lo determinado por el artículo 2562, inciso c), que lo fija en dos años para *el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas*. Asimismo, ha dispuesto que, respecto de las prestaciones periódicas... *El transcurso del plazo de prescripción para reclamar la contraprestación por servicios o suministros periódicos comienza a partir de que cada retribución se torna exigible* (art. 2556).

Caben, en relación con el término de prescripción, dos cuestiones: i) respecto de la oportunidad de oponerla, dispone el artículo 2553: *La prescripción debe oponerse dentro del plazo para contestar la demanda en los procesos de conocimiento, y para oponer excepciones en los procesos de ejecución*, y ii) respecto de los eventuales vicios (redhibitorios) que pudiera haber en la cosa suministrada, la acción derivada del reclamo por vicios redhibitorios prescribirá —de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2564— al año.

§ 1.— Conceptos generales

539. Definición

Hay locación cuando una persona (locador) se obliga a entregar el uso y goce de una cosa durante un cierto tiempo a otra (locatario) que a su vez se obliga a pagar un precio en dinero.

Cabe notar que el Código Civil de Vélez definía a la locación en un precepto general, el artículo 1493, que comprendía la locación de cosas, de servicios y de obra. Se trataba de un método a todas luces inconveniente, pues se refiere a contratos sustancialmente diferentes.

El Código Civil y Comercial, con buen criterio, ha diferenciado estos contratos. El artículo 1187 se limita a definir el contrato de locación de cosas (ahora llamado simplemente locación), y por separado, regula los contratos de obra y de servicios (antes llamados de "locación de obra" y de "locación de servicios"). Asimismo, cabe destacar que el artículo 1187 incluyó la aclaración de que el uso y goce de la cosa locada es "temporario", dejando en claro que el Código mantiene el rechazo a la locación indefinida.

540. Importancia social

La locación es uno de los temas más vivos del derecho civil contemporáneo. Las sociedades modernas tienen una sensibilidad muy aguda en todo cuanto se refiere a la vivienda y el trabajo. La locación urbana se vincula con el primer problema, los arrendamientos rurales con el segundo. La "rebelión de las masas" ha puesto en un primer plano estos problemas esenciales, ligados a las necesidades más inmediatas y vitales del hombre.

Las personas, cuyos bienes de fortuna no les han permitido el acceso a la propiedad de su vivienda, forman la parte más numerosa y necesitada de la población urbana; no es de extrañar, por tanto, la notoria tendencia legislativa a proteger al locatario en desmedro del dueño, tendencia que se acentuó vigorosamente con motivo de la escasez de viviendas originada en procesos económicos complejos, principalmente el encarecimiento de la construcción y el éxodo de la población campesina a las ciudades. En los arrendamientos rurales, el intervencionismo estatal ha tenido su origen en otros motivos, no por ello menos poderosos: los arrendatarios forman la clase productora frente al dueño que posee la tierra como un mero instrumento de renta; uno de los ideales democráticos contemporáneos es el de que la tierra pertenezca a quien la trabaja; parece justa, por tanto, una legislación protectora de los arrendatarios.

Los nuevos tiempos están golpeando sobre este contrato más vigorosamente que sobre ningún otro, exceptuando quizás el de trabajo; lo "social" ha hecho irrupción en los rígidos moldes individualistas de la locación romana.

541. Caracteres

El contrato de locación tiene los siguientes caracteres:

- a) Es *bilateral*, desde que origina obligaciones recíprocas para el locador y locatario.
- b) Es *oneroso y conmutativo*, se supone que las contraprestaciones guardan equivalencia, es decir, que el alquiler pactado es el justo precio del uso y goce.
- c) Es un contrato de *tracto sucesivo*, es decir, que su cumplimiento se prolonga necesariamente a través de un tiempo más o menos dilatado.

542. Comparación con otros contratos

Para configurar mejor el contrato de locación, conviene compararlo con otros con los cuales tiene puntos de contacto.

a) Con la compraventa

Aunque ambos contratos son de tan diversa naturaleza que toda comparación parece innecesaria, tienen sin embargo una zona de contacto en la que la distinción se hace sutil. Hemos tratado el tema en el número 374, al que remitimos. Con todo, debe destacarse que el artículo 1187, párrafo 2º, establece que *al contrato de locación se aplica en subsidio lo dispuesto con respecto al consentimiento, precio y objeto del contrato de compraventa*.

b) Con el depósito

En el caso de depósito, la distinción se hace en algunos casos difícil, aunque teóricamente la confusión parece imposible: 1) la locación confiere al locatario el uso y goce de la cosa, en tanto que el depositario es un guardián de ella, que no puede usarla ni percibir sus frutos (art. 1358), a menos que tal derecho le fuera otorgado expresamente; aun en este último caso, el depósito se hace siempre teniendo en mira fundamentalmente el interés del depositante, en tanto que en la locación se tiene en mira el interés de ambos contratantes; 2) las obligaciones y responsabilidades del locatario son más rigurosas que las del depositario: el depositario solo responde por no haber puesto en la guarda de la cosa la misma diligencia que en las suyas propias o en las exigibles acorde con su profesión (art. 1358), en tanto que el locatario responde ampliamente por toda falta de conservación o cuidado, debiendo mantenerla en el estado en que la recibió (art. 1206).

c) Con el comodato

Tanto el locatario como el comodatario tienen el uso de la cosa ajena, pero las diferencias son sustanciales: 1) la locación es onerosa, en tanto que el comodato es esencialmente gratuito (art. 1533); 2) el locatario tiene no solo el derecho al uso, sino también a los frutos que la cosa produce; el comodatario solo tiene derecho al uso, y debe restituir la cosa con sus frutos en el tiempo y lugar convenidos (art. 1536, inc. d)], a menos que por cláusula expresa se lo autorizara también a aprovechar para sí los frutos.

d) Con el contrato de obra y de servicios

La diferencia es tan notoria y esencial, que parece inútil destacarla; en un caso se entrega el uso y goce de una cosa; en los otros, se paga un trabajo. Y aunque toda conexión parece imposible, hay sin embargo casos que han suscitado dudas, ya sea porque ambos contratos se superponen (como ocurre en la locación de departamentos en los que el propietario está obligado además a suministrar calefacción, agua caliente, servicio de ascensor, portería, limpieza, etc.) o porque se trata de situaciones marginales que ofrecen duda sobre su verdadera naturaleza. Así, por ejemplo, se ha discutido la naturaleza del contrato sobre servicio telefónico, al que algunos autores atribuyen el carácter de locación de cosas, teniendo en cuenta que el abonado usa el material de la empresa. Tal opinión parece, sin embargo, insostenible, pues resulta

obvio que el contrato tiene por objeto la prestación de un servicio, y como tal, no puede ser objeto de una locación. Por iguales razones, debe rechazarse la opinión de que el suministro de energía eléctrica o gas sea también locación. Es asimismo dudosa la configuración de los contratos de hospedaje, de abono a espectáculos teatrales, de exposición en locales o vidrieras. Nos parece que se trata de contratos innominados, y que no hay ninguna ventaja en forzar su carácter para hacerlos entrar en categorías legales rígidas. Con razón se ha señalado la inútil tendencia de los juristas a incurrir en generalizaciones desprovistas de interés jurídico.

Ha dado lugar a dificultades el carácter de la vinculación que une con su empleador al portero, empleado doméstico, peón de campo, sereno, etc., que como accesorio de su remuneración recibe el uso de una habitación. Está fuera de toda duda de que se trata de un contrato de trabajo y que la habitación es un simple accesorio, que no le confiere al trabajador el carácter de inquilino.

e) Con el préstamo de consumo o mutuo

La analogía resulta evidente cuando en el mutuo se han estipulado intereses: tanto el locador como el prestamista entregan una cosa a la otra parte para que esta la goce a cambio de un precio en dinero (alquiler en un caso, intereses en el otro) que habitualmente se paga en forma periódica. Pero la diferencia es notoria, porque en la locación no se transfiere la propiedad de la cosa y, al término del contrato, el locatario debe devolver la misma que se le ha entregado; en tanto que si lo dado es una cosa fungible (como el dinero), el prestatario solo está obligado a devolver otra cosa de igual calidad y cantidad, es decir, el contrato ha significado la transmisión del dominio de la cosa fungible al prestatario, que puede disponer libremente de él (art. 1525).

Como diferencias accesorias, pueden señalarse las siguientes: 1) la locación puede recaer sobre muebles o inmuebles, el mutuo solo sobre cosas fungibles (art. 1525); 2) las obligaciones del locador de mantener al locatario en el uso y goce de la cosa haciendo, si es necesario, las reparaciones consiguientes, se mantienen durante toda la duración del contrato, en tanto que las obligaciones del prestamista se agotan con la entrega del capital, a menos que lo entregado no sea dinero, en cuyo caso responde por la mala calidad de la cosa entregada si es un mutuo oneroso, o en el caso de un mutuo gratuito, si conocía el vicio y no advirtió al mutuuario (art. 1530).

f) Con el contrato de depósito en caja de seguridad bancaria

Siendo el contrato de caja de seguridad bancaria objeto de regulación expresa en el Código Civil y Comercial en los artículos 1413 a 1417, dentro de los contratos bancarios, nos avocaremos a su análisis al estudiar tales contratos.

Sin embargo, en relación a la influencia que el contrato de locación tiene sobre este contrato, podemos decir que predomina el criterio de que se trata de un contrato de locación con prestaciones subordinadas de servicios y guarda.

En efecto, el cliente tiene el uso y goce de la cosa y paga por él un precio en dinero; el banco no recibe el contenido de la caja ni asume el compromiso de guardar ni devolver ese contenido y ni siquiera sabe cuáles son las cosas guardadas, todo lo cual es incompatible con la idea del depósito.

La sustracción de bienes de una caja de seguridad, sean propiedad del titular de la caja, sean propiedad de un tercero, provoca la responsabilidad del banco por haber incumplido con los deberes a su cargo de guarda, seguridad, custodia, conservación y vigilancia permanente. El banco asume una obligación de resultado, que consiste en el deber de custodiar de manera verdaderamente efectiva y no solo disuasiva los objetos guardados en la caja de seguridad.

Cualquier cláusula exonerativa de la responsabilidad del banco resulta nula, pues constituye una irresponsabilidad general del deber de custodia que priva de validez a esa cláusula.

Cabe señalar que la jurisprudencia viene admitiendo que el depositante pueda reclamar no solo el daño material sino también el daño moral padecido.

g) Con el contrato de garaje

Si el cliente tiene asignada una cochera fija, se trata de un contrato de locación, con un accesorio de contrato de servicios (cuidado, lavado, etc.). Pero, ordinariamente, los automóviles no tienen cochera fija: ¿hay en este caso locación? La jurisprudencia es vacilante; por nuestra parte adherimos a la predominante en los tribunales de la Capital Federal, según la cual se trata de una figura jurídica compleja, un contrato innominado que participa de los caracteres de la locación, del depósito y del contrato de servicios (para un mayor desarrollo, véanse nros. 1025 y ss.).

Sin embargo, el Código Civil y Comercial lo ha regulado dentro de las disposiciones del "depósito necesario" (arts. 1370, inc. b], y 1375).

h) Con el contrato de locación en los centros comerciales

Se trata de establecer si el contrato que une al centro comercial con cada uno de los locales instalados es o no un contrato de locación. La respuesta debe ser negativa, pues se pactan una serie de obligaciones que no encajan en la naturaleza jurídica del contrato de locación.

ÁLVAREZ LARRONDO menciona, entre otras obligaciones, a las siguientes: i) el comerciante —titular del local comercial— debe mantener abierto el local en los horarios dispuestos por el administrador del centro comercial; ii) el comerciante debe contribuir a solventar las campañas de publicidad institucional; iii) el comerciante debe permitir la intervención del administrador en la presentación y decoración del local, y iv) el precio locativo es impreciso pues suele pactarse una suma fija más un porcentaje de las ganancias del local, para lo cual el centro comercial se reserva el derecho de fiscalizar libros y facturación del comerciante.

Estas notas se ven reflejadas en el texto del artículo 1375, en tanto asimila los supuestos de guarda del vehículo en centros comerciales, hospitales, etc., con los del depósito necesario, estableciéndose que se le apliquen las mismas normas respecto de la responsabilidad y sus alcances.

543. Comparación con el usufructo

Cuando el usufructo es oneroso, la distinción con la locación es extremadamente sutil. Tanto el arrendatario como el usufructuario tienen el uso y goce de la cosa, tanto uno como otro deben pagar un precio en dinero. Según la teoría clásica, la diferencia esencial residiría en que el usufructo es un derecho real, en tanto que la locación tiene carácter personal. Pero como hemos de verlo en seguida, la exactitud de este criterio distintivo está hoy en tela de juicio. Muchos de los más firmes defensores del criterio tradicional, admiten que la distinción entre ambas instituciones se inspira sobre todo en razones de tradición histórica, pues no hay nada esencial que las distinga. Participamos de este criterio, lo que no impide desde luego puntualizar algunas diferencias que surgen de la reglamentación legal, pero que no influyen en la esencia de la institución: a) la locación es esencialmente onerosa, el usufructo puede ser gratuito u oneroso; b) la locación no puede exceder de veinte años si es con fines habitacionales o cincuenta años si tiene otro destino (art. 1197), mientras que el usufructo puede ser instituido sin término y en tal caso se extingue con la muerte del usufructuario (art. 2152, inc. a)]; o bien, tratándose de una persona jurídica, puede extenderse el término hasta cincuenta años (art. 2152, inc. b)]; c) la locación solo puede nacer por contrato, mientras que el usufructo puede surgir de un contrato o de una disposición de última voluntad (art. 2136) desapareciendo las previsiones del artículo 2818 del Código Civil de Vélez, de la constitución legal o por usucapión del usufructo; d) el usufructo no se transmite por causa de muerte (art. 2140), la locación sí (art. 1189); e) la locación es un contrato

puramente consensual, cuya validez no está supeditada a forma alguna salvo que tenga por objeto un bien inmueble o mueble registrable, que exige la forma escrita (art. 1188); el usufructo, en cambio, debe constituirse por escritura pública (art. 1017, inc. a)).

544. Naturaleza jurídica del derecho del locatario: ¿es personal o real?

La evolución del contenido jurídico del contrato de locación que destacáramos en un pasaje anterior (nro. 540) ha puesto nuevamente sobre el tapete una vieja cuestión: el derecho que tiene el locatario sobre la cosa arrendada, ¿es de carácter personal o real?

a) La teoría clásica, basada en la tradición romanista, sostiene que se trata de un derecho personal; lo demostraría el artículo 1201, que impone al locador la obligación de mantener al locatario en el goce pacífico de la cosa, obligación que no tiene el titular de la nuda propiedad, pues el usufructuario puede defenderse directamente por medio de las acciones que la ley pone a su disposición; esto significa que el locatario no goza de la cosa directamente sino que es el locador quien le hace gozar de ella. Por lo demás, si el derecho del locatario fuera real, habría que admitir las siguientes consecuencias: 1) Las acciones existentes a su favor tendrían esa naturaleza y deberían deducirse ante el juez donde está situado el inmueble o, si fuera un mueble, ante el juez del lugar en que se encuentre la cosa o del domicilio del demandado (art. 5º, Cód. Proc. Civ. y Com.); en tanto que siendo personales, las acciones deben ser deducidas en el lugar del cumplimiento de la obligación, o en el lugar del domicilio del demandado, o en el lugar del contrato (art. 5º, Cód. Proc. Civ. y Com.). 2) Si el derecho del arrendatario es real, la cosa juzgada entre el arrendador y un tercero no le perjudica; en tanto que producirá efectos respecto de él si se trata de un derecho personal, ya que es un causahabiente del arrendador.

b) Frente a esta concepción tradicional, TROPLONG sostuvo la idea de que el derecho del arrendatario es de carácter real. TROPLONG se fundó sobre todo en el texto del artículo 1743, Código Napoleón, según el cual el contrato de locación subsiste en caso de venta de la propiedad. La circunstancia de que dicho contrato cree una situación que debe ser respetada por el adquirente, ajeno al contrato de locación, probaría que no se trata de un derecho personal que solo puede hacerse valer ante el locador. Todavía puede agregarse otro argumento poderoso: el locatario tiene a su disposición las acciones posesorias contra cualquier tercero que perturbe su posesión (arts. 2238 y ss.). Si su derecho fuera solamente personal, si el goce de la cosa solo la tuviera él por acción del locador, es evidente que en caso de perturbación por un tercero, él debería dirigirse al dueño para exigirle que éste lo defienda, pero la ley le concede una acción directa fundada en su posesión.

c) Para PLANIOL y RIPERT, el derecho del arrendatario es uno de esos derechos cuyo actual contenido ha dislocado los perfiles clásicos de la división entre derechos reales y personales. Estas categorías se distinguen sobre todo por su grado de oponibilidad. Entre los derechos reales, oponibles a todos, y los personales, solo oponibles al deudor, hay otros que son oponibles no solo al deudor sino también a un grupo determinado de personas: tal es el derecho del arrendatario.

Parece indudable que les asiste razón a estos autores cuando sostienen que estamos en presencia de una categoría jurídica intermedia. La teoría que sigue viendo en él un derecho personal, se sustenta sobre todo en la tradición histórica. Pero es preciso admitir que los presupuestos económicos y jurídicos de aquella han cambiado totalmente. En Roma el derecho del arrendatario era rigurosamente personal, porque se atendía sobre todo a la protección de los derechos del dueño; de ahí surgían estas consecuencias que hoy nos parecen asombrosas: el propietario podía en cualquier momento demandar el desalojo del inquilino, aunque no hubiera vencido todavía el término del contrato, conservando aquél solo un derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos; si la propiedad se vendía, el nuevo dueño no estaba ligado por el contrato de arrendamiento, y podía desalojar al inquilino sin resarcimiento alguno,

que solo podía demandar al locador; frente a los terceros que perturbaban el goce de la cosa, el arrendatario no tenía medios autónomos de defensa y debía recurrir al arrendador para que éste saliera en su defensa. Poco queda de esto en el derecho moderno, que acentúa paulatinamente su tendencia a proteger directamente al inquilino como usuario de la cosa, lo que denota un carácter real. Hoy en día, parece claro que los derechos del locatario no son ya protegidos por la ley solo como derecho creditorio respecto de un deudor, sino que se tiende a proteger la vivienda; se tiene en cuenta no solo la relación contractual, sino también la relación directa del locatario con la cosa. Esto debe considerarse ya como un concepto definitivo. Insistir en que el inquilino no goza por sí de la cosa, sino que lo hace solo por intermedio del dueño, es hacer una afirmación que nada tiene que ver con la actual realidad económica y jurídica.

§ 2.— Elementos del contrato

A.— *CONSENTIMIENTO*

545. Sobre qué debe recaer

Un contrato de locación regularmente concluido supone el consentimiento de las partes sobre los siguientes puntos: a) la naturaleza del contrato; b) la cosa que se alquila; c) el precio; d) el tiempo de duración del contrato; e) finalmente, el uso para el cual se destina la cosa. Pero en verdad, lo único absolutamente esencial a la existencia y validez del contrato es que haya mediado consentimiento sobre la naturaleza y sobre la cosa. Incluso, hay que admitir en algunos casos la validez del contrato cuando no se ha determinado el precio; tampoco es esencial la determinación del tiempo de duración, ni el uso para el cual se destina la cosa. Sobre este último punto, agregaremos que si el contrato nada menciona acerca del uso que debe darse a la cosa, habrá que darle aquel que sea conforme con su naturaleza, entendiendo las atribuciones del locatario en la forma más amplia, salvo que haya peligro de que la cosa se destruya o degrade o que se pretenda hacer un uso deshonesto. Pero el contrato que no exprese la cosa que se alquila es nulo por falta de objeto; igualmente es nulo si no existe inteligencia entre las partes respecto de la naturaleza del contrato, pues evidentemente no habría consentimiento sino disenso, si una de ellas ha entendido darla en locación y la otra recibirla, por ejemplo, en depósito.

546. Modalidades del consentimiento

La locación puede estar sujeta a plazo, condición o cargo. El plazo extintivo no solo es posible sino también necesario, puesto que no hay locación perpetua. Ese término extintivo puede ser cierto o incierto; ejemplo de este último es el arrendamiento pactado hasta el momento del levantamiento de una cosecha. También es perfectamente posible y usual convenir que el contrato de locación solo empezará a correr a partir de cierta fecha, lo que importa un plazo suspensivo.

Pueden acordarse condiciones, sean suspensivas o resolutorias como si se alquila una casa para el caso de que se desaloje al actual inquilino, con la condición de que sea devuelta al propietario si éste contrae matrimonio.

547. Promesas de locación

Cuando se trata de un acto bilateral en el que una de las partes promete arrendar y la otra promete tomar en arrendamiento, en verdad no hay promesa de contrato, sino un contrato de locación definitivo. Tal sería el supuesto de que se prometa la locación de un departamento para cuando se termine de construir el edificio.

En cuanto a la promesa unilateral, si ha sido aceptada oportunamente, obliga como contrato perfecto; si no lo ha sido, el promitente puede retractarla libremente y sin responsabilidad alguna. Deberá recordarse que la aceptación será inoportuna si ella hubiera sido dada luego de vencido el plazo durante el cual el oferente se hubiera comprometido a mantener firme la propuesta, o bien transcurrido el plazo en que pudo razonablemente esperarse la recepción de la respuesta (art. 974). Si la respuesta, en cambio, hubiera sido dada dentro de los referidos plazos, la persona a quien la promesa estaba dirigida podrá exigirle indemnización de daños fundada en su culpa precontractual.

1.— Forma y prueba

548. Forma

En el Código Civil de Vélez la locación era un contrato puramente consensual; quedaba concluido por el simple consentimiento de las partes, sin necesidad del cumplimiento de formalidad alguna. En otras palabras, podía ser acordado por instrumento público o privado y aun verbalmente.

El Código Civil y Comercial, mediante el artículo 1188, ha establecido la formalidad de que sea formulado por escrito cuando el objeto de la locación sean inmuebles o bienes muebles registrables, ya sea en forma particular o de universalidades que incluyen en todo o parte de dichos bienes. Las prórrogas y modificaciones de estos contratos también tienen que ser hechos por escrito.

En cuanto a los arrendamientos rurales, cabe señalar que la ley que los regula dispone que el contrato debe celebrarse por escrito (art. 40, [ley 13.246](#)). Incluso, el contrato de arrendamiento rural podrá ser inscripto en los registros inmobiliarios siempre que las firmas de los contratantes estén certificadas por un escribano, el juez de paz u otro oficial público competente (art. 40, [ley 13.246](#)). Ahora bien, en el primer caso, si se hubiese omitido tal formalidad, el contrato valdrá si se demuestra la imposibilidad de obtener la formalidad, si existe prueba instrumental o si ha tenido principio de ejecución (art. 1020); en el segundo, el contrato será válido si se pudiere probar su existencia de acuerdo con las disposiciones generales (art. 40, [ley 13.246](#)). De todo lo cual resulta que la forma escrita impuesta en estos casos solo hace a la prueba del contrato y no a su existencia.

549. Prueba

Puesto que la locación es un contrato consensual, puede probarse por cualquier medio, siguiendo las pautas de los artículos 1019 y 1020.

2.— Capacidad

550. Capacidad de hecho

Estudiaremos ahora los casos concretos de capacidad, establecidos en nuestra ley:

a) *Menores emancipados*. Tal como lo establece el artículo 27, los emancipados pueden administrar sus bienes, hayan sido incorporados a su patrimonio a título gratuito u oneroso. Por lo tanto, tienen plena capacidad para dar y recibir cosas en locación.

b) *Inhabilitados*. Puesto que los inhabilitados pueden administrar sus bienes, pueden dar o tomar en locación una cosa mueble o inmueble, salvo que la sentencia que lo inhabilitó se lo impida expresamente (art. 49).

c) *Administradores de bienes ajenos*. Según el artículo 1191, los administradores de bienes ajenos pueden arrendar, pero para celebrar un contrato por un plazo mayor de tres años, se requerirá facultad expresa.

1) Los *padres* están autorizados a hacer arrendamientos por sus hijos menores, pero el contrato lleva implícita la condición de que acabará cuando concluya la patria potestad (art. 691).

2) Los *tutores y curadores* no pueden, sin autorización judicial, arrendar bienes del menor por un plazo mayor de tres años y aun los contratos que se hicieren autorizados por el juez llevan implícita la condición de terminar con la mayor edad o la emancipación del menor (art. 121, inc. c)]; ni pueden tampoco, sin autorización judicial, tomar en arrendamiento, en representación del menor, bienes raíces que no fuesen para la casa habitación (art. 121, inc. d]). Como puede apreciarse, la prohibición es más rigurosa cuando se trata de tomar en arrendamiento bienes raíces o inmuebles, que cuando se trata de darlos en ese mismo carácter.

d) Los *administradores y mandatarios* necesitan poder especial para celebrar contratos de locación por más de tres años sobre los inmuebles que estén a su cargo (art. 1191). Es necesario señalar en este momento una contradicción en la que incurre el Código Civil y Comercial. Mientras el artículo 1191 establece que se requieren facultades especiales para el representante que pretenda cobrar alquileres anticipados por un período mayor a tres años, el artículo 375, inciso k), impone tales facultades especiales cuando se pretenda cobrar alquileres anticipados por más de un año.

e) Los *administradores de una herencia* pueden hacer arrendamientos de bienes inmuebles como arrendadores o arrendatarios, con la conformidad de todos los herederos (art. 2325). Dicha conformidad es requerida además para la renovación y prórroga de las locaciones vigentes sobre los bienes que componen el acervo hereditario.

551. Incapacidades de derecho. Remisión

Nos hemos referido a esta cuestión cuando hemos tratado el tema de la capacidad en los contratos en general y allí nos remitimos (cap. V, en especial, nro. 94).

552. Condóminos

El copropietario de una cosa indivisa no puede arrendarla ni aun en la parte que le pertenece; para hacerlo, deberá convocar a una asamblea de condóminos en los términos del artículo 1993 y determinarse en ella, por mayoría, la posibilidad de dar el

bien en locación; si hubiera empate en la decisión, deberá determinarse por la suerte (art. 1994).

B.— LA COSA LOCADA

553. Cosas que pueden arrendarse: principio general

Todos los inmuebles, así como las cosas muebles no fungibles, pueden alquilarse (art. 1192). Las cosas fungibles no pueden arrendarse porque, como se trata de cosas en las cuales un individuo de la especie equivale exactamente a otro individuo de la misma especie, el locatario cumpliría restituyendo otra cosa igual, lo que significa que no se estaría en presencia de una locación sino de un préstamo de consumo.

El contrato de locación comprende, además de la cosa, los productos y los frutos ordinarios de ella, a menos que las partes hayan convenido lo contrario (art. 1192, *in fine*).

554. Cosas indeterminadas

Dentro de la noción dada por el artículo 1192, cabe admitir que pueden ser objeto del contrato de locación las cosas *indeterminadas*. Claro está que se trata solo de una indeterminación relativa: se puede alquilar un caballo de paseo, un automóvil, sin especificar la individualidad de la cosa; pero no se puede alquilar *un animal* genérico, pues se trataría de un contrato absurdo, carente de interés económico y jurídico; es necesario, por tanto, que la cosa sea determinada al menos en especie (art. citado).

555. Existencia de la cosa al tiempo de contratar

Para que el contrato sea válido, es menester que la cosa exista al tiempo de celebrarse el acto. Si la cosa hubiere perecido totalmente en ese momento, el contrato es nulo, pues carece de objeto. Si ha perecido solo parcialmente, es aplicable la solución del artículo 1203 y, por tanto, debe reconocerse al locatario el derecho de pedir la reducción del alquiler o la resolución del contrato.

556. Cosas futuras

Pero si las cosas inexistentes o percidas no pueden ser objeto de un contrato de locación válido, en cambio no hay inconveniente legal en alquilar una cosa futura (art. 1192), en cuyo caso el acto está supeditado a la condición de que la cosa llegue a existir; así ocurre cuando se alquila un local o un departamento que está en construcción o que va a construirse. Hemos dicho que el contrato queda supeditado a la condición de que la cosa llegue a existir; en el ejemplo citado, si el edificio no llega a construirse, el contrato de locación será nulo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del locador si él tuviere culpa de que la construcción no se llevare a cabo.

557. Cosas fuera del comercio

Los motivos por los cuales la ley veda la enajenación de ciertas cosas, no juegan con igual intensidad en el caso de la locación. Se explica así que puedan alquilarse cosas, cuya venta está prohibida. Es lo que establece nuestro Código, en el artículo 1192, al señalar que la tenencia de la cosa locada (no la cosa misma o el dominio sobre ella) debe estar en el comercio. Se comprenden en este precepto tanto las cosas sujetas a

una inenajenabilidad absoluta como a una inenajenabilidad relativa por depender de una licencia o autorización previa.

Un ejemplo puede aclarar la idea expuesta. Una plaza pública no podría arrendarse para instalar en ella un mercado particular o para cualquier otro fin que fuere contrario a su destino para lo cual sería indispensable su previa desafectación; lo que sí puede darse en alquiler son espacios reducidos destinados a quioscos o pequeños locales de venta de mercaderías; y en verdad no se trata propiamente de un contrato de locación sino de permisos de ocupación, que aunque no tengan carácter eminentemente precario (como ocurre, en verdad, en la mayor parte de los casos) implican siempre la potestad del Estado de ponerles término cuando así lo juzgue conveniente a los intereses públicos; por lo demás, todos los contratos relativos al dominio público o privado del Estado, sean de locación, ocupación temporaria o permiso precario, se rigen por las normas del derecho administrativo, aplicándoseles el Código Civil y Comercial solo en subsidio (art. 1193).

Finalmente, debe destacarse que no se podrán alquilar las cosas que hayan sido puestas fuera del comercio por ser nocivas al bien público u ofensivas a la moral y a las buenas costumbres, conforme a la disposición del artículo 1004. Un interesante ejemplo de aplicación de esta norma son las disposiciones que prohibían el arrendamiento de sepulcros y sepulturas para evitar el feo negocio de quienes obtienen una concesión municipal de sepulcros para luego alquilar catres obteniendo pingües ganancias. El respeto por los muertos y las preocupaciones morales, y aun religiosas, que rodean su memoria, se ven lesionados con este tipo de especulaciones.

558. ¿Pueden arrendarse los derechos?

Es éste un viejo problema jurídico. La doctrina europea se inclina por lo general a admitirlo, siempre, claro está, que pueda cederse su uso o goce. Nos parece que esta concepción deforma la figura jurídica de la locación, contrato que supone la entrega material de una cosa para que el locatario la disfrute, pero conservando el dueño su dominio. Esta es la idea que presidió el alumbramiento del contrato en el derecho romano y es la que aún hoy el profano y el jurista se forman cuando se habla de locación. Cuando se trata de cosas, es perfectamente separable el dominio del uso y goce, pero tratándose de derechos, casi siempre será imposible distinguir al titular de la persona que lo goza, pues la titularidad no significa nada si no está unida al disfrute. Si por arrendamiento de un derecho se quiere aludir a su traspaso temporario, ¿por qué no hablar de cesión de derecho bajo término resolutorio?

Nuestro Código al legislar sobre locación solo se refiere a las cosas materiales.

559. ¿Puede arrendarse un fondo de comercio?

El fondo de comercio no está solamente constituido por el inmueble y sus instalaciones, sino también por el nombre comercial, la marca, la llave, o clientela, las mercaderías. Todo este conjunto que forma una universalidad de hecho, ¿puede ser objeto de un contrato de arrendamiento? En la doctrina extranjera predomina la opinión afirmativa, congruente con la tesis de que los bienes incorpóreos son susceptibles de ser locados. Nos parece que ese punto de vista responde a la tendencia a las generalizaciones, tan común en los juristas. El llamado arrendamiento de un fondo de comercio es en verdad un contrato complejo que rompe los límites demasiado estrechos de la mera locación. Importa el alquiler del local e instalaciones, la venta o el préstamo de consumo de las mercaderías, la cesión temporaria del derecho al nombre y de la clientela. Las disposiciones del Código Civil y Comercial relativas a la locación se aplicarán a aquellos aspectos que configuren ese contrato, pero no a la devolución de las mercaderías que, según los casos, será regida por las reglas de la compraventa o del préstamo de consumo. A nada conduce, por tanto, la pretensión de abarcar todo este contrato complejo bajo el nombre unitario de locación.

1.— Locación de cosa ajena

560. Hipótesis en que se plantea el problema

Con gran frecuencia las personas arriendan cosas cuyo dominio pertenece a otros. En muchos casos se tratará de un acto perfectamente normal y regular, que obligará al dueño, como ocurre si se trata del contrato suscrito por el representante legal o convencional del propietario o si el locador tiene sobre la cosa un derecho que le permita celebrar válidamente con terceros, contratos de locación (usuario, usufructuario, locador). Ninguna de estas hipótesis presenta problema alguno. La cuestión que ahora trataremos se plantea cuando una persona alquila una cosa ajena, sin tener derecho a hacerlo. Tal sería el caso del que posee la cosa por un título que no le permita alquilarla (depósito, comodato, administración) o del que aun sin poseerla suscribe un contrato alquilándola. Estudiaremos los efectos de este contrato con relación a las partes que lo han celebrado y con relación al dueño.

561. Efectos con relación a las partes

El problema que estamos considerando guarda evidente analogía con la venta de cosa ajena. En los dos casos una persona dispone en favor de otra de un derecho que no le pertenece (en la venta, el dominio; en la locación, el uso y goce). Muchas de las soluciones admitidas en aquel caso han de servirnos también ahora, aunque teniendo presente la distinta naturaleza jurídica de ambos contratos.

Ya hemos visto que las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos y, en especial, que pueden venderse (arts. 1008 y 1132). En el caso de la locación de cosas ajenas, está fuera de duda que el contrato es en principio válido entre las partes. Pero como, a pesar de ello, el contrato está sujeto a la amenaza de la acción del verdadero dueño, se hace necesario distinguir según que los contratantes sean de buena o mala fe.

a) Si tanto el locador como el locatario son de buena fe, es decir, creían que el locador tenía derecho a dar la cosa en arrendamiento, el contrato es válido y debe ser cumplido por todo el tiempo en que el locatario no sea desposeído por el dueño. Pero si luego se enteran de que la cosa era ajena, es aplicable a nuestro juicio el artículo 1004; la nulidad del contrato puede ser pedida por el locador hasta el momento de la entrega (no después) y por el locatario en cualquier momento.

b) Si tanto el locador como el locatario sabían que la cosa era de otro dueño, el contrato es válido y debe cumplirse entre las partes. El problema que aquí puede suscitarse es el de si el locatario desposeído por el dueño puede reclamar indemnización de daños al locador. Se ha sostenido que no, porque el locatario ha asumido deliberadamente ese riesgo, pero a nuestro juicio esa responsabilidad surge de la obligación de garantía del locador.

Esta es la solución que se insinúa además en el texto del artículo 1008 del Código Civil y Comercial, en tanto señala que aquel que contrata sobre bienes ajenos como propios, debe reparar los daños y perjuicios causados.

c) Si el arrendador es de buena fe y el arrendatario sabía que la cosa pertenecía a un tercero, el contrato es en principio válido, pero deben hacerse dos salvedades importantes: 1) si la cosa aún no se hubiera entregado, el locador que toma conocimiento de la situación real del dominio puede negarse a entregarla 2) el

arrendatario no puede exigir indemnización de daños por falta de entrega de la cosa o por haber sido desposeído por el dueño; una razón de moral obliga a proteger al contratante de buena fe contra el de mala fe e impide a nuestro juicio hacer funcionar en este caso la garantía legal en favor del locatario.

d) Si el locador es de mala fe y el arrendatario de buena fe, se aplican al primero las soluciones indicadas en el apartado b) y al segundo, las señaladas en el apartado a).

562. Efectos con relación al verdadero propietario

El propietario es ajeno al contrato suscrito por terceros, cuyas cláusulas no tienen respecto de él ningún efecto. Por consiguiente, puede demandar la entrega inmediata de la posesión, cualquiera que sea el término que se hubiere estipulado en el contrato. Es claro que nada impide que él ratifique el contrato, sea por acto expreso o tácito. Ejemplo típico de ratificación tácita sería recibir el pago de los alquileres.

En algunos supuestos, empero, el propietario deberá respetar los contratos de locación hechos por un tercero:

a) Así ocurrirá con los arrendamientos realizados por el heredero aparente, a menos que el locatario fuera de mala fe.

b) ¿Es válido el arrendamiento celebrado por el poseedor *animus domini*, que luego resulta vencido en la acción por reivindicación intentada por el verdadero dueño? La cuestión está discutida. Para algunos autores, el propietario estará obligado a respetar el contrato, sea el poseedor de buena o mala fe (BAUDRY LACANTINERIE y WAHL); para otros, solo deberá respetarlo en el primer caso (PLANIOL-RIPERT, PERREAU, GUILLOUARD); finalmente, otros sostienen que el contrato carecerá siempre de efectos respecto del verdadero dueño (HUC, LAURENT, DURANTON). Adherimos sin vacilación a esta última solución. El derecho a arrendar una cosa no surge de la posesión sino del dominio (o de otros derechos taxativamente establecidos en la ley); es por tanto evidente, que el poseedor carecía de derecho a locar la cosa y que ese contrato es *inter alios acta* para el verdadero dueño.

2.— Locación de cosa parcialmente ajena

563. Efectos

Se desprende del artículo 1993 que el copropietario de una cosa indivisa no puede arrendarla, ni aun en la parte que le pertenece. Esto no significa, empero, que ese contrato esté totalmente desprovisto de efectos, pues si los tiene cuando la cosa es ajena, tanto más ha de tenerlos cuando el locador es condómino. También aquí hay que tratar separadamente los efectos entre las partes y con relación a los condóminos.

a) Entre las partes

Mientras los condóminos no hayan reclamado la nulidad, el contrato debe cumplirse, salvo el derecho del locatario de buena fe de pedir la nulidad cuando se entere de la verdadera situación del dominio y de exigir la reparación de los daños y perjuicios.

Pedida la nulidad por los condóminos, el acto es nulo incluso en la parte que corresponde al locador (arg. art. 1994, párr. 2º), y el locatario podrá pedir daños y perjuicios, hubiera sabido o no que la cosa pertenecía al locador en condominio, porque ese derecho surge de la obligación de garantía. Claro está que nada impediría que las

partes, en conocimiento de la situación real, acordaran que nada deberá el locador si sus condóminos reclamaran la nulidad del contrato.

Pero si más tarde, en la división del condominio la cosa resultara adjudicada al locador, el contrato quedará definitivamente firme.

b) Respetto de los condóminos

El acto carece de eficacia respecto de los condóminos y su acción hará caer el contrato, no solo en cuanto a sus partes, sino también en relación a la parte que corresponde al locador (arts. 1993 y 1994). Pero ellos podrían ratificar el contrato, sea expresa o tácitamente.

C.— EL PRECIO

564. Determinación del precio

El precio de la locación, llamado alquiler o arrendamiento, es otro de los elementos esenciales de este contrato, como que es el objeto que tiene en mira el locador al contratar. Y puesto que es uno de los elementos esenciales, es necesario admitir como regla general que debe estar determinado en el contrato o debe ser determinable de acuerdo con sus cláusulas.

Ahora bien, debe señalarse que el precio está integrado no solamente por el canon propiamente dicho, sino que puede abarcar otros rubros, como el costo de los servicios públicos, expensas, tasas e impuestos, lo que es de práctica en las locaciones urbanas.

Además, es necesario recordar que, en materia de precio, son aplicables a la locación, de manera supletoria, las normas de la compraventa (art. 1187, párr. 2º), por lo que nos remitimos a lo dicho en los números 406 y siguientes. Sin perjuicio de ello, resulta necesario analizar el supuesto del contrato de locación, en el que —a pesar de no haberse precisado el precio— se ha entregado la cosa al locatario. En este caso es indudable que la determinación del precio no ha sido considerada esencial por el locador, que no ha tenido inconveniente en entregar la tenencia no obstante la falta de acuerdo sobre ese punto; por tanto, el contrato ha de considerarse válido y los tribunales fijarán el precio del arrendamiento teniendo en cuenta los usos y costumbres y la apreciación hecha por peritos.

565. ¿Debe pagarse en dinero?

El artículo 1493 del Código Civil de Vélez disponía que la locación suponía un precio *determinado en dinero*. El codificador precisaba aún más su pensamiento en la nota al citado artículo, diciendo que si en lugar del precio de la cosa se entregara una cantidad de frutos, el contrato sería de sociedad, y si en cambio de ese uso y goce se transfiere el uso y goce de otra cosa, o el dominio de otra cosa, o si el que recibiere la cosa se comprometiera a prestar un servicio, habría un contrato innominado pero no locación. El artículo 1187 mantuvo en su texto esta idea de que el precio sea en *dinero*.

Hoy, sin embargo, esta idea resulta demasiado estrecha y no se aviene con la concepción moderna de la locación. Los arrendamientos rurales pueden pagarse en especie y no por ello el contrato deja de ser locación. Nos parece razonable, por tanto, la opinión de SPOTA, quien sostiene que habrá locación siempre que la contraprestación sea determinable en dinero; así este contrato quedará configurado cuando el locatario se avenga a pagar cosas determinables en dinero, como, por ejemplo, una parte de los

frutos, cierta cantidad de mercadería producida en el negocio locado, una cosa determinada, etc. Pues como dicen PLANIOL y RIPERT, sería en todo caso inútil la afirmación de que se trata de contratos innominados, porque de todas maneras son equivalentes al arrendamiento y producen las mismas obligaciones.

¿Puede pagarse el precio en moneda extranjera? La ley 23.091 de locaciones urbanas estableció que los alquileres debían obligatoriamente establecerse en moneda de curso legal. Pero dictada en 1991, la ley 23.928, llamada de convertibilidad, que estableció la paridad de un peso y un dólar, aquella norma dejó de tener sentido, por lo que tácitamente quedó derogada y los tribunales, con razón, han declarado válidos los alquileres pactados en dólares.

La ley 26.994, que sancionó el Código Civil y Comercial, derogó la ley 23.091, quedando pues consagrada la posibilidad de las partes de pactar un precio locativo en moneda extranjera con arreglo a lo establecido en los artículos 765 y 766 de dicho cuerpo normativo.

566. Forma de pago

Aunque ordinariamente el alquiler se paga en cuotas periódicas (mensuales, semestrales o anuales), el artículo 1208 dejó librada a las partes la posibilidad de fijar la forma de pago en forma convencional. De manera supletoria, la misma norma establece que, en caso de silencio, el canon debe abonarse en forma anticipada si los bienes locados son cosas muebles, de contado, y sin son inmuebles, por períodos mensuales.

567. Modificación del alquiler convenido

Es obvio que durante todo el término pactado de la locación, ninguna de las partes puede modificar unilateralmente el alquiler; por el contrario, las partes pueden convenir válidamente cánones progresivos o escalonados. Asimismo, será improcedente la modificación por la sola voluntad del locador cuando el locatario permanezca en el uso y goce de la cosa después de vencido el término contractual; si el locatario no se aviene a un aumento, el único derecho del locador es el de pedir su desalojo y hasta ese momento sigue rigiendo el mismo alquiler (art. 1218), sin perjuicio, claro está, de reclamar la indemnización de los daños que resulten de no haber entregado el locatario la cosa en término. Pero el recibo de los alquileres supone continuación de la locación concluida, de tal modo que los daños y perjuicios solo pueden referirse al período durante el cual el locatario resistió la acción de desalojo.

D.— CAUSA

568. Uso ilícito o deshonesto como causa-fin del contrato

Disponía el artículo 1503 del Código Civil de Vélez, que el uso para el cual una cosa sea alquilada o arrendada debe ser un uso honesto, que no contrarie las buenas costumbres. La norma se refería al caso de que el uso ilícito o deshonesto haya sido tenido en mira por ambas partes; los móviles subjetivos y estrictamente personales que impulsaron al locador a contratar no influyen sobre la validez del acto aunque sean inmorales; en cuanto al locatario que hace un uso deshonesto de la cosa (uso no previsto en el contrato) su situación estaba contemplada en el artículo 1559 del referido Código.

El Código Civil y Comercial, por su parte, no ha regulado en forma específica esta cuestión, aplicándose pues, por analogía, las normas respecto a la licitud del objeto del contrato contenidas en el artículo 1004.

En cuanto al uso de la cosa conforme a los fines pactados, la norma se ocupa de dicho supuesto en el artículo 1194 (véanse nros. 626 y ss.).

569. Consecuencias de la ilicitud o inmoralidad de la causa-fin

El acto adolece de una nulidad absoluta y, por tanto, ella puede y debe ser declarada de oficio por el juez si apareciera manifiesta en el acto (art. 387). Si, en cambio, la inmoralidad del destino tenido en mira por las partes no está patente en el acto y solo puede resultar de una investigación de hecho, el juez no podría declarar la invalidez de oficio.

Mientras el contrato no ha tenido principio de ejecución, no hay problemas: ninguna de las partes podría exigir de la otra su cumplimiento, porque tal contrato es de ningún efecto.

Cuando la cosa se ha entregado ya al locatario, está fuera de duda que el locador no podría accionar por cobro de alquileres ni el locatario exigir que aquel cumpla las obligaciones que están a su cargo (garantía del uso pacífico de la cosa, reparaciones, etc.). La acción tendría en estos casos una causa torpe y no podría ser acogida por los tribunales, pero cabe preguntarse si el locador puede demandar el desalojo fundado en la nulidad del contrato. La jurisprudencia y la doctrina se inclinan a negarle tal acción, pues esta se fundaría en un acto torpe del accionante; pero se reconoce que el locador podría obtener el desalojo por vía de las acciones posesoria y reivindicatoria (invocando su carácter de dueño), contra las cuales el locatario no podría excepcionarse invocando el contrato nulo.

570. Frustración del fin

¿Qué sucede si el destino propuesto por el destinatario no está autorizado por el Reglamento de Copropiedad y Administración del edificio? El contrato debe resolverse por la frustración de la finalidad conforme a la regla del artículo 1090.

§ 3.— Duración del contrato

571. Plazo máximo

Un contrato que concediera al locatario el goce perpetuo de la cosa —lo que supone la transmisibilidad indefinida de su derecho a los herederos— importaría un verdadero desmembramiento del dominio. Y como todo lo referente a la propiedad interesa tan directamente al orden público, es menester que la ley intervenga, fijando a las locaciones un plazo máximo, más allá del cual el término estipulado sería ineficaz. En la nota al anterior artículo 1505, VÉLEZ SARSFIELD hacía notar que la mayor parte de las legislaciones vigentes permitía arrendamientos hasta por noventa y nueve años o por determinadas vidas. Esto chocaba con la propiedad ágil, dinámica, desembarazada de trabas que obstaculizaran su goce y su libre disposición tal como la quería VÉLEZ. Por ello el artículo 1505 fijaba un máximo de diez años, el más breve de aquella época y aun de la nuestra.

Sin embargo, los negocios contemporáneos exigen, a veces, plazos más extensos. Es lo que ocurrió en un interesante antecedente del año 2004 ("Segura SA

s/autorización"), en el que la sala G de la Cámara Civil de la Capital Federal resolvió autorizar a las partes a suscribir un contrato por el plazo de treinta años. Se sostuvo que los fundamentos de la limitación temporal que establecía el art. 1505 del Código Civil de Vélez se asentaban en tres razones: a) de economía social, pues un arrendamiento hace que la cosa no se mejore, b) de movilidad del tráfico negocial, pues sería embarazoso para la enajenación de las cosas, y c) de conveniencia para el régimen hereditario, para no dificultar la división de las herencias. Y continuó razonando que tales argumentos eran inaplicables al caso, concluyendo que la aplicación lisa y llana del límite temporal que preveía el art. 1505 importaba imponer un límite irrazonable al derecho de trabajar y de ejercer industria lícita (art. 28, CN).

Esta postura jurisprudencial parece ser la acogida por el artículo 1197 del Código Civil y Comercial, en tanto amplió los plazos máximos que establecía su antecesor, estipulando un máximo de veinte años para los destinos habitacionales y cincuenta años para los otros destinos.

Cabe señalar, además, que frente a la discusión doctrinaria respecto del carácter de orden público del plazo máximo, la mayoría se ha inclinado por señalar que lo es, fundando dicho argumento en el segundo párrafo del artículo 1197 que establece que si hubiere renovaciones o prórrogas del contrato, el plazo máximo se debe contabilizar desde el primer contrato.

572. Plazos mínimos

El Código Civil de Vélez no establecía plazos mínimos para la locación. Sin embargo, la experiencia fue demostrando que es bueno asegurar a los inquilinos un plazo mínimo, ya se trate de casas alquiladas para vivienda, comercio o industria o de inmuebles rurales para la explotación agrícola o ganadera. Por ello, se fueron dictando leyes que fueron introduciendo tales plazos mínimos. Para los arrendamientos rurales, la ley 13.264 fijó dicho plazo en tres años; para la locación de inmuebles urbanos, la ley 23.091 diferenció dos supuestos: para las casas, departamentos o piezas destinados al comercio o industria, tres años; para las destinadas a habitación, dos años.

El Código Civil y Comercial respetó la idea de establecer un plazo mínimo de vigencia de la locación, pero se unificó dicho plazo tanto si el arriendo es con fines de vivienda, como si lo es con otros fines (v.gr., para comercio o industria), en un tiempo de duración único de dos años (art. 1198). Respecto del plazo mínimo de los arrendamientos rurales, se mantiene la vigencia de la ley 13.264.

Debemos señalar que no compartimos algunas de las soluciones que se desprenden del artículo 1198.

En primer lugar, entendemos que el plazo de dos años es reducido para la locación con fines comerciales. Es necesario darle un mayor plazo al locatario para que pueda recuperar la inversión inicial hecha para la instalación del comercio y, además, para obtener una ganancia. El plazo reducido conspira contra la posibilidad de instalar diferentes negocios que necesitan un mayor tiempo para amortizar la inversión realizada.

En segundo lugar, cuando la locación tiene fines industriales, no parece necesario una especial protección para el locatario, lo que permite afirmar que la intervención del Estado mediante normas regulatorias resulta superflua. Es que el locatario industrial, a diferencia del comerciante o el locatario con fines de vivienda, no se encuentra en una situación de inferioridad a la hora de negociar los términos de la locación.

Por otra parte, el referido artículo 1198 faculta al locatario a renunciar al plazo mínimo, siempre que esté en la tenencia de la cosa. Además, el mismo Código reconoce al inquilino el derecho a resolver el contrato después de transcurridos los seis primeros meses. Si se hiciera uso del derecho a resolver la locación durante el primer año de vigencia de la relación locativa, el locatario deberá pagar al locador en concepto de

indemnización el importe de un mes y medio del alquiler; si la opción se ejercita después de un año, la indemnización será de un mes (art. 1221).

Quedan excluidas del plazo mínimo legal las situaciones enunciadas en el artículo 1199, a saber: a) las contrataciones para sedes de embajadas, consulados y organismos internacionales, como también las destinadas a habitación de su personal extranjero diplomático o consular; b) las locaciones de habitación con muebles que se arrienden con fines de turismo, descanso o similares; cuando el plazo de la locación supere los tres meses, se presumirá que no fue hecho con esos fines; c) las locaciones de espacios o lugares destinados a la guarda de cosas; d) las locaciones de locales que exponen u ofertan cosas o servicios en un predio ferial; e) las locaciones celebradas para el cumplimiento de una finalidad determinada, la cual debe estar expresada en el contrato y normalmente ser cumplida en el plazo menor pactado.

Una vez vencido el plazo contractual, se extingue la locación y, conforme lo dispone el artículo 1223, debe restituirse la cosa locada, sin que se mencione plazo adicional alguno; lo que indicaría que dicha restitución ha de ser inmediata.

Con todo, el artículo 1223, párrafo 3º, establece que promovido el pertinente juicio de desalojo y dictada su sentencia, el plazo para ejecutarla no puede ser menor a diez días.

573. Plazos indeterminados en las locaciones de inmuebles

Cuando los contratos de locaciones de inmuebles (fuera de los arrendamientos rurales y aparcerías) no contuvieren plazo, rigen las siguientes disposiciones:

a) Si el contrato se refiere a casas, departamentos o piezas *no amuebladas*, o que tengan un fin comercial o industrial, rige el plazo que hemos aludido de dos años;

b) Si se trata de casas, departamentos o piezas *amuebladas* y con fines de turismo, descanso o similares, y el alquiler se hubiese fijado por meses, semanas o días, se juzgará hecho por el tiempo fijado al precio, en tanto resulta la interpretación lógica de la voluntad de las partes. Pero si el plazo fuera mayor de tres meses, se presume que no se trata de viviendas destinadas a turismo y por lo tanto, rige el plazo mínimo de dos años (art. 1199, inc. b)). Incluso, debe destacarse que los contratos cuyo plazo de duración sea menor de tres meses (y siempre que sean inmuebles o habitaciones con muebles arrendados con fines de turismo, descanso o similares) no estarán regidos por las normas de la locación sino por las del contrato de hospedaje (art. 1º, ley 27.221), contrato este que tiene una muy limitada regulación legal, atinente a los efectos del depósito.

c) Cuando el contrato *tuviera un objeto expresado*, se lo juzgará hecho por el tiempo necesario para llenar ese objeto (art. 1199, *in fine*). Tal, por ejemplo, el alquiler de un *stand* para una exposición, que durará el tiempo que esta permanezca abierta.

574. Resolución anticipada de las locaciones

No obstante que el plazo mínimo de las locaciones de inmuebles urbanos es de dos años, el artículo 1221 reconoce al inquilino el derecho a resolver la contratación transcurridos los seis primeros meses de la relación locativa; para poder hacer uso de ese derecho, deberá notificar en forma fehaciente al locador su decisión. El locatario, de hacer uso de la opción resolutoria en el primer año de vigencia de la relación locativa, deberá abonar al locador, en concepto de indemnización, la suma equivalente a un mes y medio del alquiler vigente al momento de desocupar la vivienda y la de un solo mes, si la opción se ejercita transcurrido dicho plazo.

En los casos de excepción previstos en el artículo 1199, el locatario también podrá resolver anticipadamente el contrato, pero deberá pagar al locador el equivalente a dos meses de alquiler (art. 1221, inc. b)).

575. Cesación del beneficio del plazo

El beneficio del plazo contractual o legal de que goza el inquilino de inmuebles urbanos cesa por las siguientes causas (art. 1219): a) Cambio de destino o uso irregular de la cosa. b) Falta de conservación de la cosa o su abandono sin que nadie la custodie. c) Falta de pago de dos períodos consecutivos de alquiler.

§ 4.— Transmisión de los derechos y obligaciones derivados de la locación

A.— *TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA*

576. El principio

Los derechos y obligaciones que surgen del contrato de locación pasan a los herederos del locador y del locatario, salvo pacto en contrario (art. 1189). Es una consecuencia directa del principio de que los herederos suceden en todos sus derechos y obligaciones al causante. La solución reposa, además, en razones económicas evidentes, pues no cabe duda de que sería extremadamente perjudicial para el locatario que su derecho dependiera de la muerte del locador y, desde el punto de vista de éste, es bueno que ese acto de previsión que ha sido el contrato, que le ha asegurado una renta durante un cierto tiempo, no venga a resultar fallido por la muerte del inquilino.

Sin embargo, el legislador ha entendido que estos motivos pueden ser dejados de lado por las partes, en tanto no integran el orden público y por lo tanto, puede pactarse la extinción del contrato por la muerte de alguna cualquiera de estas.

La circunstancia de que los herederos del inquilino sean varios no altera la aplicación del artículo 1189; todos los herederos continúan con las responsabilidades inherentes al contrato, debiendo dilucidarse entre ellos quién o quiénes continuarán con el goce efectivo de la cosa.

El artículo 1189, al referirse a los herederos, comprende no solo a los herederos legítimos y testamentarios, sino también al llamado heredero de cuota, esto es, a quien ha sido instituido en una fracción de la herencia, sin tener vocación a todos los bienes de esta (art. 2488).

577. La persona que ha recibido del locatario ostensible trato familiar

El artículo 9º de la derogada ley 23.091 de locaciones urbanas, establecía a favor de aquellas personas que hubieran recibido del locatario un ostensible trato familiar (expresión que abarcaba a los convivientes), el derecho a continuar con la locación. De esta manera, estas personas desplazaban a los herederos del locatario. Esta solución se consolida en el artículo 1190, que aclaró los siguientes conceptos: a) el continuador debió cohabitar el inmueble con el locatario original además de recibir ostensible trato familiar; b) esta situación se debió sostener durante todo el año previo anterior al fallecimiento del locatario original, exigiéndose así una cierta estabilidad en la

convivencia; c) el derecho del continuador de la locación prevalece sobre el del heredero del locatario.

El derecho de estas personas a continuar con la locación rige no solo en caso de muerte del inquilino, sino también en el de abandono por el locatario del inmueble alquilado.

Pero no habiendo ninguna persona con derecho a acogerse al beneficio, el artículo 1189 recobra su imperio y los herederos tienen derecho a continuar con el contrato de locación, siempre, claro está, que se trate de contratos de plazo no vencido, porque estando ya vencido el plazo, el contrato se ha extinguido.

En los arrendamientos rurales, se transmite el contrato a los herederos descendientes, ascendientes, cónyuges y colaterales hasta el segundo grado que hubieren participado en la explotación (art. 7º, [ley 13.246](#)). En cambio, la muerte del aparcerero pone fin al contrato (art. 27, *ley cit.*).

B.— TRANSMISIÓN POR ACTOS ENTRE VIVOS

578. Enajenación de la cosa locada

El derecho romano, consecuente con su concepción estricta de la locación como un derecho personal, establecía que el comprador de un fundo no estaba obligado a respetar el contrato de locación por el vendedor; el derecho del locatario se reducía a reclamar de su locador los daños. Esta fue también la solución de las antiguas legislaciones española y francesa; pero el derecho moderno, al que interesa menos la lógica que el contenido de justicia y la significación económica de las soluciones legales, ha visto triunfar el principio opuesto: la enajenación de la finca no afecta el contrato de locación y el locatario tiene derecho a seguir en el uso y goce de la cosa por todo el término convenido (art. 1189, inc. b)). Es en efecto injustísimo e inconveniente, desde el punto de vista económico, autorizar el desalojo intempestivo del locatario en virtud de un acto unilateral (unilateral en las relaciones entre locador y locatario) del locador. El locatario, que al contratar ha realizado un acto de previsión, que quizás ha hecho inversiones de importancia, se vería intempestivamente despojado del inmueble, con grave daño patrimonial. Incluso no es difícil imaginar que el propietario, para desligarse de un contrato de locación del que se ha arrepentido, venda simuladamente la cosa, con lo cual estará ya en condiciones de desalojar al inquilino, a quien la mayor parte de las veces le será imposible probar la simulación. Son, como se ve, muy poderosas razones las que han consagrado en el derecho moderno la regla de que la enajenación de la cosa no afecta el contrato de locación.

Sin embargo, el legislador ha previsto también, en la misma norma, que las partes pueden renunciar a esta estipulación, pactando en contrario, de manera tal que el locatario sepa de antemano que el locador tiene previsto la venta del bien y que en dicha circunstancia se extinguirá la locación.

Más allá de lo que dispone el mentado artículo 1189, entendemos que la posibilidad de pactar la extinción de la locación por la enajenación de la cosa alquilada, solamente tendrá valor una vez superado el plazo mínimo legal previsto en el artículo 1198, pues este plazo es de orden público, mientras que la norma del artículo 1189 no lo es. Ello es así, pues no puede mediante una norma supletoria violentarse una de orden público.

¿La regla del artículo 1189 se aplica solo a los inmuebles o también a las cosas muebles? Toda vez que la norma no hace aclaración alguna, es claro que se aplica a todos los contratos de locación.

La regla del artículo 1189 se aplica también a las aparcerías y en los arrendamientos rurales (arts. 27 y 41, [ley 13.246](#)).

579. Condiciones de aplicación del artículo 1189

Para que el locatario tenga derecho a oponer al comprador su contrato de locación es necesario:

a) Que se trate de un contrato de plazo no vencido

Sea que el plazo provenga de una estipulación contractual o de una disposición de la ley. Es claro que si el plazo estuviere vencido, el arrendatario no podrá oponerse al desalojo intentado por el comprador, porque tampoco podría oponerse al que hubiera intentado el locador-vendedor.

b) Que tratándose de un plazo contractual, el contrato tuviere fecha cierta

En vano se argüirá que el artículo 1189 no exige este requisito, porque según la regla general del artículo 317 los actos jurídicos no pueden ser opuestos a terceros y sucesores a título singular mientras no tengan fecha cierta. De lo contrario, sería perfectamente posible un grave fraude de los derechos del comprador, pues luego de efectuada la venta, el vendedor podría realizar con el inquilino cuyo derecho fuere de plazo ya vencido, un nuevo contrato, antedatándolo. Se explica, así, que casi todos los Códigos extranjeros exijan el requisito de la fecha cierta y aun el del registro del contrato para poder oponerlo al comprador.

580. Excepciones a la regla del artículo 1189

No obstante lo dispuesto en el artículo 1189, la enajenación de la cosa locada tendrá como efecto la resolución del contrato de locación:

a) Cuando en el contrato de locación se hubiere estipulado expresamente ese efecto. Así lo dispone el propio artículo 1189. Pero esta estipulación solo tendrá efecto con relación a los plazos contractuales, que excedan el plazo mínimo legal; si, por el contrario, el locatario pudiera acogerse a los plazos mínimos legales que le conceden el Código o la ley de arrendamientos agrícolas, tal cláusula impediría al comprador dar por terminada la locación hasta el cumplimiento del término legal.

b) Cuando la cosa ha sido expropiada; si el Estado puede privar a los particulares de su derecho de propiedad, tanto más podrá privarlos de su derecho a la locación, sin perjuicio de la obligación de indemnizar al locatario el perjuicio que le produce.

c) La Ley Orgánica del Banco Hipotecario Nacional autoriza a dicha institución a desalojar a todo ocupante que no tenga un contrato de locación aceptado por ella (art. 41, dec. 540/1993, ratif. por art. 28, ley 24.855); de tal modo que si el inmueble se ejecuta, el banco podrá proceder al desalojo a fin de que los compradores lo adquieran libre de toda ocupación de terceros.

II — OBLIGACIONES DEL LOCADOR

581. Enumeración

Pesan sobre el locador las siguientes obligaciones: a) entregar la cosa arrendada con sus accesorios (art. 1200); b) conservarla en buen estado mientras dura la locación (art. 1201); c) mantener al locatario en el uso y goce pacífico de la cosa (obligación de garantía, art. 1201); d) pagar al locatario las mejoras que éste hubiera introducido para hacer posible el uso normal de la cosa (art. 1202); e) pagar las cargas que gravan la cosa (art. 1209).

Se trata de obligaciones establecidas por la ley para el caso de que las partes no hubieran convenido otra cosa. Reina aquí el principio de la libertad contractual (art. 962), de modo tal que las partes pueden restringir o ampliar las obligaciones que la ley pone a cargo del locador como del locatario. Hoy es usual que los contratos pongan a cargo del inquilino el pago de las expensas comunes y, a veces, inclusive, de los impuestos y tasas que gravan el inmueble.

§ 1.— Obligación de entregar la cosa

582. Cosas comprendidas en la obligación de entrega

El locador debe entregar la cosa conforme a lo acordado. A falta de previsión contractual debe entregarla en estado apropiado para su destino, excepto los defectos que el locatario conoció o pudo haber conocido (art. 1200).

La entrega de la cosa se cumple dando aquello que se ha previsto en el contrato y con todo lo necesario para que cumpla con el destino pactado. El locador no responde por los vicios aparentes o por aquellos que el locatario pudo haber conocido obrando con la debida diligencia.

Entre las cosas que debe entregar el locador se incluyen:

a) Las *llaves de la cosa* ya sea inmueble o mueble (automóvil, caja fuerte, escritorio, etc.).

b) Las *servidumbres* del inmueble (art. 2172).

c) Los *frutos y productos ordinarios* de la cosa, siempre que estuviesen pendientes de recolección.

d) También están comprendidos en la locación ciertos servicios accesorios, como el de portería, calefacción, agua caliente, etc.; el locador no podrá excusarse de prestarlos aduciendo que no los estipula el contrato, cuando la existencia de cañerías, calderas y otras instalaciones indicaban que ellos estaban implícitamente contenidos en la locación.

583. Cosas no comprendidas en la obligación de entrega

En cambio la locación no comprende, salvo pacto en contrario:

a) Los frutos y productos extraordinarios

¿Cuáles son los frutos y productos que tienen ese carácter? La cuestión es harto dudosa. Se ha sostenido que no se alude a la abundancia de frutos que excedan la producción normal, sino a los que no están en la naturaleza de la cosa producir. También se ha dicho que deben reputarse extraordinarios tanto los frutos y productos que resultan extraños a la naturaleza de la cosa dada en locación (por ej., si en una calera aparece una veta de oro) como aquellos que por su calidad o cantidad exceden de la producción común de la cosa arrendada.

b) Los terrenos acrecidos por aluvión

Sin embargo, parece razonable reconocer al arrendatario el derecho al arrendamiento de tales terrenos si ofreciere por ellos un acrecentamiento proporcional del alquiler; y en tal caso, el dueño no podría negarse a reconocerle el uso y goce de ellos.

No ha de olvidarse que esas disposiciones son siempre interpretativas de la voluntad de las partes. En ningún caso debe aplicárselas literalmente, en contra de lo que es la voluntad claramente implícita en el contrato. Así por ejemplo, es frecuente que se alquile una casa mientras el dueño todavía se encuentra en ella; el locatario no puede pretender que el locador le deje los muebles —no obstante ser estos evidentemente accesorios de la vivienda y hallarse en ella al tiempo de la celebración del acto— si del contrato no resulta que la intención común fue alquilarla amueblada, porque la costumbre es que las casas o departamentos se alquilen sin muebles.

En caso de que el alquiler comprenda los muebles, es casi de rigor agregar al contrato un inventario de los incluidos en la locación, lo que tiene el mayor interés para ambas partes; al locador le permite preconstituir prueba de lo que ha entregado y poder exigir su devolución al término del contrato; al locatario le evita el peligro de que luego se le reclame la devolución de algo que no recibió. De cualquier modo y para el caso de que no se hubieren especificado los muebles comprendidos en la locación, debe tenerse presente la norma interpretativa del artículo 226 según el cual no se consideran parte del inmueble las cosas afectadas a la explotación del mismo o a la actividad del propietario.

584. Estado en que debe entregarse

El locador está obligado a entregar la cosa y sus accesorios en la forma acordada y, a falta de especificación, en estado apropiado para su destino (art. 1200). Adviértase una diferencia importante con respecto a la compraventa: el vendedor cumple entregando la cosa en el estado en que se encontraba en el momento de celebrarse el acto; en tanto que en nuestro caso el locador debe entregarla en estado de conservación suficiente para cumplir con la finalidad perseguida, lo que es natural, puesto que el contrato ha sido realizado con el propósito de asegurar al locatario el uso y goce de la cosa.

No tendrá el locador obligación de entregar la cosa en buen estado si las partes acordaron entregarla *en el estado en que se halle*. Este convenio se presume cuando se arriendan edificios arruinados y cuando se entra en posesión de la cosa sin exigir reparaciones, presunción que existe aun cuando se haya derogado el artículo 1514 del Código Civil de Vélez, en tanto surge de la mera realidad. La conducta del locatario que acepta sin reservas la cosa tal como se le entrega, indica que eso fue lo acordado o que renuncia a todo reclamo.

585. Lugar de entrega

Puesto que el Código no contiene sobre este punto reglas especiales para la locación, rige lo dispuesto por los artículos 873 y 874: a) Si hubiere lugar convenido en el contrato, la cosa debe entregarse allí; esta solución no solo es aplicable a los muebles, sino también a los inmuebles, pues es perfectamente posible hacer la tradición simbólica mediante la entrega de las llaves, lo que puede ocurrir en otro lugar que no sea el de la ubicación. b) Si no hubiere lugar convenido, la entrega debe hacerse en el lugar en donde se encontraba la cosa al tiempo de la celebración del contrato, y si no se pudiere acreditar dónde se encontraba la cosa, en el domicilio del locador, que es el deudor de la obligación de entregar la cosa.

586. Tiempo de la entrega

Si el contrato estipula el plazo no hay problema: debe cumplirse con lo pactado. Si no lo estipula, debe entenderse que el locador tiene obligación de entregarla de inmediato a menos que los usos o costumbres reconocieran algún plazo.

587. Gastos de la entrega

Los gastos de la entrega, salvo pacto en contrario, son a cargo del locador. Ello es así, pues se aplican supletoriamente las normas de la compraventa (arts. 1187 y 1138). En el caso de que la locación sea con fines de vivienda, en cambio, entendemos que los gastos de entrega se encuentran alcanzados por la prohibición de cobro al locatario contenida en el inciso c) del artículo 1196, norma que además es de orden público.

588. Sanciones para el caso de incumplimiento de la obligación de entrega

En caso de incumplimiento de la obligación de entrega, el locatario tiene a su disposición las siguientes acciones:

a) En primer lugar, puede reclamar el cumplimiento del contrato y pedir al tribunal que lo ponga en posesión de la cosa si el locador se negara a cumplir la sentencia que lo condena a entregar. Todo ello, empero, sin perjuicio de los derechos que los terceros puedan haber adquirido sobre la cosa.

b) En segundo lugar, puede pedir la resolución del contrato (arts. 1084, 1087 y 1088).

c) Por último, el locatario puede demandar los daños que le resulten de la falta de entrega, siempre que no hubiere mediado fuerza mayor.

§ 2.— Obligación de mantener la cosa en buen estado

A.— DETERIOROS NO DERIVADOS DE CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

589. Distinción entre reparaciones y mejoras

El Código Civil y Comercial ha ordenado el régimen de las obligaciones del locador y del locatario, separando claramente el concepto de *reparaciones* (arts. 1201 y 1206) del de *mejoras* (arts. 1202, 1210 y 1211). Así, las primeras serán comprendidas por aquellos arreglos que resulten menester para cumplir con el deber de conservar la cosa en buen estado, en tanto las mejoras son los agregados que hace el locatario sobre el inmueble, para adaptarlo a sus necesidades y, por lo tanto, tendrán un régimen diferente.

590. Alcances de la obligación de mantener la cosa en buen estado

El locador está obligado a mantener la cosa en buen estado de conservación y a hacer todas las reparaciones que fueren necesarias para permitir al locatario el uso y goce de la cosa conforme a lo convenido (art. 1201). Esta obligación se extiende a la reparación de todos los deterioros derivados de las siguientes circunstancias: a) de caso fortuito o fuerza mayor, como puede ser un incendio, un ciclón, una guerra, un hecho

del príncipe; b) de la calidad propia de la cosa y de sus vicios o defectos, tal como serían las deficiencias en las instalaciones sanitarias; c) del efecto natural del uso o goce estipulado; d) de la culpa del locador, sus agentes o dependientes; e) del hecho de terceros aunque sea por motivo de enemistad u odio al locatario, pues es lógico que el locatario no cargue con las consecuencias del hecho ilícito de un tercero. Respecto de esto último, cabe destacar que el artículo 1201 establece al hecho de un tercero en forma separada de la responsabilidad del locador por sus hechos propios o los de sus dependientes.

591. Supuesto del deterioro causado por el uso de la cosa

De todas las hipótesis anteriormente aludidas, la relativa a los deterioros provenientes del uso y goce natural de la cosa es la que da lugar a mayores dificultades. Estas dificultades surgen de que el Código impone la obligación de mantener la cosa en buen estado, tanto al locador (arts. 1201) como al locatario (arts. 1206 y 1207). Para explicar esta aparente contradicción, hay que tener en cuenta que el Código Civil y Comercial ha seguido en este punto al Código Civil de Vélez, cuyas fuentes han sido principalmente el Código Napoleón y sus comentaristas. En ese Código se distingue entre las reparaciones importantes y las ordinarias, llamadas locativas o de *menu entretien* (art. 1754); las primeras están a cargo del locador y las segundas son aportadas por el locatario. Éste es el pensamiento que inspiró a VÉLEZ SARSFIELD (art. 1573) y que permite conciliar textos que de otra manera aparecerían en una contradicción irreductible. Es equitativo que el locatario cargue con los gastos de pequeño mantenimiento y así ocurre en la realidad de la vida, en que normalmente los asume sin pretender, nunca o casi nunca, hacerlos pesar sobre el locador. Bueno es agregar que la mayor parte de los códigos modernos consagran esta distinción entre reparaciones mayores, a cargo del locador, y menores, locativas o de pequeño mantenimiento, a cargo del locatario (Cód. Civil italiano, art. 1576; ecuatoriano, arts. 1876 y 1881; peruano, arts. 1680, inc. 1º, y 1681, inc. 6º; paraguayo, art. 825, inc. d]; chileno, art. 1940; mexicano, art. 2444; cubano, arts. 393, inc. b], y 394, inc. ch]; uruguayo, art. 1818, etc.).

Aunque el concepto en que se basa la separación de responsabilidad es claro, la línea separativa dista mucho de ser precisa. Se ha preferido una solución flexible, adaptable a las circunstancias de tiempo y lugar. En la mayor parte de los casos, será decisiva la costumbre. No habrá problema cuando la gravedad de los deterioros (por ej., la ruina parcial de un edificio) o por el contrario, su relativa insignificancia (por ej., el arreglo de una cerradura, la rotura de un vidrio, los retoques a la pintura, etc.), demuestran claramente que su reparación pesa sobre el locador o el locatario. Pero hay una zona intermedia, en que la solución se hace dudosa. ¿A quién corresponde el repintado general de la casa, el arreglo de los techos, la reparación de los revoques?

En nuestra jurisprudencia se advierte una tendencia notoriamente favorable al locatario; se ha resuelto que son a cargo del locador las reparaciones de la pintura y los revoques, el empapelado, el arreglo de pisos y paredes, la compostura de la heladera eléctrica y del calefón, siempre que su deterioro no se deba a culpa del inquilino.

592. Sanciones en caso de incumplimiento; reparaciones urgentes y no urgentes

En caso de que el locador no cumpla con su obligación de conservar la cosa en buen estado, el locatario tiene a su disposición las siguientes vías jurídicas para hacer valer sus derechos:

a) Cuando los trabajos *no tuvieren carácter de urgencia*, el inquilino puede realizar las mejoras y luego reclamar el costo al locador conforme el artículo 730, inciso b). Entendemos que ante la falta de urgencia, previo a hacer efectiva esta opción, el locatario deberá poner en mora al locador interpelándolo a que efectúe la reparación en

un tiempo prudencial, y recién en caso de negativa o silencio podrá ejercer esta opción. Ello así, en tanto se trata de una obligación de plazo tácito conforme el artículo 887, inciso a).

b) Si los trabajos *fueran urgentes*, el locatario puede ejecutarlos por cuenta del locador (art. 1207, *in fine*), sin necesidad de autorización judicial y con la sola comunicación al locador, ya que este procedimiento (de requerir autorización judicial) no se aviene con la necesidad de urgencia que es el presupuesto de esta disposición. A diferencia de lo establecido para las reparaciones no urgentes, la notificación es a los meros fines de poner en conocimiento del locador de la situación, no siendo necesario aguardar a su conformidad para proceder a realizar la reparación. Según el artículo 1544 del Código Civil de Vélez se reputaban como reparaciones hechas en caso de urgencia, cuando sin daño de la cosa no podían ser demoradas y le era imposible al locatario avisar al locador para que las hiciera o lo autorizase para hacerlas. Éste no es, desde luego, el único caso de urgencia, puede ocurrir también que el locatario haya dado aviso al locador, no obstante lo cual éste no hiciera las reparaciones; si estas fueran urgentes y no pudieran esperar el trámite de un juicio sin grave perjuicio para el locatario, éste puede hacerlas ejecutar, sin necesidad de autorización judicial. La supresión del texto del artículo 1544 nos lleva a concluir que la ponderación de la urgencia se hará conforme a las reglas de la sana crítica y al caso concreto, señalando que la norma anterior puede servir como pauta orientadora.

c) Independientemente de estas acciones, el locatario puede demandar, ante la negativa del locador de efectuar las reparaciones, la extinción del contrato tal como lo autoriza el artículo 1220, inciso a), con culpa en el locador y los consiguientes daños pertinentes.

d) Por otro lado, puede pedir la reducción proporcional del canon locativo por el tiempo en que se vio impedido de usar y gozar el bien, a raíz de la realización de las reparaciones.

Cabe señalar que la jurisprudencia es coincidente en señalar que las acciones enunciadas en los puntos c) y d) son excluyentes entre sí; ello es, si se ejerce el derecho a extinguir el contrato, no se podrá reclamar la reducción del alquiler y viceversa, quedando excluida en el caso de la acción señalada en el punto d) la reparación de daños y perjuicios, en tanto aquellos se ven compensados con el menor pago del canon locativo.

593. Oposición del inquilino a la realización de las reparaciones

Normalmente el inquilino será el primer interesado en que las reparaciones se hagan, pero puede ocurrir también que no tenga interés en ellas y que, por el contrario, le molesten o perturben los trabajos que son indispensables para realizarlas. Sin embargo, no puede oponerse a que el locador las lleve a cabo, solución justa, porque así se previenen pagos y gastos mayores; en cambio, tiene derecho a oponerse a la realización de obras que no tengan el carácter de simples reparaciones y que signifiquen ampliar, modificar o embellecer la cosa.

B.— DESTRUCCIONES O DETERIOROS DERIVADOS DE CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

594. Distintas hipótesis

Es posible que, durante el curso de la locación, la cosa sufra daños por caso fortuito o fuerza mayor. El problema debe ser estudiado con relación a las hipótesis de destrucción total, destrucción parcial y simple deterioro.

a) Destrucción total

En tal caso el contrato queda rescindido (art. 955), sin que ninguna de las partes pueda reclamar indemnización alguna de la otra. Tampoco tiene derecho el locatario a reclamar los daños sufridos en las mercaderías o muebles que son de su propiedad, con motivo de la destrucción de la cosa locada por un caso fortuito o de fuerza mayor.

¿Qué debe entenderse por *destrucción total*? La cuestión tiene la mayor importancia, porque en este caso el locatario no tiene derecho a conservar la cosa con una reducción proporcional del alquiler, derecho que, en cambio, tiene si solo se trata de una destrucción parcial. A veces la destrucción puede ser casi total; si el contrato se mantiene, el precio del alquiler, reducido en proporción al daño, sería mínimo; es obvio pues, el interés del locador en dar por terminado el contrato, reconstruir la cosa y poder sacar de ese modo el debido provecho a su capital. Se admite que la destrucción debe reputarse total, a los efectos de la aplicación de este artículo, cuando su importancia es tal que la cosa resulta ya impropia para el destino que se tuvo en mira al contratar. En un caso se resolvió que la destrucción de un galpón en un 85% importaba destrucción total y privaba al locatario del derecho de continuar la locación. Es, en suma, una cuestión que queda librada al criterio judicial.

b) Destrucción parcial

En este caso, el locatario puede optar entre estas soluciones: o bien pedir la resolución del contrato, o bien demandar la disminución del alquiler proporcional a la importancia de la destrucción (art. 1203).

La expropiación, sea total o parcial, está asimilada a la destrucción de la cosa, ya que ella queda perdida tanto para el locador como para el locatario.

c) Simples deterioros

En este supuesto, el locatario solo tiene derecho a pedir la reparación; carece de acción tanto para pedir la rescisión, salvo negativa del locador a realizarlos, como para reclamar la disminución de los alquileres.

En todo caso, tendrá las acciones ya referidas otorgadas para las reparaciones urgentes y no urgentes de acuerdo con el caso.

C.— IMPEDIMENTOS AL USO Y GOCE DE LA COSA DERIVADOS DE FUERZA MAYOR

595. Hipótesis legal

A veces el caso fortuito no provocará la destrucción ni siquiera parcial de la cosa, pero impedirá al inquilino usarla o gozarla. Desde el punto de vista del inquilino, los efectos son los mismos. Por ello el artículo 1203 lo autoriza a pedir la rescisión del contrato o la cesación del pago del alquiler durante el tiempo que no pueda usar o gozar de la casa. Son los casos del inquilino que en tiempo de guerra es obligado a dejar su casa, o que en tiempo de peste la autoridad pública le prohíba seguir habitando la finca que alquiló (ejemplos dados en la nota al art. 1522 del Código Civil de Vélez).

Para que se produzcan las consecuencias señaladas en esta disposición legal (rescisión del contrato o disminución del alquiler) es necesario que el caso fortuito afecte a la cosa misma (art. 1203, *in fine*). Por consiguiente, el contrato mantendrá plenos efectos si en caso de guerra o de peste el inquilino abandona la cosa por simple precaución personal y no por imposición de las autoridades civiles o militares, si el inquilino ha debido abandonar la casa por haber sido designado para ejercer funciones fuera del país, si la entidad locataria fue privada de su personería jurídica, etcétera.

596. Caso fortuito que solo afecta el provecho

Puede ocurrir que el caso fortuito no afecte ya el uso y goce de la cosa (caso previsto en el art. 1203) sino el provecho que el inquilino espera de ella. El artículo 1557 del Código Civil de Vélez preveía expresamente el punto en relación al arrendamiento de predios rurales, y disponía que el arrendatario no podía pretender remisión total o parcial de los alquileres en razón de que la cosecha se hubiera perdido por caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, la [ley 13.246](#) autoriza al arrendatario en ese caso a pedir la rescisión del contrato (art. 8º, *in fine*) y si se trata de aparcerías rurales, la pérdida será soportada por las partes en la misma proporción convenida para el reparto de los frutos (art. 24). Pero si el problema está claramente resuelto en materia de explotaciones rurales, no ocurre lo mismo con los establecimientos comerciales o industriales. Creemos que la cuestión debe resolverse sobre bases de equidad y prudencia. Si el caso fortuito ha modificado sustancialmente las condiciones de la explotación, debe considerarse que ha quedado afectado el uso y goce de la cosa conforme a su destino; tal ocurriría, por ejemplo, en caso de arrendamiento de un albergue situado a la vera de una ruta: si luego las autoridades clausuran ese camino, es evidente que ha quedado afectado el uso del albergue. Sería un caso de aplicación de la teoría de la frustración de la finalidad (art. 1090). Cuando, por el contrario, el hecho está dentro de los riesgos o aleas más o menos normales de la explotación, el inquilino carecerá de toda acción. Así sucederá si la ganancia del negocio disminuye por aumento de los precios de costo o por la instalación en las vecindades de otro negocio o fábrica similar.

597. Derechos y obligaciones de las partes

En caso de que la fuerza mayor impida el goce de la cosa, sea en forma definitiva o temporal, el inquilino tiene a su disposición la siguiente opción que le reconoce el artículo 1203: pedir la rescisión del contrato, o la suspensión del pago del alquiler durante el tiempo que dure la imposibilidad de gozar la cosa. Si la imposibilidad de gozarla solo fuera parcial, deberá optar entre la rescisión o la disminución proporcional del alquiler durante el tiempo que dura la imposibilidad.

Desde luego, no tendrá derecho a reclamar la reparación de los daños, pues la imposibilidad de goce derivada de un caso fortuito es inimputable al locador.

§ 3.— Obligación de saneamiento

598. Concepto y fundamentos

El contrato de locación supone la cesión del uso y goce de una cosa a cambio de un determinado precio. Es natural, pues, que el locador tenga a su cargo la obligación de garantizar al locatario que podrá hacer uso de la cosa conforme a su destino. Por ello debe abstenerse de todo acto que perturbe el goce de la cosa por el inquilino, defenderlo contra las turbaciones de terceros y, finalmente, hacer las reparaciones que se deriven

de los vicios o defectos de la cosa o del uso normal al que el inquilino la haya sometido. Es la obligación de saneamiento (estudiada antes, nros. 253 y ss.); sin embargo, debe destacarse que en la locación no media la transmisión del dominio, sino solo el uso y goce de la cosa, lo que acarrea algunas consecuencias diferentes. Debe tenerse presente, además, que el incumplimiento del locador de la garantía de evicción y de vicios redhibitorios (obligación de saneamiento) facultan al locatario a resolver el contrato (art. 1220, inc. b)).

Consideramos por separado la garantía de evicción de la garantía por los vicios redhibitorios de la cosa.

A.— GARANTÍA DE EVICCIÓN

599. Hechos del locador que importan turbación

El locador está obligado a abstenerse de todo acto que impida, embarace o estorbe el uso de la cosa por el locatario. Hay embarazo del goce pacífico de una casa si el locador instala (o alquila para que otros instalen) en otras habitaciones o dependencias de ella, casas de juego o de prostitución (nota al art. 1515, Cód. Civil de Vélez); si alquila otras dependencias a terceras personas, cuyo destino afecte al locatario, sea por las emanaciones olorosas o los ruidos o la excesiva e intolerable afluencia de gente; si molesta o injuria al inquilino, sus allegados, amigos, proveedores o dependientes; si pone trabas al libre acceso de ellos o impide introducir muebles a la casa. Como se ve, el locador garantiza por sus propias turbaciones de hecho y de derecho.

El locador debe abstenerse de entrar o visitar la finca arrendada, salvo por motivos fundados. Así, por ejemplo, estaría autorizado a hacerlo si se trata de comprobar la existencia de deterioros cuya falta de reparación podría ocasionar daños mayores en el inmueble; o si desea saber si el locatario ha llevado a cabo las reparaciones locativas que están a su cargo; o si se trata de comprobar que el locatario está dando a la cosa un destino distinto del pactado o un uso deshonesto.

600. Sanciones para el caso de incumplimiento de esta obligación

En caso de que el locador viole esta obligación de no perturbar con sus hechos personales el disfrute de la cosa, el locatario puede pedir la resolución del contrato y la reparación de los daños, pero los jueces podrían negar la resolución si esta sanción resultase excesiva en relación con la insignificancia de la turbación. Si la turbación fuere duradera, el locatario puede pedir también una disminución de los alquileres futuros, pero no está autorizado a retener por sí, mientras dure el pleito, parte alguna de los alquileres que vayan devengándose.

601. Obras de reparación hechas por el locador

El locador no solo tiene la obligación, sino también el derecho de efectuar las reparaciones que la ley pone a su cargo. Se explica que así sea, porque no hacerlas puede implicar daños mayores para la cosa o puede haber un encarecimiento de los materiales o mano de obra perjudicial para el locador. El locatario pues, está obligado a permitir que el locador y sus obreros entren en la finca y realicen los trabajos. Pero si las reparaciones interrumpieren el uso y goce estipulado en todo o en parte o fuesen muy incómodas para el locatario, éste tiene derecho a pedir o bien la cesación del

arrendamiento, o bien una disminución proporcional del alquiler durante el tiempo que duren las reparaciones (art. 1201).

Adviértase que este derecho solo se reconoce al inquilino si las reparaciones interrumpen en todo o en parte el goce de la cosa o fueren muy incómodas al locatario. Es decir, que éste está obligado a soportar sin derecho a ningún reclamo las pequeñas reparaciones que no le causen molestia mayor, a menos, claro está, que los daños hayan sido causados por el hecho culposo del locador. Es justo que así sea, pues esas reparaciones redundarían en beneficio del propio inquilino, de tal modo que si las molestias no son importantes, es equitativo que no pueda demandar la rescisión ni la reducción de los alquileres.

602. Obras que no son reparaciones

Si bien el locador está autorizado a hacer reparaciones, en cambio le está vedado hacer cualquier otro trabajo o innovación, aunque sea para ampliar la cosa o simplemente embellecerla, pues le está prohibido perturbar al locatario en el uso y goce pacífico de la cosa (art. 1203), salvo que medie conformidad del inquilino. No podrá alegar el locador que las nuevas obras amplían o embellecen la cosa en beneficio del propio locatario, porque es posible que éste no tenga interés en esas modificaciones y que, en cambio, sí lo tenga en no ser perturbado en el goce de la cosa.

En caso de que el locador haga o pretenda hacer tales modificaciones, el locatario tendrá los siguientes recursos:

a) *Oponerse a la ejecución de las obras*, para lo cual hará valer el interdicto de obra nueva o el de despojo, si la obra le hubiera producido ya una perturbación en su posesión.

b) *Demandar la demolición de las obras*, pero este derecho solo podrá hacerse valer si el inquilino demuestra que la subsistencia de ellas le produce algún perjuicio. Distinto es que la obra no esté todavía realizada; en ese supuesto basta para fundar la oposición del inquilino con los perjuicios que se supone le ocasionarán los trabajos. Pero cuando la obra ya está hecha, si la subsistencia no le ocasiona ningún perjuicio, no puede demandar la demolición sin incurrir en un evidente abuso del derecho, no solo perjudicial para el locador, sino para los intereses sociales, pues significaría la estéril destrucción de un bien; la acción del locatario se limita a pedir la indemnización de los daños por la turbación del goce durante la realización de las obras.

c) *Restituir la cosa y pedir indemnización de daños*. Esta acción es viable durante la realización de los trabajos y aun después, si la subsistencia de las obras le produce al inquilino algún perjuicio; caso contrario, no podrá pedir la resolución del contrato sin evidente abuso del derecho, pero en cambio podrá reclamar se le indemnicen los daños producidos por la turbación del goce de la cosa durante el tiempo que duraron las obras.

603. Turbaciones de hecho causadas por terceros

El locatario puede ser molestado en el uso y goce de la cosa por la acción de terceros que, o bien pretenden un derecho sobre la cosa locada incompatible con la plenitud del ejercicio de la situación de inquilino, o bien lo perturban de hecho. El locador garantiza contra las perturbaciones de derecho y contra las vías de hecho que él mismo causare (art. 1044), mas no por las perturbaciones de hecho causadas por terceros. Con relación a estas, el locatario solo tiene acción contra sus autores (art. 1045). No podrá por consiguiente accionar por daños contra el locador, aunque los autores del hecho fueran insolventes o desconocidos.

Por excepción, los locadores responden de las turbaciones de hecho de terceros en los siguientes casos:

a) *Si las vías de hecho de terceros tomasen el carácter de fuerza mayor*, como devastaciones de guerra, bandas armadas, etc. (art. 1203). Hay que notar que todo

hecho de tercero que deteriore o destruya la cosa, es reputado caso fortuito a cargo del locador; en cambio, cuando el hecho del tercero no afecta la cosa en sí misma, sino solamente su uso y goce por el locatario, no pesa sobre el locador a menos que por su extraordinaria magnitud asuma las proporciones de una fuerza mayor.

b) *Si el locador ha asumido contractualmente la garantía contra las turbaciones de hecho*, pues en esta materia rige el principio de la libertad de las convenciones.

c) *Si el autor del hecho es dependiente del locador*, como, por ejemplo, el portero de una casa de departamentos.

d) Las turbaciones causadas por el propietario vecino o por los locatarios del mismo locador serán tratadas en los números 605 y 609, respectivamente.

604. Turbaciones de derecho causadas por terceros

Si el locador no garantiza al locatario contra las turbaciones de hecho (con las excepciones que ya hemos considerado), en cambio responde por las turbaciones de derecho. Por tales debe entenderse: a) Toda acción de un tercero que pretenda un derecho sobre la cosa, que resulte incompatible con el pleno uso y goce de ella por el locatario; tal sería el caso de que se reclamen derechos de propiedad, posesión, servidumbre, usufructo, uso o habitación (art. 1044). b) Todo hecho o acto material de terceros para cuya realización se invoque un derecho que se alega tener sobre la cosa.

605. Turbaciones del propietario vecino

Los propietarios linderos están obligados a soportar trabajos, muchas veces molestos, en las paredes medianeras, que, según los casos, pueden ser utilizadas para apoyo, demolidas o reconstruidas. No está, pues, en las posibilidades del locador, evitar esos actos del lindero y no sería justo imponerle la obligación de indemnizar al inquilino por los daños que ellos le provoquen, pero tampoco es justo no dar recurso alguno al inquilino que quizá se ve sustancialmente privado del uso y goce de la cosa. Entendemos que se aplica en este caso la solución del artículo 1203, en tanto el mismo refiere a las *frustraciones* en el uso y goce de la cosa, sin individualizar su origen.

Las otras turbaciones de hecho de los vecinos no dan acción al locatario contra el locador, a menos que revistan tal importancia y carácter invencible que puedan ser reputadas como fuerza mayor, en cuyo caso es aplicable el artículo 1203.

606. Obligación del locatario de notificar la turbación al locador

El locatario está obligado a poner en conocimiento del locador toda usurpación o novedad dañosa a su derecho sobre la cosa, como toda acción que se dirija sobre la propiedad, uso o goce de la cosa (art. 1048, inc. a)], bajo la pena de responder de los daños y de ser privado de toda garantía por parte del locador.

Es natural que así sea, porque la primera obligación derivada de la garantía es la de asumir la defensa del locatario (arts. 1046 y 1047) y no es posible responsabilizar al locador del resultado de un pleito que él no pueda defender. La ley no establece formas para la comunicación; cualquier medio debe reputarse suficiente (aun verbal) si puede probarse de modo fehaciente.

La omisión de la comunicación de la turbación tiene los efectos que hemos analizado antes, cuando abordamos el estudio de la evicción en general (véanse nros. 267 y ss.).

607. Situación del locatario frente al turbador

El locatario tiene los siguientes derechos:

a) En primer término, tiene el derecho pero no la obligación de contestar la acción que le sea dirigida por un tercero que pretende derechos sobre la cosa, acción que puede desviar hacia el locador.

b) En caso de actos turbadores de su posesión, realizados por quien pretende derecho a hacerlos, tiene los siguientes recursos: 1) dirigirse al locador para que éste asuma su defensa; 2) accionar contra el turbador por vía del interdicto de despojo si están reunidos los presupuestos procesales correspondientes; 3) demandar al turbador ejerciendo las acciones que contra él tiene el locador, a lo que tiene derecho por vía de subrogación, ya que como acreedor del locador de la obligación que tiene éste de defenderlo contra las turbaciones de terceros, puede sustituirlo en el ejercicio de dichas acciones.

608. Turbaciones causadas por la autoridad pública

La autoridad pública es también un tercero respecto de las partes; pero además, sus actos de turbación son *hechos del príncipe* y, como tal, constituyen una hipótesis de fuerza mayor. Tales son, por ejemplo, la clausura de un local o edificio, la prohibición de una industria, la modificación del nivel de la calle que deja hundida la casa o departamento, el requisamiento de la cosa locada por necesidades militares, etcétera.

El locatario privado total o parcialmente del goce de la cosa podrá pedir la rescisión del contrato o la disminución proporcional del alquiler, o solo esto último si la turbación no fuere importante; pero no reclamar la reparación de daños, desde que el locador no responde por ellos cuando derivan de una fuerza mayor.

Puede ocurrir, sin embargo, que la intervención de las autoridades haya sido motivada por culpa del locador o del locatario. En el primer caso, el locatario tendrá la opción a que nos hemos referido anteriormente y además podrá exigir la reparación de daños al locador.

Los hechos de la autoridad pública que solo disminuyen el provecho que el locatario puede sacar de la cosa locada han sido tratados en el nro. 596.

609. Turbaciones causadas por otros locatarios

El tercer autor de la turbación puede ser otro locatario del mismo locador. No está, pues, totalmente desvinculado de las partes, como ocurre con los otros terceros. Esta vinculación jurídica le da un matiz particular al problema. Para establecer la responsabilidad del locador, hay que distinguir dos hipótesis:

a) El locatario que molesta o turba a otro alega ejercer los derechos que le reconoce el contrato; en tal caso, hay una turbación de derecho de la que responde el locador, en la forma que ya conocemos; así, por ejemplo, el inquilino tendrá derecho a resolver el contrato y a reclamar los daños consiguientes si un locatario de un departamento vecino ha instalado, con la autorización expresa o tácita del locador, una casa de citas o de prostitución o una casa de juego; o si ha instalado una industria o comercio insalubre, ruidoso o maloliente.

b) El locatario vecino no se escuda en su contrato de locación para actuar como lo hace en desmedro de los derechos de otro locatario; éste no tiene ya acción contra el locador porque se trata de una simple turbación de hecho. Así ocurrirá si por descuido de un locatario se inunda un departamento o casa vecina; si el locatario vecino hace ruidos excesivos con su radio o de otro modo. En estos casos el damnificado solo tendrá acción contra el autor de la turbación.

610. Los vicios redhibitorios en la locación

El locador responde, como el vendedor, de los vicios ocultos de la cosa; pero como lo señalaba VÉLEZ en la nota al artículo 1525 de su Código Civil, mientras que el vendedor no está obligado sino por los vicios existentes al tiempo de celebrarse la venta, el locador responde también por los sobrevinientes durante la duración del contrato (art. 1201), solución lógica, pues él tiene el deber de asegurar al inquilino el goce pacífico de la cosa por todo el tiempo del contrato.

El artículo 1220, inciso b), impone, como causal de resolución del contrato, el incumplimiento del deudor respecto de la garantía de los vicios redhibitorios. Se entiende pues, que a falta de un régimen específico que regule el instituto en el marco del contrato de locación; habremos de remitirnos al marco general del instituto regulado entre los artículos 1051 a 1058, que hemos analizado antes (nros. 279 y ss.).

Debe tenerse presente, sin embargo, que la facultad resolutoria reconocida por el artículo 1220, inciso b), está limitada por el artículo 1057 cuando el vicio fuere subsanable y el garante (en este caso el locador) ofrece subsanarlo. En dicha circunstancia, el locatario solo podrá pedir la disminución del precio (art. 1203) y los daños; mas no pedir la resolución del contrato.

Además, el Código Civil y Comercial excluye expresamente como vicio oculto a la pérdida de luminosidad cuando se trata del alquiler de un inmueble (art. 1204). En efecto, *la pérdida de luminosidad del inmueble urbano por construcciones en las fincas vecinas, no autoriza al locatario a solicitar la reducción del precio ni a resolver el contrato, excepto que medie dolo del locador*. Es que el oscurecimiento del inmueble locado, a raíz de construcciones hechas en inmuebles vecinos, no puede ser considerado un vicio, pues, en sí mismo, no es un defecto oculto de la cosa alquilada.

611. Efectos de la existencia de vicios redhibitorios: derechos del locatario

La existencia de un vicio redhibitorio en la cosa locada permite al locatario el ejercicio de las siguientes acciones:

a) *Pedir la disminución del precio o la rescisión del contrato* (art. 1201).

b) ¿Tiene derecho el locatario a *reclamar la reparación de daños*? Aunque la cuestión está controvertida en la doctrina y la jurisprudencia, pensamos que el locador es responsable de tales daños, sea como consecuencia de la obligación de garantía que pesa sobre él, sea como dueño de la cosa que ha producido el daño.

Sin embargo, no responde el propietario si las cosas que introdujo el locatario en el inmueble y que resultaron dañadas, eran extrañas al objeto del contrato; haciendo aplicación de ese principio se resolvió que el locador no responde por la destrucción de películas ocasionadas por filtraciones, si el locatario ha instalado un laboratorio cinematográfico en una casa destinada a vivienda. La culpa del inquilino al dar a la cosa un destino distinto al acordado exime de responsabilidad al locador.

§ 4.— Obligación de pagar mejoras

612. Régimen de mejoras

El Código dedica solo dos artículos a las mejoras (arts. 1211 y 1212), separándolas conceptualmente de las reparaciones. En el primer artículo establece un régimen general de las mejoras, y en el segundo, las consecuencias por su incumplimiento.

A.— MEJORAS QUE EL LOCATARIO PUEDE REALIZAR

613. Principio general

El locatario puede hacer en la cosa arrendada todas las mejoras que tuviere a bien para su utilidad o comodidad, con tal de que no estén prohibidas en el contrato, no alteren su sustancia o forma, o ya haya sido interpelado a devolverla (art. 1211), o fueren nocivas.

Si las reformas alteran la forma o el destino de la cosa, no podrá hacerlas si no está autorizado por el locador, sea en el contrato o posteriormente. ¿Qué debe entenderse por cambio de forma? Se trata de una expresión ambigua, que, no obstante la poca claridad del concepto, brinda al juez una fórmula flexible para oponerse a toda mejora u obra excesiva, hecha en contra del objeto tenido en mira al contratar o que por su magnitud resultare abusiva. Tal ocurriría si el inquilino echa abajo la casa para construir otra más moderna o si la demuele parcialmente para darle otra distribución más a su gusto.

Cesa el derecho de hacer reformas cuando el locatario haya sido interpelado a devolverla (art. 1211), como cuando ha sido citado por desalojo; a partir de ese momento, la realización de toda mejora o reforma sería abusiva, aunque no fuera de las que debe pagar el locador, porque lo que justifica el derecho que se reconoce al inquilino es el uso y goce que tiene de la cosa; pero cuando ya es inminente la devolución, no sería razonable autorizarlo a realizar obras en una cosa que no le pertenece. Pero debe tratarse de una interpelación ajustada a derecho, es decir, que concluya con la sentencia de desalojo. En otras palabras: si interpelado o citado por desalojo el inquilino realiza posteriormente mejoras y luego la demanda es rechazada, su conducta se ajusta a derecho; si por el contrario, la demanda es acogida, su conducta se reputa ilícita y deberá responder ante el locador por daños.

614. Mejoras prohibidas por la ley o el contrato

Si el locatario realiza mejoras que están prohibidas por la ley o convencionalmente, viola la obligación de conservar la cosa en el estado en que la recibió (art. 1212). El locador tiene derecho: a) a impedir su realización, para lo cual se hará valer el interdicto de obra nueva; b) demandar la demolición de las ya realizadas; c) exigir al fin de la locación que la cosa se le restituya en el estado en que la entregó; d) resolver el contrato.

B.— MEJORAS QUE EL LOCADOR ESTÁ OBLIGADO A PAGAR

615. Distintos casos

En los números anteriores hemos visto cuáles son las mejoras que el locatario puede realizar; pero que pueda hacerlas no significa que ellas deban ser pagadas por el

locador. Hay también otras mejoras, o, con más precisión, reparaciones que el locatario debe realizar: las de carácter locativo o pequeño mantenimiento que, salvo convención en contrario, pesan sobre el inquilino (arts. 1206 y 1207), y las que éste se haya comprometido contractualmente a realizar, sea que el costo esté a su cargo o del locador.

Cuando la cuestión de quién debe pagar la obra está resuelta en el contrato, no hay otras dificultades que las derivadas de la interpretación de la declaración de voluntad; más delicado es el problema en ausencia de estipulación. Estudiaremos a continuación las soluciones de nuestro Código en ambas hipótesis.

1.— Ausencia de convención sobre el pago de mejoras

616. Reglas generales

Están a cargo del locador las:

a) Mejoras necesarias

El locador debe cargar con las mejoras necesarias introducidas por el locatario (art. 1211), siempre que el contrato se haya disuelto sin culpa de éste, excepto que sea por destrucción de la cosa (art. 1202).

Para que el inquilino pueda hacer valer su derecho de reintegro, es necesario que el contrato se haya resuelto por un motivo no imputable al locatario, es decir, por culpa del locador, por desaparición de la cosa y por rescisión unilateral, por vencimiento del plazo o por fuerza mayor. En estos casos, no reconocer al locatario el derecho de cobrar las mejoras importaría un injusto enriquecimiento sin causa del locador.

b) Mejoras útiles y suntuarias o de mero lujo

Puesto que estas mejoras son de exclusiva utilidad para el que las hizo, no tienen por qué quedar a cargo del locador (art. 1211). Por ello, el locatario tiene derecho a retirarlas, siempre que no se hubiera convenido que quedaren en beneficio de la cosa, o al hacerlo se la dañe, o no obtuviere provecho con la separación (art. 1224). Pero, cuando el contrato se resuelve por culpa del locador, debe éste pagarlas (interpretación *a contrario sensu* del artículo 1202), pues el locatario contó con gozarlas hasta el término normal del contrato y por ello las hizo; si esta justa previsión ha resultado fallida por culpa del locador, es equitativo que éste pague tales mejoras, por el valor que ellas tienen al resolverse el contrato.

2.— Existencia de convención

617. Reglas interpretativas

Las reglas indicadas en los párrafos anteriores se aplican en defecto de convención contraria de las partes; existiendo tal convención, ella prevalece por dominar en toda esta materia el principio de la libertad contractual.

Cuando los términos de la convención son claros, habrá que sujetarse a ellos; pero ocurre que ciertas cláusulas o estipulaciones pueden prestarse a confusiones. Veamos algunas soluciones clásicas que encontraban fundamento en normas del Código Civil de Vélez.

En primer lugar, la simple autorización concedida por el locador para hacer mejoras útiles y de mero lujo o suntuarias, no lo obliga a pagarlas; es menester, además, que expresamente se comprometa a ello.

En segundo lugar, si en el contrato el locador hubiese autorizado al locatario a hacer mejoras, sin otra declaración, entiéndese que tal autorización se refiere únicamente a las mejoras que el locatario tiene derecho a hacer sin necesidad de autorización especial (art. 1211).

Pero será innecesario el compromiso expreso de pagar las mejoras:

a) Si la autorización para hacer obras se refiere a las reparaciones o mejoras que de cualquier modo está autorizado para hacer y cobrar el locatario (art. 1211), solución lógica, porque estando ellas a cargo del locador sin necesidad de estipulación ninguna, solo podría eximirlo de su pago una convención expresa que dispusiera lo contrario.

b) Si la locación fue por tiempo indeterminado y el locador autorizó al locatario a realizarlas y luego exigió la devolución de la cosa, sin que el locatario hubiera disfrutado de ellas. Sostener lo contrario, viola el principio general de la buena fe que debe gobernar el contrato.

618. Forma y prueba de la autorización para hacer mejoras

La autorización puede hacerse en el mismo contrato de locación o posteriormente, por separado; si ella contiene además el compromiso de pagarlas el locador, debe hacerse por escrito indicándose esa circunstancia.

619. Seguro de la cosa arrendada

Puede ocurrir que el locatario asegure la cosa arrendada; si el contrato no lo autoriza a hacerlo, es obvio que él debe cargar con el costo de la póliza, cuya restitución no podrá reclamar del locador. Igual solución se aplicará al caso de que el locador haya autorizado la contratación del seguro, pero no haya asumido la obligación de pagarlo.

620. Cláusula de quedar las mejoras a beneficio de la propiedad

Imperando en esta materia el principio de la libertad, nada se opone a que el locatario se obligue a realizar ciertas mejoras que, al término del contrato, quedarán en beneficio de la propiedad. Es una estipulación bastante frecuente, a la que se suele avenir el inquilino a cambio de una disminución en los alquileres. Tal estipulación conserva toda su fuerza al término previsto por caso fortuito o fuerza mayor; pero no si el contrato se resuelve por culpa del locador.

Esta cláusula no impedirá, sin embargo, al locatario cobrar las mejoras hechas con autorización del locador si el contrato era de tiempo indeterminado y el locador exigió la restitución de la cosa antes de que el inquilino pudiera gozarlas. Esta conducta sería evidentemente abusiva y permite al inquilino exigir el pago de las mejoras a pesar de la cláusula que dispusiese que estas quedarían en beneficio de la propiedad.

3.— Derecho de retención

621. Principio

Mientras el locador no haya pagado las mejoras que están a su cargo, el locatario tiene derecho a retener la cosa arrendada. Esta atribución se refiere a cualquier clase de mejoras o reparación, sin distinción alguna. Es una medida de coacción destinada a asegurar al locatario el pago de su crédito. Por ello mismo, el derecho de retención cesa si el locador afianzase suficientemente su pago, a las resultas de la liquidación que oportunamente se practique en el juicio.

El derecho de retención está expresamente reconocido por el artículo 1226, el cual amplía la prerrogativa más allá de la propia cosa, a los frutos naturales que esa cosa produzca. La norma dispone, además, que si percibe tales frutos, deberá compensar su valor con la suma dineraria que le sea debida.

Cabe agregar que el locador no puede eximirse del pago de las mejoras haciendo abandono de la cosa porque su obligación nace del contrato y tiene carácter personal.

§ 5.— Obligación de pagar las cargas y contribuciones

622. Gravámenes sobre la cosa y sobre el destino dado a la cosa

Conforme lo dispone el artículo 1209, pesan sobre el locador las cargas y contribuciones que graven la cosa arrendada, tales como la contribución territorial, el impuesto de alumbrado, barrido y limpieza y los servicios normales de obras sanitarias. En cambio, son a cargo del locatario los impuestos o patentes que se impusieran a su actividad, comercio o industria, tales como el impuesto de actividades lucrativas, los de habilitación de locales o negocios, de inspecciones, etc. Nada se opone, empero, a que el locatario tome a su cargo contribuciones que corresponden al locador o viceversa.

§ 6.— Obligación de restituir el depósito de garantía

623. El principio

Al término del contrato el locador está obligado a devolver el depósito de garantía que suele exigirse al momento de la celebración si la cosa locada se restituyera sin otros desperfectos que los provenientes de un uso normal.

En cuanto al monto a devolver, entendemos que se trata de una obligación de valor, y por ello, dicho monto será actualizable en los mismos términos que se hubieren pactado para la actualización de los cánones locativos, o en su defecto, por la tasa activa que apliquen los tribunales con jurisdicción en el contrato. De manera corroborante, cabe aplicar analógicamente el artículo 2225 referido a la prenda, el cual dispone que si la cosa devenga intereses, quien la tiene debe imputarlos al pago de la deuda.

III — OBLIGACIONES DEL LOCATARIO

624. Enumeración

Las obligaciones esenciales del locatario son: a) usar y gozar de la cosa conforme a lo pactado, o, en defecto de pacto, de acuerdo con la naturaleza y destino de la cosa; b) conservarla en buen estado; c) pagar el alquiler o arrendamiento; d) restituir la cosa al término de la locación. Tiene, además, otras obligaciones ocasionales, tales como la de permitir la entrada del locador al inmueble en las circunstancias a que hemos aludido anteriormente (nro. 599) y la de avisar al locador de toda usurpación o turbación por un tercero de la cosa locada (véanse nros. 608 y ss.).

§ 1.— Obligación de usar y gozar la cosa conforme a su destino

625. Concepto

Usar y gozar de la cosa es el derecho esencial del locatario, el objeto que ha tenido en mira al contratar; pero no se trata de un derecho absoluto, sino que debe ejercerse dentro de límites razonables, poniendo la debida diligencia para no dañar la cosa ni perjudicar al locador. En otras palabras, debe usar de la cosa cuidadosamente (Cód. suizo de las Obligaciones, art. 257 f; peruano, art. 1681, incs. 1º y 7º; paraguayo, art. 825, incs. a] y c]; portugués, art. 1038, inc. d]); como si fuese propia (Cód. Civil brasileño, art. 569, inc. I); poniendo la diligencia de un buen padre de familia (Cód. Civil francés, art. 1728, inc. 1º; italiano, art. 1587, inc. 1º; uruguayo, art. 1811, inc. 2º; ecuatoriano, art. 1880; chileno, art. 1939; español, art. 1555, inc. 2º; venezolano, art. 1592, inc. 1º). Son estos principios universalmente aceptados, que nuestro Código no ha recogido en una fórmula general, sin duda por considerarlo innecesario, pero que surgen de algunas de sus disposiciones (arts. 1205 a 1207).

Es posible que los límites del derecho del locatario hayan sido estipulados en el contrato, o que, por el contrario, nada se diga en éste. Estudiaremos a continuación ambas hipótesis.

A.— USO ESTIPULADO EN EL CONTRATO

626. Prohibición de alterar el destino para el cual la cosa ha sido alquilada

El locatario debe dar a la cosa locada el destino acordado en el contrato (art. 1194, párr. 1º). Si el contrato ha estipulado el destino para el cual la cosa puede ser usada, no puede el locatario cambiarlo ni aun demostrando que no trae perjuicio alguno al locador

(art. 1205). La ley quiere que el acuerdo sobre este punto se respete fielmente, sin permitirle al locatario cambios so capa de que no causan perjuicios al locador. Es bueno que los derechos de las partes estén claramente fijados (eso es precisamente lo que se propuso el locador al introducir esa cláusula en el contrato), evitando así discusiones y pleitos. Pero el locador no puede abusar de su derecho; no todo cambio, por insignificante que sea, lo autoriza a demandar por incumplimiento. Así, nuestros tribunales han declarado que no hay cambio de destino de la finca si en una casa alquilada para vivienda, el locatario instala también su consultorio médico, o si en los fondos de la casa alquilada para vivienda se instala un pequeño tallercito o una industria doméstica; en principio, tampoco hay cambio de destino si un local es alquilado para un determinado negocio y se modifica la índole de éste, siempre que el nuevo negocio no cause perjuicio alguno al locador.

La libertad de las partes para convenir el destino y uso de la cosa locada tiene limitaciones legales fundadas en razones de orden público y de moral. El contrato no podría tener un objeto ilícito o deshonesto bajo pena de nulidad. Igualmente carecerá de efectos la cláusula por la que se pretenda impedir el ingreso o excluir del inmueble alquilado, cualquiera que sea su destino, a una persona incapaz o con capacidad restringida que se encuentre bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble (art. 1195). No será nulo el contrato, sino solamente la cláusula ilegal; de ser nulo todo el contrato, no se protegería eficazmente el interés por el que vela la ley, ya que por vía de la invalidez del contrato, el locador lograría el fin ilegítimo que se propuso: impedir que la casa sea habitada por personas incapaces o con capacidad restringida.

627. Uso abusivo

Puede ocurrir que aun sin cambiar el destino para el que la cosa fue alquilada, se incurra en abuso. En verdad, la expresión uso abusivo se emplea normalmente para designar todo uso contrario a derecho, sea porque se altera el destino o porque se hace un uso deshonesto, o finalmente, porque se incurre en cualquier otro abuso.

Éste es precisamente el sentido con que la expresión fue utilizada en las llamadas leyes de emergencia, que admitían el desalojo por este motivo. Sin embargo, desde el punto de vista conceptual resulta posible distinguir entre el cambio del destino y el abuso en que incurre el locatario aun sin alterar el destino de la cosa.

Es uso deshonesto y por lo tanto abusivo, el escándalo y los desórdenes, el desaseo, malas costumbres y vicios de los ocupantes, el instalar en una finca alquilada para familia una casa de juego o una casa de citas o posada clandestina, etcétera.

También incurre en uso abusivo el inquilino que derriba por su cuenta una pared, poniendo en peligro la solidez del edificio; el que hace ruidos intolerables que exceden la medida de las incomodidades ordinarias de la vecindad.

B.— USO NO ESTIPULADO

628. Uso conforme a la naturaleza de la cosa y las costumbres; uso abusivo

Cuando el contrato no previere el uso que debe darse a la cosa, se le dará el que tenía al momento de locarse, el que se da a cosas análogas en el lugar donde se encuentra la cosa, o el que sea conforme con su naturaleza (art. 1194, párr. 2º). Así, por ejemplo, un departamento construido para vivienda no puede usarse para casa de

comercio o industria; un campo propio para cultivos intensivos no puede ocuparse con ganadería, etcétera.

Aun dentro de los límites señalados por la naturaleza y destino de la cosa, el uso debe ser prudente y cuidadoso, para no perjudicar la cosa.

Con particular referencia a los predios rurales, importa uso abusivo arrancar árboles, hacer cortes de los montes, salvo si se lo hiciera para sacar madera necesaria para los trabajos de la tierra o mejora del suelo o a fin de proveerse de leña o carbón para el gasto de su casa. Va de suyo que esta afirmación no es aplicable al caso de que el objeto de la locación sea precisamente la explotación de montes.

C.— DESTINO MIXTO

629. La regla

Dispone el tercer párrafo del artículo 1194 que, a los efectos de este capítulo referido a la locación, *si el destino es mixto se aplican las normas correspondientes al habitacional*.

Sea que las partes hayan pactado un destino mixto (en parte habitacional, en parte comercial o industrial), sea que no se haya pactado destino alguno, pero que se le ha asignado ese doble destino, y teniendo en cuenta la tradicional protección dada a la locación con destino para vivienda, el legislador ha decidido que si existen diversidad de normas, habrá que aplicar las referidas a la locación habitacional.

No está de más tener presente la protección que los artículos 1196 y 1222 dan al locatario cuando se trata, justamente, de una locación habitacional.

D.— SANCIONES LEGALES

630. Sanciones por incumplimiento de esta obligación

Si el arrendatario incurre en uso abusivo de la cosa o la emplea en otro uso que aquel a que está destinada (lo que es también una forma de abuso) el locador tendrá derecho a:

a) Demandar la cesación del uso abusivo.

b) Demandar la resolución del arrendamiento (art. 1219, inc. a)]. Entendemos, sin embargo, que no cualquier abuso puede justificar un pedido de resolución del contrato; debe tener alguna gravedad, que será apreciada, según las circunstancias, por el juez. De no ser grave, el locador solo podrá pedir la cesación del abuso.

c) Demandar la indemnización de los daños (art. 1078, inc. h)]. Esta acción viene a sumarse a las anteriores y es justo que así sea, pues el arrendatario debe pagar al locador todos los daños efectivamente sufridos en su patrimonio por su conducta ilícita.

§ 2.— Obligación de conservar la cosa en buen estado

631. Concepto y remisión

Del deber esencial que tiene el locatario de cuidar la cosa como lo haría un propietario diligente se desprende no solo su obligación de no usarla abusivamente, sino también la de conservarla en buen estado.

No son sino distintos aspectos del mismo deber.

Al ocuparnos de las obligaciones del locador, dijimos que también éste debe conservar la cosa en buen estado; no se trata empero de obligaciones superpuestas, pues tienen una esfera de aplicación distinta. Remitimos a lo dicho en los números 591 y siguientes, en los que se deslindan ambas y se precisa el alcance y contenido de la que pesa sobre el locatario.

Como consecuencia de ella, el locatario responde frente al locador: a) de todo daño o deterioro causado a la cosa locada por su culpa o por el hecho de las personas de su familia que habitan con él, sus dependientes, huéspedes, visitantes ocasionales y subarrendatarios; b) del abandono de la cosa; c) de toda obra nociva o que cambie su forma, o su destino, o que hubiera sido prohibida en el contrato; d) de la omisión de las reparaciones locativas.

A.— DETERIORO CULPABLE DE LA COSA

632. Regla legal

El locatario es responsable de todo daño o deterioro que se causare, excepto que se deba a la acción del locador o de dependientes de éste. Responde, entonces, por los daños o deterioros causados por su culpa o por el hecho de las personas de su familia, de sus domésticos, trabajadores y subarrendatarios. Incluso, expresamente se establece que responde por los deterioros causados por visitantes ocasionales (art. 1206, párr. 1º), noción que abarca, desde luego, a los huéspedes.

Todo daño o deterioro que exista al tiempo de la restitución de la cosa, se presume originado en la culpa del locatario o en la acción de personas por las que debe responder, siendo de cuenta suya la prueba de que los deterioros se deben al vicio o defecto de la cosa, o a fuerza mayor, o que son de aquellos que se producen normalmente por el uso correcto de la cosa, o a la culpa del locador o de los dependientes de este último.

La parte final del artículo 1206 prevé una solución novedosa: *el locatario responde por la destrucción de la cosa por incendio no originado en caso fortuito*. Con otras palabras, se presume la responsabilidad del locatario ante el incendio que destruye la cosa; si quiere liberarse, deberá probar que el incendio se originó en un supuesto de caso fortuito. En definitiva, el locatario, como guardián de la cosa, responde por los daños que ella sufra.

633. Sanción por el incumplimiento de esta obligación

Cuando la cosa se deteriora por culpa del locatario o de las personas de cuyo hecho es responsable, el locador puede exigir que haga las reparaciones necesarias o la disolución del contrato (art. 1219, inc. b)). Pero el locador solo tiene esta opción en casos graves; si los deterioros no tienen importancia mayor, solo podrá pedir la realización de las reparaciones. En cualquiera de las dos hipótesis podrá reclamar además la indemnización de los daños.

B.— ABANDONO DE LA COSA

634. Concepto de abandono

Al locatario le está prohibido hacer abandono de la cosa locada, aunque lo hiciere por necesidad personal (art. 1206), tal como sería un viaje, una enfermedad, un cambio de destino en su empleo. Por abandono debe entenderse toda prolongada ausencia sin dejar la cosa bajo el cuidado de otra persona (noción que se desprende del art. 1206, párr. 1º, parte final); no lo habrá si el inquilino se ausenta regularmente algunos días de la semana, dejando la casa cerrada, o si se aleja de ella por breve temporada, como es usual por motivos de descanso, viajes cortos, etcétera.

Tampoco habrá abandono si la conducta del locatario obedece a motivos vinculados con la propia cosa o con el lugar en que ella se encuentra; así, por ejemplo, si se ha dejado una finca por orden de la autoridad sanitaria a raíz de una epidemia, o si en caso de guerra fuese peligroso continuar en ella por la proximidad de las operaciones, o si existe grave peligro de inundación, etc.; en verdad se trata de hipótesis de fuerza mayor.

No es necesario que el abandono haya producido perjuicio al locador para que éste tenga derecho a ejercer las acciones que la ley le confiere, pues no se trata tan solo de poner coto a los perjuicios ya sufridos, sino también de prevenir eventuales y muy probables daños, derivados del abandono en que la cosa ha sido dejada.

635. Sanciones por el incumplimiento de esta obligación

Si el locatario incurre en abandono, el locador tiene derecho a tener por resuelto el contrato y retomar la cosa (art. 1219, inc. b)). No será necesario intimarlo a que cumpla.

Tampoco es necesario que la cosa haya sufrido daños como consecuencia del abandono, pues esta situación coloca en peligro la cosa y con ello basta para justificar el interés del dueño para accionar.

C.— OBRAS O MEJORAS PROHIBIDAS

636. Obras y mejoras prohibidas

El locatario no puede hacer mejoras que cambien la forma de la cosa o alteren su sustancia (art. 1211), o sean nocivas o muden su destino.

Tampoco podrá realizar las que le fueren prohibidas por el contrato (art. citado). Si las hiciera, estaría violando el deber de conservar la cosa en el estado en que la recibió (art. 1212).

637. Sanciones

El locador podrá: a) impedir su realización, mediante el interdicto de obra nueva; b) demandar la inmediata demolición de las obras ya realizadas; c) resolver el contrato, sea porque no se ha conservado debidamente la cosa, sea porque se ha cambiado su destino (art. 1219, incs. a] y b]).

Finalmente, el locador tendrá siempre la acción de resarcimiento de los daños sufridos.

D.— REPARACIONES LOCATIVAS

638. Concepto: remisión

El locatario tiene a su cargo las mejoras de mero mantenimiento (art. 1207), esto es, la reparación de los deterioros menores, que son regularmente causados por las personas que habitan el edificio.

La ley pone estas reparaciones a cargo del locatario, pero nada se opone a que los contratantes estipulen lo contrario, del mismo modo que las reparaciones que por ley correspondan al locador pueden ser asumidas convencionalmente por el locatario (véanse nros. 591 y ss.).

639. Sanciones

Por lo común, el locador no tiene interés en que las reparaciones locativas se lleven a cabo, sino al término del contrato; pero podrá exigir su realización aun durante su vigencia, si la omisión de ellas causare o pudiera causar un daño mayor a la cosa.

Concluido el contrato sin hacerse las reparaciones, el locador podrá realizarlas por cuenta del locatario o descontar el valor de ellas de las sumas dadas en depósito.

E.— MEJORAS ESTIPULADAS

640. Sanciones

Es posible que en el contrato o, posteriormente, el locatario se haya comprometido a la realización de ciertas obras o mejoras. Para lograr el cumplimiento de esta promesa, el locador tiene a su disposición los siguientes recursos:

a) Si el locatario ha asumido tal compromiso sin recibir suma alguna del locador ni haberse estipulado en el contrato una reducción de los alquileres como compensación, el locador podrá exigir judicialmente que se hagan en el plazo que la sentencia determine, bajo apercibimiento de resolver el contrato (art. 887, inc. b]). Si el contrato estipulare plazo para la realización de las obras, la demanda por cumplimiento podrá

intentarse recién cuando ese plazo se haya vencido o cuando sea cierto que no podrán hacerse dentro del término previsto (art. 887, inc. a]).

Resuelto el contrato, el locador puede reclamar además la reparación de los daños.

b) Si el locatario hubiere recibido alguna cantidad o se hubiere beneficiado con una rebaja de los alquileres como compensación por la realización de las obras, el locador podrá exigir se lleven a cabo bajo apercibimiento de resolverse el contrato, en cuyo caso podrá reclamar, además, la devolución de la suma entregada (o en su caso, el pago de la diferencia de alquileres), con sus intereses.

F.— CASOS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL LOCATARIO

641. Distintas causales

No tendrá responsabilidad el locatario por los deterioros o la pérdida de la cosa en los siguientes casos:

a) Caso fortuito

Cuando la pérdida total o parcial de la cosa o su deterioro o la imposibilidad de usarla y gozarla conforme a su destino fue motivada por caso fortuito o fuerza mayor, no habrá responsabilidad del locatario (art. 1203).

El artículo 1206 ha adecuado la legislación al derecho comparado (Cód. Civil francés, art. 1733; italiano, art. 1588; paraguayo, art. 828; mexicano, arts. 2435 y ss.; peruano, art. 1683), estipulando que el locatario responde por la destrucción de la cosa por incendio, salvo el que se ha originado por caso fortuito. Muchas son las razones que imponen esta solución: el locatario tiene a su cargo el cuidado de la cosa y debe responder de los daños y deterioros, mientras no pruebe que no hubo culpa de su parte; el incendio que no viene propagado de otros edificios, generalmente se origina en descuidos o negligencias de quienes habitan la casa; el locador, por lo común, estará en la imposibilidad de probar que hubo culpa de alguna de las personas que la habitaban, pues es muy difícil penetrar en la intimidad del hogar; así, pues el derecho que se le reconoce de probar esa culpa será casi siempre ilusorio; en cambio, al locatario le es muy simple demostrar que el incendio tuvo su origen en un caso fortuito.

b) Vicio de la cosa

Tampoco habrá responsabilidad del locatario si la pérdida o deterioro proviene del vicio, calidad o defecto propio de la cosa, pues ella dejaría de servir al objeto de la convención (art. 1203).

c) Extinción natural de la cosa

No responde el locatario si la cosa se ha extinguido paulatinamente por efecto natural del uso estipulado. Como caso típico puede señalarse el de una mina o cantera agotada por la extracción de sus productos.

A.— DE LA OBLIGACIÓN EN GENERAL

642. Concepto

El pago del alquiler o arrendamiento es la obligación esencial del locatario, como que es el objeto que el locador ha tenido en mira al contratar. Todo lo referente a si la fijación del alquiler es un elemento esencial del contrato, si puede convenirse un alquiler en otros valores que no sean dinero, la forma de pago, etc., ha sido tratado en los números 564 y siguientes.

Solo cabe hacer una aclaración respecto de la locación habitacional. Es práctica común en las locaciones con fines comerciales el cobro por parte del locador del llamado "valor llave". El valor llave es una noción tomada del artículo 1º de la [ley 11.867](#), que constituye una compensación al locador por el beneficio que él otorga al locatario al permitirle trabajar aprovechando clientela, productos, etc., asociados al inmueble locado. Nada de esto existe en la locación habitacional, y por ello está prohibido en este caso el pago de valor llave o equivalentes (art. 1196, inc. c)).

643. Época del pago

El alquiler debe pagarse en los plazos convenidos en el contrato y, en su defecto, conforme a las estipulaciones del artículo 1208, *in fine*. La norma presume que el pago debe hacerse por adelantado. Si se trata de una cosa mueble, debe pagarse íntegramente el precio convenido; si se trata de un inmueble, debe pagarse por período mensual. Pero debe recordarse que la facultad que la mentada norma otorga a las partes de convenir la forma de pago es inaplicable a la locación habitacional; en efecto, en este caso, el locador no puede exigir el pago de alquileres anticipados por períodos mayores a un mes (art. 1196, inc. a)).

644. Lugar de pago

El alquiler debe pagarse en el lugar convenido y, a falta de convenio, en el domicilio del locatario, que es el deudor de la prestación (art. 874).

645. Prueba del pago entre las partes y con relación a terceros

El Código no contiene reglas especiales en materia de prueba de pago entre las partes; se aplican pues los principios generales establecidos en los artículos 894 y siguientes. El medio normal de prueba es el recibo (art. 896); el recibo correspondiente a un período hace presumir el pago de todos los anteriores, salvo prueba en contrario (art. 899, inc. b)).

Con relación a los terceros, disponía el artículo 1574 del Código Civil de Vélez que *aunque en el contrato esté expresado el tiempo en que el locatario deba hacer los pagos, o cuando la costumbre lo determinase por la clase de la cosa arrendada, él puede oponer a terceros que estén obligados a respetar la locación, los recibos de alquiler o rentas que tenga pagados adelantados, salvo el derecho del perjudicado, si tal pago no fue de buena fe*. Los terceros que están obligados a respetar los recibos son los compradores de la cosa, los acreedores del locador, sean privilegiados o simplemente quirografarios, y los cesionarios de los alquileres.

Ante la ausencia de normas en el Código Civil y Comercial sobre esta cuestión, entendemos que cabe mantener el criterio de la norma derogada. En definitiva, si el locatario ha acreditado el pago del precio de la locación, y ese pago fue hecho de buena fe, la prueba del pago es oponible a los compradores de la cosa, a los acreedores del locador y a los cesionarios.

Sin embargo, deberá tenerse presente que los terceros, que son acreedores del locador, podrán solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor (en el caso, la recepción del pago hecho por el locatario) en fraude de sus derechos (art. 338).

646. Pago anticipado de alquileres frente a los acreedores del locatario

Los acreedores del locatario insolvente o los administradores de la masa fallida del locatario no pueden pedir, en ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, la anulación de pagos anticipados de alquileres o rentas si el locatario continúa en el uso de la cosa, pero pueden pedir la restitución de los pagos, en casos de rescindirse el contrato. El fundamento de esa solución es que el alquiler es la compensación por el uso de la cosa, de tal modo que no sería justo privar de él al locador, mientras la cosa siga siendo ocupada por el locatario.

B.— GARANTÍAS DEL PAGO DEL ALQUILER

647. Enumeración

Puesto que el pago del alquiler es el objeto principalmente tenido en mira por el locador al celebrar el contrato, la ley ha querido asegurarle que no será burlado en sus derechos y que no se verá privado del goce del bien que le pertenece sin una adecuada compensación. Las garantías establecidas en su favor son las siguientes: a) Puede pedir la resolución del contrato y el consiguiente desalojo del inquilino si éste deja de pagar dos períodos consecutivos del alquiler (art. 1219, inc. c]). b) Tiene un derecho de retención sobre los frutos y objetos que se encuentran en el inmueble alquilado (arg. art. 2587). c) Tiene acción ejecutiva para perseguir el cobro de los alquileres (art. 1208). d) El contrato puede prever fianzas personales o reales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del locatario, pero el depósito de garantía (fianza real) no puede exceder del importe de un mes, si se trata de locaciones de vivienda (art. 1196, inc. b]).

1.— Resolución del contrato por falta de pago

648. Norma legal

La resolución del contrato se hace efectiva por el procedimiento del desalojo (art. 679, Cód. Proc. Civ. y Com.), luego de que el locatario no abonare dos períodos consecutivos el alquiler pactado (art. 1219, inc. c]).

649. Indemnización de daños

La resolución del contrato por falta de pago obliga al locatario a resarcir los daños consiguientes (art. 1078, inc. h)). En esos daños debe contarse el tiempo que la casa estuvo desalquilada, sea por la realización de refacciones indispensables para volver a alquilarla, sea porque no se encontró interesado no obstante haberse realizado todas las diligencias del caso para lograrlo. Naturalmente, esa indemnización tendrá como límite máximo el alquiler que hubiera pagado el locatario de cumplir el contrato durante todo su término.

2.— Derecho de retención

650. El artículo 2587

Dispone el artículo 2587 que *todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa. Tiene esa facultad sólo quien obtiene la detentación de la cosa por medios que no sean ilícitos.*

Entendemos que esta norma es invocable por el locador. Resulta razonable facultar al locador, para seguridad del pago del precio, a retener todos los frutos existentes en la cosa arrendada y todos los objetos con que se halle amueblada, guarnecida o provista y que pertenezcan al locatario. Desde el punto de vista técnico, puede considerarse una impropiedad hablar en este caso de derecho de retención, pues esta atribución se ejerce sobre cosas que no están en el poder o tenencia del locador; en verdad, se trata de un derecho de impedir, mediante un mandamiento judicial, que tales cosas se retiren del inmueble alquilado.

Este derecho se ejerce sobre los frutos de la cosa existentes en ella y sobre todas las cosas que haya introducido en ella el inquilino y sean de su propiedad. Dentro de estas últimas están incluidas las cosas que sean para el uso o comodidad del inquilino, sus muebles, sus máquinas, mercaderías, instrumental de trabajo para su comercio o industria, etc. Aunque la ley no lo dice, también están afectados los productos de la cosa, pues es obvio que si lo están los muebles, mercaderías, maquinarias, etc., del locatario, con cuánta mayor razón deben estarlo los productos.

En cambio, deben excluirse los bienes que la ley declara inembargables; en tal caso, en efecto, no se explicaría el derecho de retención, desde que de todas maneras el locador no podría ejecutarlos para cobrarse de su producido.

También están excluidas las cosas pertenecientes a terceros; sin embargo, se presume que tales cosas son de propiedad del locatario, y el tercero que alegue lo contrario debe probarlo si desea sustraerlas a la acción del locador.

3.— Acción ejecutiva

651. Garantía procesal

Con el propósito de proteger enérgicamente al locador contra la mora del locatario, el artículo 1208 invade el ámbito del derecho procesal estableciendo la vía ejecutiva para el cobro de los alquileres. La norma no formula salvedad alguna entre alquileres de inmuebles o muebles; por lo tanto, debe entenderse que se aplica a todo tipo de locación.

¿La acción ejecutiva solo puede hacerse valer cuando se trata del cobro de los alquileres o, por el contrario, puede invocarla el locador por cualquier deuda derivada de la locación? Esta última solución es la que da el artículo 1208, según el cual la acción ejecutiva contra el locatario se concede por el cobro de alquileres o de cualquier otra prestación de pago periódico asumida convencionalmente por el locatario. Entre tales prestaciones de pago periódico, cabe incluir los gastos de expensas comunes, tasas, servicios o impuestos, asumidos por el locatario.

En cambio, no gozan de la acción ejecutiva, los créditos por retención indebida de la cosa locada, ni el reclamo de los daños derivados del hecho culposo del locatario o de no haber realizado las reparaciones locativas u otros perjuicios derivados de la resolución del contrato. Así, los tribunales han declarado con razón, que cuando se acciona por el cobro de los períodos en que el inmueble estuvo desocupado como consecuencia de la resolución del contrato por culpa del locatario, no procede la vía ejecutiva, puesto que el locador debe probar que no pudo alquilar la cosa durante ese tiempo, lo que quita liquidez y certeza a su crédito. Es claro que podría hacerse valer la vía ejecutiva si el locatario hubiera reconocido ante escribano o judicialmente el monto de los daños y perjuicios adeudados; pero entonces bastaría con lo dispuesto genéricamente por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 523, inc. 2º) para toda clase de deudas reconocidas en esa forma.

Es conveniente señalar, finalmente, que en materia de locaciones habitacionales, el artículo 1222 establece que previamente a la demanda por desalojo por falta de pago de los alquileres, el locador debe intimar fehacientemente (la forma normal es el telegrama colacionado o la carta documento) el pago de la cantidad debida, otorgando para ello un plazo no menor a 10 días contados a partir de la recepción de la intimación, consignando el lugar de pago. La falta de intimación operará como impedimento para el cobro judicial de los alquileres, así como para la procedencia del desalojo.

652. Derecho de compensación

Dentro del juicio de cobro de alquileres, el locatario tiene derecho a oponer la compensación de los gastos o mejoras que tuviere derecho a cobrar del locador (art. 928), aunque el valor cierto de ellos dependa de liquidación (art. 924).

§ 4.— Obligación de restituir la cosa

653. Noción y remisión

Al término del contrato, el locatario está obligado a devolver la cosa al locador (art. 1210) o a quien lo hubiere sucedido en sus derechos, fuere a título universal o singular.

Veremos esta obligación al tratar de la conclusión de la locación.

§ 5.— Obligación de avisar ciertos hechos al locador

654. Hechos que deben ser puestos en conocimiento del locador

El locatario está obligado a dar aviso de los siguientes hechos:

a) De toda usurpación o turbación de su derecho y toda acción relativa a la propiedad o posesión (art. 1004), como podrían ser los actos posesorios de quien pretende tener un derecho de dominio, posesión o servidumbre sobre la cosa. La omisión del aviso tiene dos sanciones precisas: 1) la pérdida de la garantía de evicción; 2) la obligación de indemnizar al locador de los daños que pudieran resultarle de no haber conocido en momento oportuno el acto de turbación. Pero el locatario no incurrirá en responsabilidad alguna si probara que el locador no tenía defensas legítimas que oponer a la acción del tercero.

b) También está obligado a avisarle de todo vicio o deterioro o destrucción que por caso fortuito u otro motivo haya sufrido la cosa y cuya reparación esté a cargo del locador, si de la demora en hacer los trabajos de reparación pudieran derivarse mayores deterioros o pérdidas.

§ 6.— La fianza en la locación

655. Extensión de la fianza

Las fianzas otorgadas en garantía del cumplimiento de las obligaciones del locatario obligan al que las prestó no solo al pago de los alquileres sino también al de cualquier otra suma de dinero que pueda adeudar el locatario como consecuencia del contrato, salvo que se la hubiere limitado expresamente a determinadas obligaciones (art. 1575).

En otras palabras: si el contrato no contiene una limitación expresa de la fianza, la responsabilidad del fiador es amplia y cubre todas las obligaciones del locatario.

656. Término del contrato de locación y fianza: hasta qué momento continúa obligado el fiador

Con gran frecuencia, luego de vencido el término del contrato originario, las partes lo continúan por acuerdo expreso o tácito. Si el contrato establece simplemente la fianza, sin más agregado, no hay duda de que las obligaciones del fiador concluyen al término del contrato originario, por más que luego las partes lo prorroguen. Pero lo habitual es que el fiador se obligue como principal pagador "hasta la desocupación de la casa" o "hasta la entrega de las llaves". Suponiendo que las partes prorroguen la vigencia de la locación, ¿continúa obligado el fiador hasta la desocupación efectiva de la casa o, por el contrario, sus obligaciones acaban al concluir el término del contrato originario? Es esta una cuestión que ha dado lugar a un largo debate en nuestra doctrina y motivado decisiones contradictorias de los tribunales que fue superado con la sanción de la ley 25.628 que incorporó el artículo 1582 bis al Código Civil de Vélez.

El artículo 1225 ha recogido la citada norma, y dispone que *las obligaciones del fiador cesan automáticamente al vencimiento del plazo de la locación, excepto la que derive de la no restitución en tiempo del inmueble locado. Se exige el consentimiento expreso del fiador para obligarse en la renovación o prórroga expresa o tácita, una vez vencido el plazo del contrato de locación. Es nula toda disposición anticipada que extienda la fianza, sea simple, solidaria como codeudor o principal pagador, del contrato de locación original.*

Como se ve, la norma sanciona con la nulidad a toda estipulación por la cual se pretendiere prorrogar la obligación del fiador más allá del vencimiento del contrato, así como a las extensiones anticipadas; solamente el consentimiento del fiador posterior al vencimiento del contrato lo obliga por las deudas devengadas a partir de ese momento. Sin embargo, es necesario destacar que la responsabilidad asumida por el fiador del contrato de locación, en lo que respecta a la falta de restitución en tiempo del inmueble locado, subsiste (conf. CNCiv., Sala B, 6/5/2019, "MOPIL S.C.A. c/Pastalinda S.A. y otros s/Ejecución", E.D. diario del día 5/7/19).

657. Las prórrogas o renovación del contrato

El artículo 1225 dispone que el fiador queda liberado de su responsabilidad cuando el locador y el locatario han prorrogado tácita o expresamente, o renovado el contrato a su vencimiento, sin contar con su conformidad. La solución es de estricta justicia, pues el nuevo acuerdo de voluntades está prescindiendo de la voluntad del fiador y comprometiendo en forma más amplia su patrimonio, al extender la duración de la obligación.

658. La modificación del precio

Si bien la norma no contempla de manera expresa la hipótesis de la modificación del precio de la locación, la solución no puede variar: el fiador debe ser liberado cuando el locador y el locatario han modificado el contrato y agravado las obligaciones afianzadas. Esta situación es, también, gravísima, pues al ampliarse la responsabilidad del fiador, se ha comprometido en forma más severa su patrimonio.

El tema es importante, pues la modificación del precio de la locación puede acordarse sin instrumentar un nuevo contrato escrito, a pesar de lo que dispone el artículo 1188, por lo que debe recordarse que *los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución* (art. 1020). La modificación del precio ha provocado la novación de la obligación original, ya que importa una alteración querida por las partes, lo que demuestra una intención indubitable de novar.

659. Nulidad de la cláusula que anticipadamente extiende la fianza

El artículo 1225 declara la nulidad de toda cláusula que, en el contrato de locación original, admita que la fianza se extienda más allá del vencimiento contractual. Se trata de una cláusula nula, de nulidad relativa, pues el interés comprometido es solo el del fiador.

660. Locaciones comprendidas por el artículo 1225

La norma abarca a todas las locaciones inmobiliarias, atento a la referencia que a ese tipo de bien hace el primer párrafo. Por lo tanto, quedan comprendidos los arrendamientos urbanos y rurales, pues las normas del Código Civil y Comercial son de aplicación subsidiaria a estos últimos.

IV — CESIÓN DE LA LOCACIÓN Y SUBLOCACIÓN

§ 1.— Generalidades

661. Concepto de cesión de la locación y sublocación: semejanzas y diferencias

El inquilino puede hacer el traspaso de sus derechos en favor de un tercero por una doble vía: la cesión del contrato y la sublocación. La analogía de los dos procedimientos es notoria; en ambos casos, el arrendatario traspasa sus derechos a un tercero; en ambos, aquel deja de tener el uso y goce de la cosa locada. Pero las diferencias son también importantes por lo menos en nuestro régimen legal. En la sublocación hay un nuevo contrato de locación que viene a superponerse al primero (art. 1214); en la cesión es el mismo contrato originario que se transfiere al cesionario, y las relaciones entre él y el cedente se regirán por las reglas de la cesión la posición contractual (art. 1213). De esta diferencia esencial surgen estas otras: a) En cuanto a los efectos, la cesión solo será válida respecto de terceros desde la notificación al deudor cedido (art. 1620); en tanto que en la sublocación, la notificación al locador principal es irrelevante respecto de terceros. b) El sublocatario puede exigir que la cosa se le entregue en buen estado de conservación (art. 1215), derecho de que carece el cesionario. c) El cedente, en principio, carece de acción para demandar al locador por el cumplimiento de sus obligaciones (art. 1637); en cambio el locatario-sublocador la tiene. d) También puede señalarse una diferencia importante, en cuanto a la extinción de los derechos derivados de uno y otro contrato para el beneficiario del traspaso: el cesionario debe respetar fielmente las cláusulas del contrato originario y carece de todo derecho contra el cedente si el contrato restringiera las contribuciones normales que de acuerdo con la ley corresponden al locatario; en cambio, el sublocatario, cuyo contrato no especifica restricciones análogas a las contenidas en el contrato originario, tiene acción contra el sublocador por la obligación de garantía. Y a la inversa, el cesionario tiene acción directa contra el locador originario para obligarlo a cumplir todas las obligaciones que éste contrajo respecto del locatario cedente (art. 1637); en tanto que el sublocatario no puede exigir del primitivo locatario sino el cumplimiento de los derechos que le confiera su propio contrato; así, por ejemplo, si el locador originario se hubiese obligado respecto de su inquilino a realizar determinadas mejoras y este compromiso no estuviese contenido en el segundo contrato, el sublocatario no podría exigir su cumplimiento del locador originario, en tanto que sí podría hacerlo el cesionario. e) La cesión puede ser gratuita, en tanto que la sublocación es siempre onerosa.

Pero si bien se mira el problema, se advertirá fácilmente que tales diferencias surgen tan solo de la reglamentación legal; el papel económico jurídico que en la vida práctica desempeñan la cesión y la sublocación es exactamente el mismo. La finalidad económica esencial perseguida por las partes al celebrar uno y otro contrato es idéntica.

662. Sublocación de toda la cosa

Penetrando en la realidad jurídica del negocio, el Código Civil y Comercial dispone que, más allá de las palabras usadas en el contrato, si se ha convenido la sublocación de toda la cosa, ello no es una sublocación sino una cesión de la posición contractual (art. 1213, párr. 3º).

663. Derecho de ceder y sublocar

En el sistema del Código Civil de Vélez se había consagrado una regla de larga tradición jurídica, sus orígenes se remontan al derecho romano: el locatario puede ceder o sublocar en todo o en parte la cosa arrendada, salvo que le estuviese prohibido por el contrato.

Se trata de una regla por demás discutible, pues prescinde de ciertas cuestiones que resultan esenciales. Es que el contrato por el cual el dueño entrega la cosa a una persona en locación es un acto de confianza; se elige el locatario por su solvencia, sus condiciones morales, su seriedad, sus costumbres. Es un contrato *intuitu personae*, pues la persona del locatario es un elemento tenido en mira al contratar.

Por todo ello este derecho a ceder y sublocar empezó a estar sometido a sustanciales restricciones. El primer paso fue dado en materia de arrendamientos rurales: está prohibido salvo conformidad expresa del arrendador (art. 7º, [ley 13.246](#)).

Y el Código Civil y Comercial ha avanzado en esta línea. Por un lado, la cesión del contrato de locación se rige por lo dispuesto en el contrato de cesión de la posición contractual (art. 1213, párr. 1º); y el artículo 1636 establece que solo se puede transmitir a un tercero la posición contractual, si las demás partes lo consienten, antes, simultáneamente o después de la cesión. Por lo tanto, no puede haber cesión de la locación si no se cuenta con la conformidad del cedido, que en este caso es el locador. Por otro lado, el artículo 1214 admite que se pueda sublocar la cosa si no hay pacto en contrario. Pero deben diferenciarse dos supuestos. El primero, si se ha facultado genéricamente al locatario a subalquilar; en este caso basta lo acordado. El segundo, si se ha guardado silencio sobre la posibilidad de subalquilar: el mero silencio en el contrato original no es suficiente para admitir la sublocación. En efecto, la citada norma establece que se debe comunicar al locador, por medio fehaciente, la intención de sublocar, indicándole el nombre y domicilio de la persona con quien se propone contratar, y el destino que el sublocatario asignará a la cosa. Y no se trata de una mera comunicación formal, pues el locador podrá oponerse a la sublocación, para lo cual la norma le impone dos condiciones: que lo haga por medio fehaciente y dentro del plazo de diez días de notificado, tomándose su silencio como conformidad con la sublocación propuesta. Finalmente, debe señalarse que tan importante es esta conformidad del locador para la validez de la sublocación, que si el locatario-sublocador celebra el contrato de sublocación, pese la oposición del locador, o con apartamiento de los términos que comunicó, viola la prohibición de variar el destino de la cosa locada (art. 1214, párr. 3º), lo cual importa el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales que el locatario tiene y que habilita al locador a resolver el contrato (art. 1219, inc. a)).

664. Limitaciones al derecho de ceder y sublocar

El derecho de ceder y sublocar no puede ser ejercido de manera abusiva o que resulte perjudicial para los intereses del locador. De ahí se desprenden que el subarriendo y la cesión de la locación se juzgarán hechos siempre bajo la condición implícita de que el cesionario y el subarrendatario usarán y gozarán de la cosa conforme al destino para que ella se entregó por el contrato entre locador y locatario, aunque éste no lo hubiera estipulado en su contrato con el cesionario o subarrendatario. Es natural que así sea, de lo contrario, el contrato originario quedaría desvirtuado con grave perjuicio del locador; por lo demás, el locatario no puede transmitir un derecho mejor ni más extenso que el que posee.

665. Derecho de prestar la cosa

Salvo estipulación en contrario, el locatario tiene también el derecho de prestar la cosa. Este derecho tanto puede ejercerse respecto de las cosas muebles, como de inmuebles.

666. Cláusula prohibitiva de ceder o sublocar

En la práctica de los negocios, es frecuentísima la cláusula según la cual queda prohibido al locatario la cesión del contrato o la sublocación. No es necesario que tal prohibición esté formulada expresamente, bastaría que ella surgiera claramente de los términos del contrato. Así, por ejemplo, se ha decidido en un caso que la cláusula según la cual la casa se alquila estrictamente para la familia del locatario implica prohibición de ceder o subalquilar.

Basta que el contrato contenga la prohibición de ceder para que se repute implícita la de sublocar y viceversa (art. 1213, párr. 2º); es natural que así sea porque la finalidad económica de ambas prohibiciones es la misma y no se explicaría que se autorice a ceder si se prohíbe sublocar.

667. Transferencia del fondo de comercio y prohibición de ceder la locación

La prohibición de ceder y sublocar reviste una particular importancia práctica en el caso de transferencia de fondos de comercio. Las razones que en este caso pueden hacerse valer para autorizar la cesión del local a pesar de la prohibición contractual son sin duda importantes. El local seguirá ocupado por el mismo tipo de negocios; por tanto, si se garantiza al dueño las condiciones de solvencia y buen crédito del nuevo propietario, no parece razonable su oposición a la transferencia. Todavía puede agregarse que la [ley 11.867](#) declara que el derecho al local es un elemento constitutivo del fondo del comercio y si el comerciante está autorizado a transferirlo, parece que no puede negársele el derecho a hacerlo con su sustento físico, que es el local. Aunque importantes, estas razones no son ni con mucho decisivas. La locación es un contrato *intuitu personae* y no puede obligarse al dueño a tener un inquilino que no desea. Por lo demás, el arrendatario aceptó la cláusula contractual que le impedía ceder y no puede extrañarse más tarde de que no pueda transferir su negocio.

668. Sanción para el caso de cesión o sublocación contra la prohibición contractual

Si el inquilino incurre en esta transgresión de sus obligaciones contractuales, tendrá el locador los siguientes recursos: a) hacer cesar el uso y goce del cesionario o sublocador; b) demandar la rescisión del contrato (art. 1219, inc. a)]; c) en cualquiera de las hipótesis anteriores tendrá, además, acción por los daños sufridos (art. 1078, inc. h)).

669. Situación del cesionario o sublocatario

Frente al locador primitivo, la situación del cesionario o sublocatario es eminentemente precaria y tiene que desalojar la cosa si aquel lo exige. En cambio, el locatario cedente o sublocador no podrá negarse a entregarle la cosa aduciendo que su contrato originario le impedía tal cesión. Él está obligado a cumplir sus obligaciones contractuales hasta que el locador originario plantee su oposición.

Pero cabe preguntarse si también el sublocatario o cesionario estará obligado a tomar posesión de la cosa, teniendo conocimiento de la prohibición y sabiendo la amenaza que se cierne sobre su derecho. Habrá que distinguir dos hipótesis:

a) Si en el momento de firmar el contrato de cesión o sublocación el cesionario o sublocatario conocía la existencia de la prohibición legal, no podrá negarse a recibir la cosa, porque él ha contratado asumiendo el riesgo y está obligado a cumplir.

b) Si, por el contrario, contrató ignorando la existencia de la prohibición legal, está autorizado a negarse a recibir la cosa, pues es obvio que no se lo puede obligar a tomar posesión de ella exponiéndolo a la acción del locador originario; más aún, podrá exigir la indemnización de los daños sufridos por la conducta dolosa de quien le ocultó la verdadera situación.

§ 2.— Efectos de la cesión

670. Relaciones entre cedente y cesionario

Las relaciones entre cedente y cesionario se rigen por las reglas de la cesión de derechos (arts. 1636 y ss.), que hemos estudiado antes (véanse nros. 213 y ss.). Pero como la íntima vinculación que este contrato tiene con la sublocación hubiera podido aparecer como dudosa la solución de alguna situación especial, resulta conveniente formular la siguiente aclaración:

El cesionario está obligado a recibir la cosa en el estado en que se encuentre en el momento de la cesión y no puede exigir que el cedente se la entregue en buen estado, porque éste es un derecho propio de la locación y no de la cesión. Claro está que nada se opone a que las partes convengan que la cosa se entregue en buen estado y en tal caso el cedente estará obligado a cumplir con su obligación contractual.

671. Relaciones entre locador y locatario

También aquí se aplican las reglas generales sobre cesión de la posición contractual.

Por consiguiente, el locatario cedente se aparta de sus derechos y obligaciones, los que son asumidos por el cesionario sublocatario (art. 1637). El cedente, sin embargo, puede continuar obligado con el cedido si así lo convino (art. citado).

672. Relaciones entre locador y cesionario

La cesión hecha en forma legítima crea una relación directa entre locador y cesionario. Incluso, aunque el cedente no esté liberado, aquellos pueden prescindir de él en sus relaciones y reclamos recíprocos.

Cabe agregar que las obligaciones del cesionario están rigurosamente regidas por el contrato de locación originario, desde que él no hace sino ocupar la posición contractual que tenía el cedente. De más está decir que si la cesión fuese solo parcial, las obligaciones del cesionario se limitan a la parte de la cosa cedida.

§ 3.— Efectos de la sublocación

673. Relaciones entre sublocador y sublocatario

Mientras que en la cesión hay un solo contrato de locación que es transferido a favor de un tercero, en el caso que ahora consideramos hay dos contratos de locación que se

superponen. Este nuevo convenio se regirá por las leyes de la locación (arts. 1214 a 1216), de donde se desprenden las siguientes consecuencias fundamentales:

a) Los efectos de la sublocación se gobernarán de acuerdo con el contrato de subarriendo y no de acuerdo con el contrato originario entre locador y locatario-sublocador, sin perder de vista las normas legales de la locación (art. 1215). Así, regirán el alquiler y el plazo pactados en el nuevo contrato y no en el primitivo; el subinquilino solo estará obligado al cumplimiento de las obligaciones que él haya asumido y no de las que fueron asumidas por el locatario principal.

b) El subarrendatario puede exigir que el sublocador le entregue la cosa en buen estado y cumpla durante el contrato con todas las restantes obligaciones que la ley impone al locador.

c) El subarrendatario debe usar y gozar de la cosa, no solo teniendo en cuenta lo convenido con el sublocador, sino además, sin transgredir el contrato principal (art. 1215, *in fine*). No es más que la aplicación de la regla *nemo plus juris* (nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene).

674. Relaciones entre locador y locatario

El contrato de sublocación no altera las relaciones entre locador y locatario-subarrendador, ni desobliga a éste, solución lógica porque se trata de un contrato celebrado entre terceros que no puede afectar la situación jurídica del arrendador. Y puesto que el contrato originario mantiene su vigencia, es natural reconocer también al locatario-sublocador la facultad de exigir del locador el cumplimiento de las obligaciones que a él le competen, lo que marca una notable diferencia con la situación del locatario cedente que no puede demandar al locador el cumplimiento de sus obligaciones.

675. Relaciones entre el locador y el sublocatario

Desde que la sublocación es un contrato nuevo y distinto del que vincula al locador con el locatario-sublocador, parecería natural no admitir ninguna acción directa en las relaciones recíprocas entre locador y sublocatario, que deberían entenderse siempre por intermedio del locatario-sublocador, que sirve de eje a esta compleja situación contractual; pero el Código ha optado en el artículo 1216 por una solución que desde el punto de vista práctico resulta a todas luces preferible y concede a ambos una acción directa.

a) El sublocatario puede exigir directamente del locador el cumplimiento de todas las obligaciones que éste hubiera contraído con el locatario (art. 1216, párr. 2º).

b) El locador, a su vez, tiene acción directa contra el sublocatario por el cumplimiento de las obligaciones resultantes de la sublocación, inclusive el resarcimiento de los daños causados por el uso indebido de la cosa (art. 1216, párr. 1º). Consecuente con el principio general de que el sublocatario solo está obligado directamente frente al locador originario en la medida fijada por su propio contrato, este artículo 1216, párrafo 1º, establece que el locador puede reclamar del subarrendatario el pago de los alquileres, pero solo hasta la cantidad que éste estuviere debiendo al locatario.

§ 1.— Causales

676. Causales

El artículo 1217 enumera en dos incisos los modos especiales que extinguen la locación, en tanto las enunciaciones contenidas en los artículos 1219 y 1220 obedecen a resoluciones por culpa de alguna de las partes. Esta enumeración no es taxativa; hay también otros motivos no enumerados en las normas citadas, pero que surgen de otras. Veamos las diferentes causales.

a) Término pactado

Una vez que ha vencido el plazo de locación convenido, el contrato concluye (art. 1217, inc. a)], siempre y cuando el plazo pactado no sea inferior a los mínimos que disponga la ley en los casos en que así lo hace.

Si se trata de inmuebles, cualquiera que sea su destino, excepto que se trate de arrendamientos rurales y aparcerías, el plazo contractual no puede ser inferior a dos años (art. 1198).

En los arrendamientos rurales y en las aparcerías, el plazo contractual mínimo es de tres años (arts. 4º y 22, [ley 13.246](#)).

En ambos casos, si el plazo pactado fuera inferior a los mencionados, el locatario tiene derecho a permanecer en el inmueble hasta que concluya el plazo legal.

No hay plazos mínimos en la locación de cosas muebles, ni en las hipótesis que enumera el artículo 1199. Aquí el contrato vencerá en el momento en que las partes lo han establecido.

Si el locatario continuara ocupando el bien a pesar de que hubiera vencido el plazo mínimo legal o el convenido por las partes, según el caso, se juzgará que no existe tácita reconducción sino mera continuación de la locación, en los mismos términos contratados (art. 1218), con la consecuencia de que el locador podrá exigir la devolución de la cosa y el locatario la recepción de ella, cuando quieran, mediante comunicación fehaciente. Esta comunicación es el requerimiento a que alude el artículo 1217, inciso a), como modo de extinción del contrato.

Para desterrar cualquier duda, expresamente el citado artículo 1218 dispone que la recepción de pagos durante la continuación de la locación no altera lo que ella misma dispone. Con otras palabras, el hecho de que el locador siga cobrando el precio de la locación una vez vencido el contrato, no importa la celebración de un nuevo contrato ni la renovación del anterior; siempre es el mismo contrato, que faculta a las partes a darlo por terminado cuando quieran.

b) Plazo indeterminado

Si el contrato es por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerle término cuando lo desee, siempre, claro está, que si se trata de locaciones de inmuebles hubiera transcurrido el plazo mínimo señalado en el artículo 1198 y si fueran inmuebles destinados a arrendamientos agropecuarios y a aparcerías, los plazos indicados en el artículo 4º de la [ley 13.246](#).

c) Pérdida de la cosa arrendada

La pérdida de la cosa arrendada pone fin al contrato, se haya producido ella por caso fortuito o por culpa de alguna de las partes. Si media culpa, el culpable deberá

indemnizar a la otra parte los daños, pero de cualquier modo el contrato concluye, pues carecería ya de objeto. Cabe destacar que si se trata de un arrendamiento rural, la erosión o agotamiento del suelo permite resolver el contrato (art. 8º, [ley 13.246](#)).

Cuando la destrucción es parcial, el contrato no termina *ipso iure*, pero el locatario tiene derecho a darlo por concluido si no prefiere optar por una disminución proporcional del alquiler (art. 1203).

d) Imposibilidad de usar la cosa conforme a su destino

Si el locatario se ve impedido de usar la cosa conforme a su destino, tendrá derecho a pedir la resolución del contrato (art. 1203). Si la imposibilidad fuese solo temporaria, el inquilino podrá optar entre pedir la resolución o la cesación del pago del arrendamiento durante el tiempo que no puede usar la cosa.

e) Vicios redhibitorios y evicción

Los vicios ocultos de la cosa, tanto los que existían al momento de la celebración del contrato como los que sobrevinieron, autorizan al locatario a resolver el contrato (arts. 1220, inc. b)); si el defecto fuera subsanable, solo tendrá derecho a reclamar su reparación en los términos del artículo 1057, pero si el locador no ofrece subsanarlo, renace el derecho del locatario a resolver.

Debe recordarse que no son vicios redhibitorios los que eran aparentes al momento de la celebración del contrato, los que a pesar de estar ocultos conocía el locatario y, finalmente, los que a pesar de ser ocultos y que eran ignorados por el locatario, éste debía conocer en razón de su oficio o profesión.

En cuanto a la evicción, también prevista en el artículo 1220, inciso b), el locatario está facultado a resolver el contrato de locación cuando, a raíz de que el locador fue vencido en juicio iniciado por el tercero o no defendió al locatario, ha sido privado del uso y goce de la cosa locada, total o parcialmente.

f) Caso fortuito

También concluye la locación por casos fortuitos que hubieren imposibilitado principiar o continuar los efectos del contrato (art. 1203).

g) Incumplimiento de las partes

Termina el contrato, a pedido de parte interesada, si la otra ha incurrido en algún incumplimiento que traiga aparejada esa sanción, de acuerdo con las normas especiales contenidas en los artículos 1219 (culpa del locatario) y 1220 (culpa del locador). El *locador* puede pedir la resolución del contrato: 1) Si el locatario le da un destino distinto del convenido o del que surge de la naturaleza de la cosa o incurre en uso irregular (art. 1219, inc. a)). 2) Si la cosa se deteriora, a menos que el deterioro se deba a culpa del locador o de sus dependientes (art. 1219, inc. b)). 3) Si el locatario abandona la cosa arrendada y no deja nadie a cargo (art. 1219, inc. b)). 4) Si el locatario hace obras nocivas. 5) Si el locatario no hace las mejoras prometidas y conminado para que las haga en un plazo designado, con apercibimiento de resolver el contrato, no cumple con dicho plazo. 6) Si el locatario no lleva a cabo las reparaciones locativas y demandado por tal motivo, no cumple la sentencia que lo obliga a realizarlas. 7) Si el locatario deja de pagar dos períodos consecutivos de alquiler (art. 1219, inc. c)). 8) Si el locatario subarrenda o cede la locación contra la prohibición del contrato o sin ajustarse a las normas de los artículos 1213 y 1214. 9) Si el locatario incurre en uso abusivo o deshonesto de la cosa. El *locatario* puede pedir la resolución del contrato: 1) Si el locador incumpliére la obligación de conservar la cosa con aptitud para el uso y goce convenidos (art. 1220, inc. a)). b) Si el locador hiciere reparaciones en la cosa que interrumpiesen el uso estipulado o fueren muy incómodas y se negare a la suspensión o rebaja del alquiler (art. 1201, párr. 2º). 3) Si el propietario vecino hiciere, conforme a su derecho, trabajos en las paredes vecinas inutilizando por algún tiempo parte de la

cosa arrendada y el locador se negare a una rebaja del alquiler. 4) Si el locador quisiere hacer en la cosa obras que no son reparaciones. 5) Si el locador incumple las garantías de evicción o de vicios redhibitorios (art. 1220, inc. b)).

h) Acuerdo de las partes

Es obvio que las partes tienen derecho a poner fin en cualquier momento al contrato por mutuo disenso. Es una simple consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad.

i) Confusión

Se extingue asimismo la locación cuando se confunden en la misma persona las calidades de locador y locatario, como ocurre cuando el locatario adquiere la cosa por título oneroso o gratuito o cuando sucede universalmente al locador o viceversa.

j) Condición resolutoria

La locación concluye cuando se cumple la condición resolutoria pactada por las partes. Puede ocurrir, en efecto, que la vigencia del contrato se haya supeditado a un acontecimiento futuro o incierto, como, por ejemplo, la duración del viaje a Europa del locador o la duración del destino que tiene en el país el locatario diplomático extranjero.

k) Término del usufructo

La locación celebrada por el usufructuario de la cosa concluye a la terminación del usufructo, pues el usufructuario debe entregar los bienes objeto del usufructo a quien tenga derecho a la restitución al extinguirse el usufructo (art. 2150).

l) Quiebra del locatario

La quiebra del locador no influye para nada en el contrato de locación (art. 157, inc. 1º, ley 24.522), debiendo el locatario continuar abonando los alquileres al síndico. En cambio, si el afectado es el locatario, hay que distinguir diferentes situaciones.

Si el locatario usa el bien exclusivamente para vivienda propia y de su familia, el contrato de locación es ajeno al concurso (art. 157, inc. 3º, ley 24.522).

Si lo utiliza exclusivamente como explotación comercial, el locador podrá pedir la resolución contractual dentro de los veinte días de la última publicación de edictos; sin embargo, el síndico podrá solicitar que el contrato continúe cumpliéndose y será el juez el que decida la cuestión. Pasados sesenta días desde la publicación de edictos sin haberse dictado pronunciamiento, el locador puede requerirlo, en cuyo caso el contrato quedará resuelto si no se le comunica fehacientemente su continuación en el plazo de diez días (arts. 157, inc. 3º, y 144, ley 24.522).

Por último, si el locatario usa el bien para vivienda y explotación mercantil al mismo tiempo, el juez deberá decidir, atendiendo las circunstancias del contrato, el destino principal del inmueble y de la locación y la divisibilidad del bien sin necesidad de reformas que no sean de detalle. En caso de duda, o de imposibilidad de división, debe aplicarse lo dispuesto para el caso de inmueble destinado exclusivamente para explotación comercial (art. 157, inc. 4º, ley 24.522).

m) Resolución anticipada

En todas las locaciones de inmuebles (a excepción de los arrendamientos rurales y de las aparcerías), el locatario tiene derecho a resolver anticipadamente el contrato, en los términos del artículo 1221. Nos hemos referido a esta cuestión con anterioridad (véase nro. 574).

677. Circunstancias que no extinguen la locación

En cambio, la locación no concluye: a) por muerte del locador ni del locatario; b) por enajenación de la cosa arrendada, salvo pacto en contrario (art. 1189, inc. b]) y con los alcances referidos en el número 578; c) por necesitar el locador la cosa para su uso propio o el de su familia; d) por imposibilidad personal del locatario de seguir usando la cosa.

§ 2.— Consecuencias de la conclusión de la locación

678. Enumeración

La conclusión de la locación tiene las siguientes consecuencias: a) obliga al locatario a restituir la cosa: b) obliga al locador a pagar las mejoras que están a su cargo; las restantes pueden ser retiradas por el locatario siempre que no se dañe la cosa: c) cesa el curso de los alquileres; d) se resuelven los subarriendos; e) eventualmente, si la locación se ha resuelto por culpa del locador, nace un derecho del locatario a ser reparado de los daños sufridos y viceversa.

A.— *RESTITUCIÓN DE LA COSA*

679. Plazos para restituir la cosa

Al extinguirse la locación debe restituirse la tenencia de la cosa locada (art. 1223, párr. 1º). Por lo tanto, no existe plazo alguno para hacer la restitución, sino que ella debe hacerse de manera inmediata. Estamos ante supuestos de mora automática (art. 886), claramente aplicables a los contratos de locación de cosas muebles e inmuebles.

En cuanto a los contratos de arrendamientos rurales y aparcerías, la ley 13.246 dispone que vencido el término legal (previsto en sus arts. 4º y 22) o el término pactado, si este último fuera mayor, el arrendatario deberá restituir el predio sin derecho a ningún plazo suplementario para el desalojo o entrega libre de ocupantes (arts. 20 y 26). Como puede advertirse, el locatario no goza de plazo de gracia alguno vencido el término contractual o el mínimo legal.

Si se trata de una *sublocación*, cuando cesa la locación principal, concluye también aquella (art. 1216, *in fine*) y, por tanto, el sublocatario deberá restituir la cosa en el tiempo que deba hacerlo el locatario principal.

Pero si el contrato concluye por cualquier causa imputable al locatario y debe procederse al desalojo, la sentencia de desalojo no podrá ejecutarse contra el locatario en un plazo inferior a *diez días* (art. 1223, párr. 3º). Se prevé de manera expresa que el procedimiento previsto por el Código Civil y Comercial para la cláusula resolutoria implícita (art. 1088) no es aplicable a la demanda de desalojo iniciada: i) por falta de pago de la prestación dineraria convenida durante dos períodos consecutivos; ii) por cumplimiento del plazo convenido; iii) por el requerimiento formulado por el locador en el supuesto de continuación de la locación concluida, y iv) en el supuesto de resolución

anticipada (art. 1223, párr. 2º). El procedimiento a seguir en estos casos es el que prevean las respectivas legislaciones procesales.

680. Vía por la cual se puede exigir la restitución

Como principio general, todo problema relativo a las relaciones contractuales entre dos personas debe ventilarse por vía ordinaria para permitir un debate amplio de la cuestión. Pero en la locación el problema presenta facetas peculiares, ya que el empleo de esa vía tiene el grave inconveniente de que durante todo el trámite del pleito el propietario se ve privado de una cosa que le pertenece, y el inquilino de mala fe pondrá en juego todos los recursos procesales para dilatar la entrega. La cuestión adquiere una gravedad mayor cuando se trata de inmuebles.

La idea general del sistema procesal es que la acción queda abierta en todos los casos. Sin embargo, la posibilidad de recuperar el bien es más expedita cuando el motivo del desalojo sea fácilmente demostrable. Por ello, el locador podrá obtener la desocupación inmediata del inmueble, previa caución real por los eventuales daños que pudiere irrogar, cuando se invocaren las causales de falta de pago de dos o más períodos o vencimiento del plazo legal o convencional (art. 684 bis, Cód. Proc. Civ. y Com.). En los demás casos, el juicio de desalojo tramitará por las normas del proceso ordinario, aunque se prevé que si se fundare en las causales de cambio de destino, deterioro del inmueble, obras nocivas o uso abusivo o deshonesto, el juez deberá realizar antes de correr traslado de la demanda un reconocimiento judicial con asistencia del defensor oficial (art. 680 ter, Cód. citado).

681. Estado en que la cosa debe ser restituida

El locatario, al concluir el contrato, debe restituir al locador la cosa en el estado en que la recibió, excepto los deterioros provenientes del mero transcurso del tiempo y el uso regular (art. 1210). Si el locatario pretende que la cosa se encontraba ya deteriorada cuando él la recibió, debe probarlo, pues se presume que se la entregó en buen estado. Y si en el contrato de locación se hubiere hecho la descripción de su estado, el locatario debe entregarla como la recibió.

682. Recursos del locador si la cosa no se le entrega en buen estado

Si la cosa no se le entrega en buen estado, el locador tiene los siguientes recursos: a) recibir la cosa y demandar el pago de los daños; b) no recibir la cosa hasta que el locatario la ponga en buen estado y demandar los daños que le ocasiona la demora en entregársele en el estado debido.

683. Negativa del locador a recibir la cosa

Puede ocurrir que concluida la locación, el locador se niegue a recibir la cosa locada. Habrá entonces que distinguir dos hipótesis:

a) La negativa del locador es *infundada*; el locatario podrá entonces poner la cosa en depósito judicial y desde ese día cesará la responsabilidad por el alquiler o renta.

b) La negativa del locador es *fundada*. Será fundada su oposición cuando la cosa no se le entregue totalmente desocupada y libre de subinquilinos u otras personas que se hayan introducido en ella con consentimiento del locatario, y cuando la cosa no se le entregue en buen estado.

Si el locador se ha negado fundadamente a recibir la cosa, el locatario debe pagar los daños consiguientes a la demora en ponerla en las condiciones debidas.

684. Pluralidad de locadores y locatarios

Cuando la cosa arrendada pertenece a varios condóminos, ninguno de ellos podrá, sin el consentimiento de los otros, demandar la restitución de la cosa antes de concluirse el tiempo de la locación, cualquiera que sea la causa que para ello hubiere. El

incumplimiento de sus obligaciones por el locatario no provoca la extinción *ipso iure* del contrato, sino que es necesario el pedido de parte. Por consiguiente, uno solo de los condóminos no podría arrogarse por sí la atribución de pedir la resolución del contrato, cuando muy bien puede ocurrir que los demás tengan interés en continuar el arrendamiento. Distinta situación es la derivada del plazo vencido. El consentimiento de cada uno de los condóminos se limitó hasta cierto plazo y no puede ser obligado por los restantes a prolongar el contrato, pues para ello se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.

Si la cosa ha sido arrendada a dos o más locatarios, ninguno de ellos podrá restituirla sin el consentimiento de los otros antes de acabado el tiempo de la locación. Con otras palabras, cuando dos o más personas han alquilado conjuntamente una cosa, una de ellas no puede demandar la resolución de la locación por motivos imputables al locador sin el consentimiento de las demás. Concluido el término, cualquiera de ellas podrá devolverla válidamente.

685. Obligación complementaria de restitución

El locatario, además de tener que restituir la cosa en el estado en que la recibió, debe entregar al locador *las constancias de los pagos que efectuó en razón de la relación locativa y que resulten atinentes a la cosa o a los servicios que tenga* (art. 1210, párr. 2º). Con otras palabras, cuando el locatario asumió el pago, por ejemplo, de expensas comunes, servicios o impuestos que graven la cosa, deberá entregar al locatario las constancias de tales pagos, los que pueden acreditarse con los recibos, extractos bancarios, informes de las empresas prestatarias, etcétera.

B.— MEJORAS

686. Mejoras cuyo pago corresponde al locador

Hemos estudiado en otro lugar cuáles son las mejoras cuyo pago corresponde al locador (véanse nros. 615 y ss.). La ley reconoce al locatario el derecho a retener la cosa arrendada y a percibir los frutos que la cosa produzca, hasta que el locador las pague (art. 1226), a menos que éste depositare o afianzare la cantidad que resultare luego de aprobada la liquidación correspondiente.

El derecho del locatario a retener la cosa existe aunque su crédito no sea líquido y haya necesidad de determinarlo en juicio.

El locador no puede liberarse del pago de las mejoras haciendo abandono de la cosa; la obligación de satisfacerlas tiene carácter personal y no sería lógico reconocerle tal derecho, puesto que el locatario puede no tener interés en la cosa sino en que se le pague lo que se le debe.

687. Mejoras que el locador no está obligado a pagar

En principio, el locatario está autorizado a retirar las mejoras que haya introducido en la cosa siempre que restituya la cosa en el estado en que la recibió o en que se obligó. Pero no podrá retirarlas: a) si de la separación resulta algún daño a la cosa; b) si aunque no resultando daño a la cosa, tampoco hubiera beneficio para el locatario, porque tal conducta importaría un evidente abuso de derecho; c) si el locador quisiera pagarlas (art. 1224).

La norma fija el precio en el mayor valor que el bien locado tuviere por la mejora introducida, en tanto, es aquel el verdadero beneficio que obtendrá el locador por la mejora; y su falta de reconocimiento importaría un enriquecimiento sin causa a favor de éste.

C.— CONCLUSIÓN DE LA SUBLOCACIÓN

688. Regla general

La conclusión del contrato de locación principal pone término también a la sublocación, cualquiera que sea la causa por la cual aquel ha fenecido (art. 1216, *in fine*). La extinción de la sublocación no se opera *ipso iure*, pues nada se opone a que el locador primitivo continúe arrendando la cosa al subinquilino en las condiciones del contrato que éste había suscrito.

Una sola excepción se encuentra a este principio general: la sublocación continuará vigente si el contrato de locación originario ha cesado por confusión, por haberse reunido en la misma persona la calidad de locatario y locador. En ese caso no hay motivo alguno para que la sublocación concluya.

Resueltos los subarriendos, los subarrendatarios tendrán contra el locatario sublocador los mismos derechos que éste tiene contra el locador principal (art. 1216).

VI — ARRENDAMIENTOS Y APARCERÍAS RURALES

§ 1.— Arrendamientos

A.— DISPOSICIONES GENERALES

689. Antecedentes legislativos

El Código Civil no contenía disposiciones especiales sobre arrendamientos rurales. No era una omisión involuntaria de VÉLEZ SANSFIELD; por el contrario, él quiso organizar una propiedad fuerte, desprovista de trabas, se propuso hacer un Código colonizador,

que fuera una invitación a todos los hombres del mundo a trabajar la pampa desierta. Con este criterio, no era conveniente una reglamentación protectora del arrendatario, bastaba con las normas generales de la locación. Y no puede dudarse de que aquel Código fue realmente un instrumento colonizador; la pampa no solo tuvo el incentivo de su feracidad sino también de la legislación que protegía el esfuerzo de los pioneros.

Pero a principios del siglo XX las condiciones económicas habían variado fundamentalmente. El problema no era ya la conquista del desierto, pues todas las buenas tierras estaban en plena explotación, sino más bien la protección del colono que las abonaba con su sudor. Los propietarios, en cambio, enriquecidos por la extraordinaria valorización de la tierra y de los productos agrarios, habían abandonado sus estancias para vivir de rentas en Buenos Aires; les resultaba más cómodo y provechoso arrendar sus campos, exigiendo pingües arrendamientos. La posesión de las tierras más ricas del país y la intensa demanda originada en la valoración de los productos les permitía imponer gravosas condiciones, no solo exigiendo altísimos arrendamientos, sino también obligando al arrendatario a vender al propietario la cosecha o a hacer la trilla con las máquinas de su propiedad. Todo esto demostraba la necesidad de una legislación especial sobre esta materia. Poco a poco fue adquiriendo volumen el descontento de los colonos; en 1919 hubo una huelga campesina que llamó la atención legislativa y poco después, en 1921, se sancionó la primera ley sobre arrendamientos agrícolas (ley 11.170). Años después, se dictó una legislación más completa (ley 11.627); y a partir de la revolución de 1943 se acentuó el intervencionismo estatal en los problemas del agro. Se dictaron leyes que rebajaron los arrendamientos y prorrogaron los contratos, asegurando la estabilidad del trabajador de la tierra. Finalmente, en 1948, se dictó la [ley 13.246](#) que fue modificada por la ley 21.452 y, por último, en 1980 por la ley 22.298, que rige actualmente el régimen permanente de las locaciones rurales.

El Código Civil y Comercial ha optado por no regular los contratos de arrendamiento y aparcerías rurales, dejando vigente la referida [ley 13.246](#) y sus modificaciones.

690. Concepto y comparación con la aparcería

Dice el artículo 2º, [ley 13.246](#), que *habrá arrendamiento rural cuando una de las partes se obligue a conceder el uso y goce de un predio ubicado fuera de la planta urbana de las ciudades o pueblos, con destino a la explotación agropecuaria en cualesquiera de sus especializaciones, y la otra a pagar por ese uso y goce un precio en dinero*. Aunque la ley habla de precio en dinero, no es indispensable que se lo fije en una cantidad cierta en efectivo, bastando que sea *determinable* en dinero. Encaja sin dificultad en este concepto la modalidad tan frecuente de estipular el arrendamiento en un porcentaje de la producción. El concepto legal estaba más claramente expresado en las leyes anteriores, según las cuales el arrendamiento rural queda configurado cuando una de las partes entrega a la otra el uso y goce de una extensión de tierra y la otra se obliga a pagar por ella un precio en dinero o en especie o a entregar un tanto por ciento de la cosecha (art. 1º, ley 11.170, y art. 1º, ley 11.627).

Algunos comentaristas de la [ley 13.246](#) han sostenido que la modificación introducida en el concepto de arrendamiento rural por la supresión del pago en especie o a porcentaje, significa que en estos casos no habrá ya arrendamiento sino aparcería. Es un evidente error, surgido de un análisis superficial de la ley y sobre todo, de un desconocimiento de la forma en que estos contratos funcionan en las costumbres campesinas. En nuestros días, la mayoría de los contratos de arrendamientos se estipulan a porcentaje, porque la inflación ha hecho inconveniente el precio fijo en dinero. Y no por ello la situación del propietario y del colono deja de ser exactamente la que corresponde al arrendamiento propiamente dicho: a) El arrendatario tiene el libre uso y goce de la cosa; está obligado, es verdad, a dedicar la tierra a la explotación establecida en el contrato (agricultura, ganadería), pero dentro de esos rubros tiene libre determinación en el aprovechamiento de la tierra; así, por ejemplo, si en el contrato se

estipula la explotación agrícola, el arrendatario puede elegir la clase y calidad del cereal, la extensión que ha de dedicar a uno u otro cultivo, cómo ha de trabajarse la tierra, quién ha de recoger y trillar la cosecha, etc. El aparcerero, en cambio, es un socio del dador y todo lo referente a la explotación de la chacra debe decidirse de común acuerdo. b) El arrendador no participa de las pérdidas, no contribuye a los gastos de semilla; el dador de aparcería sufre las pérdidas de la explotación, contribuye habitualmente con la mitad del costo de la semilla. c) El arrendador pone solamente la tierra; el dador de aparcería contribuye a la explotación con los elementos de trabajo, en tanto que el aparcerero habitualmente pone solamente el trabajo. d) El arrendatario no está obligado a trabajar personal o directamente la tierra, en tanto que el aparcerero sí lo está (art. 23, inc. a), [ley 13.246](#)) como que esta es precisamente su contribución típica al contrato.

Ahora bien: en los arrendamientos a porcentaje, las partes se encuentran en la situación típica de arrendador y arrendatario y no en la de dador y aparcerero. El arrendatario tiene la libre explotación de la chacra, elige por sí mismo los cultivos y la extensión y ubicación de cada uno de ellos; el arrendador no contribuye con elementos de trabajo ni paga la semilla. No hay entre este contrato y el arrendamiento con precio fijo en dinero otra diferencia que una modalidad en el pago. En nuestras costumbres rurales, ese contrato se llama arrendamiento; es una costumbre inveterada, que evidentemente la [ley 13.246](#) no se ha propuesto eliminar.

Por otra parte, la propia [ley 13.246](#) contiene disposiciones que no se explican sino dictadas en la inteligencia de que el pago a porcentaje no priva al contrato de su carácter de arrendamiento. Así, por ejemplo, el artículo 18, inciso a), obliga al arrendatario a dedicar el suelo a la explotación establecida en el contrato; el artículo 17, inciso c), alude a las estipulaciones relativas al sistema y formas técnicas de la explotación; estas disposiciones se refieren evidentemente a contratos en los que el arrendamiento se paga a porcentaje, únicos en los que tiene sentido que el contrato prohíba determinados sistemas de explotación u obligue al arrendatario a dedicar el suelo a la producción fijada en el contrato, pues si lo tiene arrendado a dinero, al propietario no le interesa el tipo de explotación con tal de que no sea nociva a la tierra.

Por último, en el plano estrictamente legal hay un argumento decisivo para no incluir este contrato dentro del concepto de aparcería, pues de acuerdo con el artículo 21, [ley 13.246](#), el dador debe entregar, además de la tierra, los animales, enseres y elementos de trabajo, lo que no ocurre en nuestro caso. Es claro que podría aducirse que ya que nuestro contrato no encuadra exactamente en la definición que el artículo 2º hace del arrendamiento rural, ni en la del artículo 21 sobre aparcería, se trata de un contrato innominado. Pero no se ganaría nada con ello, porque de cualquier modo le es íntegramente aplicable el régimen de los arrendamientos; sin contar con que la denominación de arrendamiento está ya definitivamente incorporada a nuestras costumbres.

691. Ubicación del predio

Para que las [leyes 13.246](#) y 22.298 sean aplicables, es menester que la tierra esté ubicada fuera de la planta urbana de las ciudades o pueblos (art. 2º, [ley 13.246](#)).

Por planta urbana se entiende el núcleo de la población donde la edificación es continua y compacta, y cuyo fraccionamiento se encuentra representado por manzanas y solares o lotes, cuente o no con servicios públicos municipales y esté comprendido o no dentro de lo que la municipalidad respectiva considere como ejido del pueblo (art. 1º, dec. 23.126/53).

692. Contratos excluidos

Quedan excluidos del régimen de las [leyes 13.246](#) y 22.298:

a) Los contratos de pastoreo, cuya duración no exceda de un año (art. 39, inc. b], [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298)

Se explica esta excepción porque con gran frecuencia a algunos chacareros les sobra pasto (particularmente de rastros) en tanto que a otros les falta. Sería antieconómico impedir su aprovechamiento mediante contratos de pastajes breves, como ocurriría si el arrendatario, por el solo hecho de entrar en posesión del predio, pudiera invocar a su favor los prolongados plazos mínimos establecidos en la ley.

Pero si el contrato o sus prórrogas exceden de un año, cae bajo el régimen legal de los arrendamientos agrícolas (art. 39, [ley 13.246](#)). Para que tal efecto tenga lugar, basta que el arrendatario conserve la tenencia del bien, vencido el plazo de un año, sin que el arrendador haya manifestado su voluntad mediante telegrama colacionado o notificación practicada por el juez de paz de exigirle la restitución del predio.

b) Los contratos en que se convenga el cultivo de un predio por solo dos cosechas (art. 39, inc. a], [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298)

En caso de prórroga, renovación o nueva contratación por la misma o distinta parcela, o cuando no haya transcurrido por lo menos el término de un año entre el nuevo contrato y el vencimiento del anterior, se considerará al contrato comprendido dentro de las disposiciones de la ley (art. 39, [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298).

693. Forma del contrato

Los contratos de arrendamientos y aparcerías deben hacerse por escrito. Pero si se hubiese omitido la formalidad del contrato escrito y se pudiese probar su existencia de acuerdo con las disposiciones generales, se lo considerará encuadrado en los preceptos de la ley y amparado por todos los beneficios que ella acuerda, y cualquiera de las partes podrá intimar a la otra a que otorgue el contrato por escrito (art. 40, [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298).

Cuando las partes no pudieren llegar a un acuerdo sobre las distintas condiciones, y siempre que la existencia de la locación esté probada, deberán someter la cuestión a la decisión de los tribunales competentes, fijarán el texto del convenio (para lo que tendrán en cuenta las estipulaciones que las partes puedan probar y en su defecto los usos y costumbres del lugar), mediante sentencia provisional que se hará conocer a las partes, las que tienen derecho a formular las observaciones que estimen procedentes, luego de lo cual el tribunal dictará sentencia definitiva, fijando el texto del convenio y emplazando a las partes a suscribirlo ante el secretario (art. 57, dec. reg.). Si el arrendador se negase a suscribirlo, el contrato será, no obstante ello, inscripto en el Registro Inmobiliario.

Este sistema constituye una innovación realmente revolucionaria en la concepción del contrato. Éste supone un acuerdo sobre todos y cada uno de los puntos sobre los que versa la declaración de voluntad; pero en nuestro caso, solo existe la prueba de un hecho: que el propietario ha entregado a determinada persona un predio en arrendamiento. Para ello será frecuentemente decisiva la circunstancia de que el arrendatario se encuentre en posesión del inmueble, siempre que el propietario no demuestre que se trataba de un contrato de pastoreo por menos de un año o de una locación referida hasta dos cosechas.

Probado el acuerdo sobre el arrendamiento, todos los demás puntos del contrato son fijados por los tribunales competentes.

694. Registro de los contratos

Una vez otorgado el contrato con las formalidades de ley, podrá ser inscripto por cualquiera de las partes en el Registro Inmobiliario de la respectiva jurisdicción territorial, a cuyo efecto bastará con que el instrumento tenga sus firmas certificadas por escribano, juez de paz u otro oficial público competente (art. 40, [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298).

695. Plazos

La ley establece los siguientes plazos mínimos y máximos:

a) Plazos mínimos

Los contratos de arrendamiento tendrán un plazo mínimo de tres años (art. 4º, [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298).

b) Plazos máximos

La ley no contiene disposiciones generales sobre plazos máximos. Habrá que recurrir, entonces, a las reglas del Código Civil y Comercial, que fijan plazos máximos de veinte años cuando la cosa alquilada tenga un destino habitacional y de cincuenta años para las cosas que tengan otro destino (art. 1197). Por lo tanto, teniendo en cuenta que el arrendamiento rural no persigue un fin habitacional sino productivo, el plazo máximo es este último de cincuenta años.

La [ley 13.246](#) (ref. por la ley 22.298) prevé una hipótesis especial que debe considerarse tácitamente derogada. En efecto, el artículo 45 dispone que en los contratos en los cuales el arrendatario o aparcerero se obliga a realizar obras de mejoramiento del predio, tales como plantaciones, desmonte, irrigación, avenamiento (es decir, obras de desagüe de tierras anegadizas), que retarden la productividad de su explotación por un lapso superior a dos años, podrán celebrarse por un plazo máximo de veinte años. Es una disposición lógica en el marco anterior al Código Civil y Comercial, pues allí regía el plazo máximo de diez años que fijaba el artículo 1505 del Código Civil de Vélez. Pero ahora ha perdido sentido desde que, como hemos dicho, se puede pactar la locación hasta un plazo de cincuenta años.

696. Incesibilidad del arrendamiento; principio y excepciones

El contrato de arrendamiento no puede ser cedido ni ser objeto de sublocación salvo conformidad expresa del arrendador (art. 7º, [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298). La prohibición de ceder o subarrendar no impide al arrendatario hacer contratos de pastoreo para el aprovechamiento de los rastrojos porque, aunque técnicamente hay sublocación, en verdad se tratan de contratos accidentales, que no implican una transferencia definitiva de derechos y cuya prohibición sería antieconómica.

697. Transmisión *mortis causa*

En caso de fallecimiento del arrendatario, tendrán derecho a continuar el contrato sus descendientes, ascendientes, cónyuge o colaterales hasta el segundo grado que hayan participado directamente en la explotación; pero la ley les concede también a estas personas el derecho a pedir la rescisión del contrato (art. 7º, [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298). La decisión debe notificarse al arrendador dentro de los 30 días del fallecimiento del arrendatario (art. citado).

698. Bienes inembargables

Se declaran inembargables e inejecutables: los muebles, ropas y útiles domésticos del arrendatario; las maquinarias, enseres, elementos y animales de trabajo, rodados, semillas y otros elementos necesarios para la explotación del predio; los bienes para la subsistencia del arrendatario y su familia durante el plazo de un año, incluidos semovientes y el producido de la explotación, dentro de los límites que la reglamentación fije (art. 15, [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298). Dispone la norma que tales bienes tampoco están afectados al privilegio del arrendador. Pero esta norma se explica en el sistema anterior, porque el Código de Vélez preveía un privilegio a favor del locador que ha desaparecido en el Código Civil y Comercial.

Los beneficios que acuerda este artículo no afectarán el crédito de los vendedores de los bienes declarados inembargables e inejecutables y no comprenderán a los arrendatarios que sean sociedades de capital (art. citado).

699. Estipulaciones prohibidas

La ley declara nulas algunas estipulaciones, cuya inserción en los contratos de arrendamiento no perjudica empero la validez de estos.

a) Cesión o sublocación

El arrendatario no podrá ceder el contrato o sublocar, salvo conformidad expresa del arrendador (art. 7º, 13.246, ref. por ley 22.298).

b) Explotación irracional del suelo

Queda prohibida toda explotación irracional del suelo, que origine su erosión o agotamiento, no obstante cualquier cláusula en contrario que contengan los contratos (art. 8º, [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298). La explotación de la tierra no es problema que solo atañe al propietario y al chacarero; interesa al país y de ahí la nulidad absoluta de tales cláusulas.

En caso de violarse esta prohibición por parte del arrendatario, el arrendador podrá rescindir el contrato o solicitar judicialmente el cese de la actividad prohibida, pudiendo reclamar en ambos casos los daños ocasionados. Si la erosión o agotamiento sobrevinieren por caso fortuito o fuerza mayor, cualquiera de las partes podrá declarar rescindido el contrato (art. 8º, *in fine*, [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298).

c) Limitaciones al derecho del arrendatario a trabajar y contratar libremente el trabajo, recolección y venta

Son insanablemente nulas las cláusulas que obliguen al arrendatario a: 1) Vender, asegurar, transportar, depositar o comerciar los cultivos, cosechas, animales y demás productos de la explotación, a/o con personas o empresas determinadas. 2) Contratar la ejecución de labores rurales, incluidas la cosecha y el transporte o la adquisición o utilización de maquinarias, semillas y demás elementos necesarios para la explotación del predio o de bienes de subsistencia a/o con persona o empresa determinada. 3) Utilizar un sistema o elementos determinados para la cosecha o comercialización de los productos o realizar la explotación en forma que no se ajuste a una adecuada técnica cultural (art. 17, [ley 13.246](#)). Han quedado así prohibidas algunas cláusulas que antiguamente eran bastante frecuentes en los contratos de arrendamientos rurales, principalmente aquellas por las cuales el propietario se reservaba el derecho de comprar la cosecha o de recolectarla con sus propias máquinas, lo que le permitía imponer precios inconvenientes para el productor.

d) Contratos canadienses

Se llaman así los contratos en los que se estipula, además del precio cierto en dinero o del porcentaje, un adicional a pagar por el arrendatario en caso de que la cotización o la cantidad de productos obtenidos excedan de un cierto límite. Tales estipulaciones son nulas y se tienen por no escritas (art. 42, [ley 13.246](#)). Con ello se evita que los factores aleatorios favorables a la explotación rural beneficien más al propietario que al trabajador, en tanto que los perjudiciales pesen principalmente sobre éste.

e) Contraprestación en trabajo

Quedan asimismo prohibidas las cláusulas en las que arrendador o aparcero se obligue, además de pagar el precio cierto o porcentaje convenido, a realizar trabajos ajenos a la explotación del predio arrendado bajo la dependencia del arrendador (art. 42, [ley 13.246](#)).

f) Domicilio contractual

Toda cláusula que importe prórroga de jurisdicción o constitución de un domicilio especial distinto del real del arrendatario es asimismo nula (art. 17, *in fine*, [ley 13.246](#)). Se desea que el trabajador de la tierra comparezca ante los jueces del lugar en que se encuentra el predio y no sea obligado a litigar ante una jurisdicción distinta; aun dentro de dicha jurisdicción, no se puede constituir un domicilio especial distinto del real del arrendatario para evitar los graves peligros que suelen envolver estos domicilios ficticios.

700. Desalojo por falta de pago o abandono injustificado del bien

El abandono injustificado de la explotación por parte del arrendatario y la falta del pago del precio en cualquiera de los plazos establecidos en el contrato son causales que dan derecho al arrendador a exigir el desalojo del inmueble (art. 19, ref. por ley 22.298).

B.— OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR

701. Enumeración

Además de las obligaciones establecidas en el Código Civil y Comercial para todo locador, el arrendador tiene las siguientes, derivadas específicamente del arrendamiento rural:

a) Lucha contra plagas y malezas

Está obligado a contribuir con el 50% de los gastos que demande la lucha contra las malezas y plagas si el predio las tuviere al contratar (art. 18, inc. d)). Si en cambio, el predio estaba libre de ellas cuando el arrendatario entró en posesión del bien, los gastos están a cargo exclusivo del arrendatario (art. 18, inc. b)).

b) Obligación de construir escuelas

El artículo 18, inciso e), [ley 13.246](#), contiene una disposición desde todo punto de vista plausible.

Establece que cuando el número de arrendatarios exceda de veinticinco y no existan escuelas a menor distancia de 10 kilómetros del centro del inmueble, el arrendador debe proporcionar a la autoridad escolar el local para el funcionamiento de una escuela que cuente como mínimo con un aula para cada treinta alumnos, vivienda adecuada para el maestro e instalación para el suministro de agua potable.

Puesto que el propietario está obligado a "proporcionar" el local, debe entenderse que debe hacerlo gratuitamente y que no tiene derecho a cobrar alquileres al Estado.

C.— OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO

702. Enumeración

Además de las obligaciones propias de todo locatario, el arrendatario de un predio rural tiene las siguientes:

a) Destino estipulado en el contrato

El arrendatario está obligado a dedicar el suelo a la explotación establecida en el contrato (art. 18, inc. a), [ley 13.246](#)).

Pero si en el contrato se hubiera estipulado una explotación irracional, que perjudique, degrade o agote la tierra, el arrendatario puede y debe dedicarla a una explotación conforme con la naturaleza del suelo.

En caso de incumplimiento de esta obligación, el arrendador tiene derecho al debido cumplimiento o a la rescisión del contrato, más los daños y perjuicios (art. 19, [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298).

b) Plagas y malezas

El arrendatario está obligado a mantener el predio libre de plagas y malezas si lo ocupó en esas condiciones y a contribuir con el 50% de los gastos que demande la lucha contra ellas, si estas existieran al tiempo de ser arrendado el campo (art. 18, inc. b)). El otro 50% debe ser soportado por el propietario (art. 18, inc. d)).

En caso de incumplimiento de esta obligación, el propietario tiene derecho a exigir su ejecución o bien la resolución del contrato (art. 19, [ley 13.246](#), ref. por ley 22.298), pudiendo reclamar los daños y perjuicios ocasionados.

c) Conservación de las mejoras

El arrendatario debe conservar los edificios y demás mejoras del predio (alambrados, molinos, aguadas, etc.), los que deberá entregar al retirarse en las mismas condiciones en que los recibiera, salvo los deterioros ocasionados por el uso y la acción del tiempo (art. 18, inc. c)).

d) Notificación al arrendador

Cuando el arrendamiento es a porcentaje, tiene obligación de hacer saber al arrendador, con la anticipación suficiente, la fecha en que comenzará la percepción de los frutos o productos.

La ley no lo establece expresamente para el caso de arrendamiento, pero es aplicable por analogía lo dispuesto para la aparcería por el artículo 23, inciso d). Es también una costumbre invariable, desde que se trata de la única forma en que el arrendador pueda verificar la cantidad de frutos o productos obtenidos.

703. Resolución del contrato por culpa del arrendatario

Aunque en las páginas anteriores hemos ya tratado las distintas causas por las cuales el arrendador puede pedir la resolución del contrato por culpa del arrendatario, conviene ahora echarles una mirada de conjunto.

Dicho derecho debe ser admitido:

a) Cuando el arrendatario omite el pago del arrendamiento en los plazos establecidos (art. 19, [ley 13.246](#)).

b) Cuando el arrendatario somete al campo a una explotación irracional (art. 8º).

c) Cuando altera el destino fijado en el contrato (art. 19).

d) Cuando no cumple con su obligación de combatir las plagas y malezas (art. 19).

e) Cuando permite por su negligencia o desatención, el deterioro de las mejoras existentes en el predio al tiempo de la contratación y de las que después hubiere introducido el arrendador (art. 19).

f) Cuando hace abandono injustificado de la explotación (art. 19).

A.— EFECTOS

704. Concepto

Según el artículo 21, ley 13.246, habrá aparcería cuando una de las partes se obliga a entregar a la otra animales o un predio rural con o sin plantaciones, sembrados, animales, enseres o elementos de trabajo, para la explotación agropecuaria en cualesquiera de sus especializaciones, con el objeto de repartirse los frutos. En esta definición se comprenden los dos tipos de aparcería: pecuaria y agrícola. En la primera, el dador entrega animales de su propiedad al cuidado del aparcerero, quien puede trabajar en campo cedido por el dador (que es lo más frecuente) o en el suyo propio. Como es natural, esa circunstancia influye sustancialmente en la proporción en que las partes se reparten los productos. En la aparcería agrícola el dador se obliga siempre a entregar la tierra y, además, contribuye con elementos y enseres de trabajo. La aparcería típica y más frecuente en nuestro campo es la *mediería*: el dador pone la tierra, todos los elementos de trabajo (arados, tractores, caballos, rastras, etc.), la mitad de la semilla y contribuye con la mitad de los gastos de recolección. A su vez, el mediero pone el trabajo, sea suyo o de los peones que requiera la chacra, la mitad de la semilla y de los gastos de recolección. Los beneficios se reparten por partes iguales.

A diferencia del arrendamiento, la aparcería es un verdadero contrato de sociedad, en el que las partes participan no solo de las ganancias sino también de las pérdidas (art. 24, ley 13.246); la explotación de la chacra se hace de común acuerdo (elección de cultivo, distribución de los sembrados dentro del predio, etc.), careciendo el aparcerero de la libre determinación que tiene el arrendatario.

No entran en el concepto de aparcería los contratos en los que el trabajador está en relación de dependencia laboral con el patrón, no obstante percibir un cierto porcentaje de los frutos a modo de incentivo.

705. Reglas del arrendamiento rural aplicables a este contrato

Son aplicables a la aparcería las disposiciones relativas a los plazos mínimo y máximo, artículos 4º y 45 (con la aclaración hecha respecto del plazo máximo, véase nro. 695); al vencimiento del término, artículos 20 y 26; a la prohibición de la explotación irracional del suelo, artículo 8º; a los bienes inembargables, artículo 15; a las cláusulas nulas, artículo 17; a las obligaciones del arrendador y del arrendatario, artículo 18 (véase art. 22, ley 13.246, ref. por ley 22.298). Sobre todas estas materias remitimos a lo dicho al tratar el contrato de arrendamiento.

706. Obligaciones del dador

El aparcerero dador tiene las siguientes obligaciones:

a) En primer término, las que la ley pone a cargo del arrendador (art. 22).

b) Debe garantizar al aparcerero el uso y goce de las cosas dadas en aparcería y responder por los vicios o defectos graves de ellas (art. 23, inc. f)). Esta es también una obligación propia del arrendador; aunque la ley no la menciona en el título referente a los arrendamientos, es de aplicación lo establecido por el Código Civil y Comercial para la locación en general. Pero como el que ahora tratamos —la aparcería— no es un contrato de locación, el legislador creyó indispensable establecerlo expresamente.

c) Llevar anotaciones de las máquinas, caballos, elementos de trabajo y de cualquier otro bien que aporte cada uno de los contratantes, especificando su estado y valor estimado; así como de la forma en que se distribuyen los frutos (art. 23, inc. g], ley 13.246, y art. 40, dec. reg.).

707. Obligaciones del aparcero

De acuerdo con el artículo 23, son obligaciones del aparcero:

a) Realizar personalmente la explotación, siéndole prohibido ceder su interés en ella, arrendar o dar en aparcería la cosa o cosas objeto del contrato (inc. a]).

b) Dar a la cosa o cosas comprendidas en el contrato el destino convenido o, en su defecto, el que determinen los usos y costumbres locales y realizar la explotación con sujeción a las leyes y reglamentos agrícolas (inc. b]). En particular, no podrá realizar una explotación irracional del suelo, que lo degrade o agote, aunque tal explotación haya sido prevista y dispuesta en el contrato (art. 8°).

c) Conservar los edificios, mejoras, enseres y elementos de trabajo, que deberá restituir al hacer entrega del predio en las mismas condiciones en que los recibiera, salvo los deterioros ocasionados por el uso normal y por la acción del tiempo (inc. c]).

d) Hacer saber al aparcero dador, la fecha en que comenzará la percepción de los frutos y separación de los productos a dividir, salvo estipulación o uso en contrario (inc. d]).

e) Poner en conocimiento del dador, de inmediato, toda usurpación o novedad dañosa a su derecho, así como cualquier acción relativa a la propiedad, uso y goce de la cosa (inc. e]).

708. Sanción por incumplimiento de las obligaciones

Cualquiera de las partes puede pedir la rescisión del contrato y el desalojo y la entrega de las cosas dadas en aparcería si la otra no cumpliera con las obligaciones a su cargo (art. 25). Ello, sin perjuicio de otras sanciones que en casos particulares resulten de la propia ley o de la aplicación supletoria del Código Civil y Comercial.

709. Muerte o imposibilidad del aparcero

El contrato de aparcería concluye con la muerte, incapacidad o imposibilidad física del aparcero (art. 27).

A diferencia de lo que ocurre en la locación legislada en el Código Civil y Comercial (arts. 1189 y 1190) y aun en los arrendamientos rurales (art. 7°, ley 13.246), la muerte del aparcero pone fin al contrato. No se transmiten las obligaciones a sus herederos, solución lógica, pues ellas son de carácter personalísimo; el dador ha contratado teniendo en cuenta las condiciones personales del aparcero y no puede imponérsele un socio indeseado.

El contrato, en cambio, no concluye por muerte del dador, salvo que atendiendo a esa circunstancia, el aparcero opte por darlo por concluido (art. 27). La solución es acertada. Mientras que la persona del aparcero tiene una importancia fundamental para esa explotación que es la aparcería, no ocurre lo mismo con la del dador, cuyo principal aporte se limita a los bienes y elementos de trabajo. Fallecido el dador, es justo que sus obligaciones se transmitan a sus herederos sin afectar el contrato. Pero por otra parte, puede ocurrir que el aparcero no desee seguir trabajando con otros socios, y no se le puede imponer la continuación del contrato contra su voluntad. Puede, pues, darlo por concluido, sin que su conducta lo haga pasible de indemnización por incumplimiento.

710. Venta del inmueble

La venta del inmueble por el dador no afecta el contrato, que se continúa con el nuevo dueño que viene a sustituir al antiguo en sus obligaciones y derechos.

Sin embargo, el aparcerero podrá dar por terminado el contrato en caso de que por enajenación del inmueble se vea obligado a aceptar un nuevo dador (art. 27, *in fine*). En el número anterior nos hemos referido a las razones que fundamentan esta solución.

711. Prescripción

Toda acción emergente del contrato de aparcería prescribe a los cinco años (art. 28); es el mismo plazo genérico que impone el artículo 2560 del Código Civil y Comercial.

712. Normas aplicables

En los contratos de aparcería se aplicarán en el orden siguiente: a) las disposiciones de la ley 13.246, ref. por ley 22.298; b) los convenios de las partes; c) las normas del Código Civil; d) los usos y costumbres locales (art. 41, ley 13.246, ref. por ley 22.298). Ciertamente la disposición citada invoca las normas del Código Civil; sin embargo, debe tenerse presente que la ley 26.994 (art. 6º), que aprobó el Código Civil y Comercial, expresamente establece que toda referencia al Código Civil o al Código de Comercio contenida en la legislación vigente debe entenderse remitida al Código Civil y Comercial. Por tal motivo, deberán aplicarse las normas de este último Código.

B.— REGLAS ESPECIALES SOBRE APARCERÍAS AGRÍCOLAS

713. Distribución de los frutos

La proporción en que los frutos se distribuyen entre dador y aparcerero podrá convenirse libremente en el contrato.

Ninguna de las partes podrá disponer de los frutos que le correspondan sin antes haber hecho la distribución, salvo autorización expresa de la otra parte (art. 30, ref. por ley 22.298). Esta norma tiene por objeto evitar abusos, principalmente del aparcerero, que podría disponer de más cantidad de la que le corresponde o podría elegir los frutos de mejor calidad.

714. Forma de retribución

Es de la esencia de la aparcería la participación de ambas partes en el producido de la explotación. Por ello el artículo 32 prohíbe convenir como retribución el pago de una cantidad fija de frutos o su equivalente en dinero. Hay que notar, sin embargo, que el contrato no sería nulo, sino que simplemente no sería aparcería. Si es el trabajador el que promete al propietario solo una suma de dinero fija o su equivalente en frutos, el contrato será de arrendamiento; si es el propietario el que pone todos los elementos de trabajo y contrata con una persona el trabajo, esta será peón, encargado o trabajador a sueldo protegido por las leyes especiales del trabajador rural.

715. Vivienda, huerta y pastoreo

El aparcerero tendrá derecho a destinar sin compensación alguna para el dador una parte del predio para el asiento de la vivienda, pastoreo y huerta, en las proporciones que determine la reglamentación según las necesidades de las distintas zonas agroecológicas del país (art. 33).

C.—*REGLAS ESPECIALES PARA APARCERÍAS PECUARIAS*

716. Porcentaje de distribución de los productos

El porcentaje de distribución de los productos será establecido en el contrato; en su defecto se estará a los usos locales.

Si no hubiera estipulación sobre el punto y los usos fueran variables, los productos se repartirán por partes iguales si el dador solamente hubiera entregado animales (art. 34), es decir, si ellos se cuidan en campos proporcionados por el trabajador aparcero.

717. Pérdida de animales

El aparcero solo responderá de las pérdidas de animales que le sean imputables (art. 35, apart. 2º, ley 13.246). No responderá, por tanto, de las originadas en caso fortuito o fuerza mayor ni las provenientes de muerte natural, pero aun en estos casos debe dar cuenta de los despojos aprovechables (art. citado), tales como cueros, lanas, etcétera.

Por su parte, el dador está obligado por evicción y debe reponer al aparcero todos los animales de que éste sea privado por la acción de un tercero (art. 35).

718. Disposición del plantel y sus productos

Según el artículo 36, salvo estipulación en contrario, ninguna de las partes podrá, sin consentimiento de la otra, disponer de los animales dados en aparcería o de los frutos y productos de ellos.

Pero el aparcero no podría negarse a que el dador enajene los animales si los enajenara como un acto de buena administración, como ocurre, por ejemplo, con los animales viejos. Empero, en este caso el dador está obligado a reemplazar los animales viejos por igual número de productos, de modo de mantener invariable el plantel.

En cuanto a los productos, las disposiciones del artículo 36 deben entenderse en el sentido de que las partes no pueden disponer de sus productos hasta que hayan sido repartidos. Desde este instante ya no será indispensable el consentimiento de la otra parte para enajenarlos o disponer de ellos como mejor convenga al interesado.

719. Plazo

Si en el contrato el dador entrega además de animales un predio, regirán los plazos del artículo 4º; pero si solo se entregan animales, el plazo puede ser libremente convenido por las partes y, a falta de estipulación, se aplicarán los usos y costumbres locales (art. 37). Cuando no hay plazo estipulado, el uso es atribuir a la aparcería una duración de un año, al cabo del cual las partes pueden renovarla o no. Es lógico que así sea porque ese es el ciclo natural de la crianza.

720. Gastos de cuidado y cría

Salvo estipulación en contrario, los gastos de cuidado y cría de los animales correrán por cuenta del aparcero (art. 38). Entre tales gastos hay que contar los sueldos y salarios de los peones empleados, gastos de vacunación, etcétera.

CAPÍTULO XXII - LEASING

§ 1.— Nociones generales

721. Concepto

El *leasing* es un contrato concebido para facilitar la adquisición de bienes de larga duración y alto precio. Tuvo su primaria expresión en nuestro país en las iniciales décadas del siglo XX a través de la figura de la locación con opción de compra, constituyéndose la primera sociedad de *leasing* en los Estados Unidos, hacia 1952, revelándose muy útil para el comercio de bienes de larga duración, pues en dos años hizo operaciones por más de 5 millones de dólares.

Combina la locación (*to lease* en inglés significa alquilar) y la compraventa. El dador de un bien lo entrega al tomador, quien paga un canon por el uso y goce de ese bien, debiendo las partes convenir su monto y periodicidad (art. 1229). Pero, además, el tomador tiene derecho a quedarse con el dominio del bien si ejerce la opción de compra —opción esta que forma parte de la génesis del contrato— pagando el precio pactado (arts. 1227 y 1230).

Se trata de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, nominado y de ejecución continuada. En cuanto a la forma, véase número 723.

Dejamos así sentada una idea provisoria, que es necesario precisar según los diferentes bienes que pueden ser objeto de *leasing*.

722. Objeto

Si bien el tradicional *leasing* se refiere a cosas muebles, nuestra legislación ha incorporado como objeto del contrato a los inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y *software* (art. 1228). Puede abarcar, además, los servicios y accesorios necesarios para el diseño, la instalación, la puesta en marcha y la puesta a disposición de los bienes dados (art. 1233).

El bien, objeto del contrato, puede ser de propiedad del dador desde antes de la vinculación contractual con el tomador (art. 1231, inc. d)], lo que se llama *leasing* operativo. Además, existen otras posibilidades. En efecto:

- a) Puede el dador comprarlo a la persona indicada por el tomador (art. 1231, inc. a)].
- b) Puede el dador comprarlo según especificaciones del tomador o según catálogos, folletos o descripciones identificadas por éste (art. 1231, inc. b)].
- c) Puede el dador comprarlo sustituyendo al tomador en una compraventa celebrada por éste (art. 1231, inc. c)].

Estos tres casos son denominados, en conjunto, como *leasing* financiero.

d) Puede el dador comprarlo al propio tomador (art. 1231, inc. e)). Es lo que se llama *lease-back*.

e) Puede estar a disposición del dador por título que le permita constituir *leasing* sobre él (art. 1231, inc. f)). Este supuesto constituye una variante del *leasing* operativo.

723. Forma e inscripción registral

El contrato puede celebrarse por instrumento privado, excepto si el objeto se tratare de bienes inmuebles, buques o aeronaves, en cuyo caso deberá hacerse por escritura pública (art. 1234, párr. 1º).

A los efectos de que el contrato de *leasing* sea oponible a terceros, será necesario inscribirlo en el registro de la propiedad que corresponda según el bien que se trate (inmueble, automotor, buque, etc.). En el caso de bienes muebles no registrables o *software*, la inscripción deberá practicarse ante el Registro de Créditos Prendarios del lugar en donde se encuentre la cosa o donde la cosa o *software* deba ponerse a disposición del tomador. La vigencia de la inscripción registral será de veinte años, si se tratare de inmuebles, y de diez años, en los restantes casos (art. 1234, párr. 2º), aunque se prevé la posibilidad de cancelarla anticipadamente si se trata de *leasing* sobre cosas muebles no registrables y *software*, cuando: a) lo disponga una decisión judicial en un proceso en el que el dador tuvo oportunidad de intervenir; b) lo solicite el dador o su cesionario (art. 1244), y c) lo pida el tomador: i) una vez cumplidos los recaudos previstos en el contrato inscripto para ejercer la acción de compra; ii) deposite el monto total de los cánones que restan pagar y del precio de ejercicio de la opción, más sus accesorios; iii) interpele fehacientemente al dador en un plazo no menor a 15 días hábiles, ofreciéndole los pagos y pidiendo la cancelación de la inscripción, y iv) cumpla las demás obligaciones contractuales exigibles a su cargo (art. 1245).

724. Efectos del contrato

El Código Civil y Comercial ha regulado cuidadosamente los efectos del *leasing* con el objeto de brindar seguridad legal a las partes de que sus derechos no serán burlados por ninguna de ellas ni afectados por intereses de terceras personas. Es una manera de promover este tipo de operaciones.

Los efectos del *leasing* son los siguientes:

a) Oponibilidad frente a terceros

Son oponibles frente a los acreedores de las partes los efectos del contrato debidamente inscripto (art. 1237). Esto significa que el acreedor del dador no puede embargar ni ejecutar las cosas dadas en *leasing* y que el acreedor del tomador tampoco puede ejecutar la cosa, mientras éste no haya adquirido su dominio. Con todo, parecería que si no se afecta la finalidad del contrato (que en definitiva no es otra cosa que transferir la propiedad del bien cuando el tomador ejerza la opción de compra), los acreedores conservan sus derechos de tales, pudiendo —por ejemplo— los acreedores del dador embargar el canon y los acreedores del tomador ejecutar el bien una vez que se le haya transferido el dominio. Más aún, los acreedores del tomador pueden subrogarse en los derechos de éste para ejercer la opción de compra (art. 1237, *in fine*). El reconocimiento de este derecho es muy importante. Como ya hemos dicho anteriormente, el tomador puede ejercer la opción de compra conforme a lo convenido contractualmente (véase nro. 721); pero puede ocurrir que no tenga interés en ejercerla, puesto que si lo hace el bien será ejecutado por sus acreedores. La ley confiere en este caso a los acreedores la acción subrogatoria; claro está que para ejercerla, tienen que pagar el precio de la opción.

También hemos dicho que a los efectos de su oponibilidad frente a terceros, el contrato deberá ser inscripto en el registro que corresponda al bien que constituya su

objeto. La oponibilidad del contrato se retrotraerá a la fecha de la entrega del bien si el pedido de inscripción registral se practica dentro de los cinco días hábiles posteriores. Vencido este plazo, los efectos de la inscripción comenzarán a regir a partir de la fecha en que se pidió la inscripción (art. 1234, párr. 2º).

b) Caso de concurso o quiebra

La ley 26.994, que sancionó el Código Civil y Comercial, mantuvo la vigencia —a nuestro juicio inapropiadamente— de los párrafos segundo y tercero del artículo 11 de la ley 25.248 de *leasing* (art. 3º, inc. f). Esta cuestión debió ser regulada en la ley de concursos y quiebras exclusivamente.

El segundo párrafo establece que en caso de concurso o quiebra del dador, el contrato continuará por el plazo convenido, pudiendo el tomador ejercer la opción de compra en el tiempo previsto. Esto significa que al concurso o a la quiebra solo se incorpora el precio de los cánones y eventualmente el precio de la opción de compra si el tomador hace uso de esa facultad. Pero la cosa en sí misma, no entra en el concurso o quiebra. El derecho del tomador permanece incólume.

El tercer párrafo del artículo 11 dispone que en caso de quiebra del tomador, dentro de los sesenta días de decretada, el síndico podrá optar entre continuar el contrato en las condiciones pactadas o resolverlo. Si se tratare, en cambio, del concurso preventivo del tomador, el dador puede optar entre resolver el contrato o continuarlo; en este último caso, deberá correr vista al síndico y obtener la pertinente autorización judicial. Ahora bien, transcurridos treinta días de abierto el concurso, el dador podrá resolver el contrato si no se le hubiere comunicado la decisión de continuarlo (art. 20, ley 24.522). Pasados esos plazos (los de la quiebra y los del concurso) sin que haya ejercido la opción, el contrato se considerará resuelto de pleno derecho, debiendo el juez del concurso o de la quiebra restituir inmediatamente el bien al dador, a su simple petición, con la sola exhibición del contrato inscripto y sin necesidad de trámite o verificación previa. Sin perjuicio de ello, el dador podrá reclamar en el concurso o en la quiebra el canon devengado hasta la devolución del bien, en el concurso preventivo, o hasta la sentencia declarativa de la quiebra, y los demás créditos que resulten del contrato (art. 11, párr. 3º, ley 25.248).

Si bien la ley ha empleado impropriamente la palabra resolver, que significa dejar el contrato sin efecto retroactivamente, se aclaran en el texto legal sus verdaderos alcances; esto es, que los efectos del concurso o de la quiebra del tomador solo se refieren al futuro de la relación contractual: el dador recuperará el bien y reclamará el canon adeudado hasta esa restitución, y el concurso o la quiebra no tendrán que seguir pagando el canon a partir de la devolución.

c) Transmisión del dominio

La transmisión del dominio del bien se produce por el ejercicio de la opción de compra y el pago del precio del ejercicio de esa opción conforme a lo determinado en el contrato. El dominio se adquiere cumplidos tales requisitos, con más los que la ley exija de acuerdo con la naturaleza del bien (art. 1242), tales como las inscripciones registrales analizadas anteriormente (nro. 723).

d) Obligación de saneamiento y responsabilidad de entrega

Este tema varía según el origen del bien dado en *leasing*.

Si el bien era de propiedad del dador desde antes de la vinculación contractual con el tomador, la obligación de saneamiento (comprensiva de las garantías de evicción y vicios redhibitorios) y la responsabilidad de la entrega son irrenunciables. En cambio, si pertenecía al propio tomador, desaparecen las obligaciones aludidas salvo pacto en contrario. Ahora, si el bien fue adquirido por el dador, por indicación del tomador para celebrar el contrato de *leasing* (sea señalando la persona con quien contratar, sea a

través de catálogos o especificaciones dados por el tomador), o por sustituirlo en un contrato que el tomador había celebrado con anterioridad, el dador responde por la obligación de entrega y por la garantía de saneamiento, excepto pacto en contrario (art. 1232). Desde luego, el tomador conserva el derecho a exigir la garantía de saneamiento contra los anteriores dueños de la cosa.

e) Reglas legales de aplicación subsidiaria

El *leasing* está regido por las normas específicas contenidas en el capítulo V, del título IV, del Libro Tercero del Código Civil y Comercial; pero antes del ejercicio de la opción de compra y de haber pagado el tomador la totalidad del canon, le son aplicables subsidiariamente las disposiciones relativas al contrato de locación en cuanto sean compatibles con la naturaleza y finalidad propias del *leasing*. Expresamente se dispone que no serán aplicables las normas relativas a plazos mínimos y máximos de la locación ni las que sean excluidas expresamente en el contrato.

En cambio, para la determinación del precio de ejercicio de la opción de compra y para los actos posteriores a su ejercicio y pago del precio, se aplicarán las normas del contrato de compraventa, en forma subsidiaria (art. 1250).

§ 2.— Derechos y obligaciones de las partes

725. Derechos y obligaciones del dador

a) Ejercicio de la acción reivindicatoria

Atento a que la venta o gravamen consentido por el tomador le es inoponible al dador, éste tiene el derecho a ejercer la acción reivindicatoria sobre la cosa mueble que se encuentre en poder de cualquier tercero y a secuestrarla (art. 1239).

b) Cesión de los créditos contractuales

El dador puede ceder los créditos actuales o futuros por canon o precio de ejercicio de la opción de compra. La cesión no podrá perjudicar los derechos del tomador respecto al ejercicio o no de la opción de compra o, en su caso, a la cancelación anticipada de los cánones, conforme a lo pactado en el contrato (art. 1247).

c) Percibir el canon y precio de la opción de compra

d) Entregar el bien

Sobre esta cuestión debe señalarse que, como lo hemos dicho antes, aunque lo normal es que el dador sea el propietario del bien, puede ocurrir que pertenezca a un tercero, y éste se compromete a adquirirlo previamente. Así ocurre, por ejemplo, cuando el dador debe comprarlo a la persona indicada por el tomador o según especificaciones de éste. En estos casos, la obligación del dador se agota con la adquisición del bien indicado, pudiendo el tomador reclamar directamente al vendedor los derechos nacidos de la compraventa (art. 1232). Y en los casos de *lease-back*, el tomador ya tiene la cosa.

726. Derechos y obligaciones del tomador

a) Derecho a usar y gozar del bien

El tomador tendrá el derecho a usar y gozar del bien objeto del *leasing*. Ello incluye la facultad de arrendarlo, salvo pacto en contrario. En cambio, hasta tanto no ejerza la opción de compra y pague el precio fijado, no podrá disponer de él ni gravarlo (art. 1238).

b) La opción de compra

El tomador podrá ejercer la opción de compra una vez que haya pagado el setenta y cinco por ciento del canon total estipulado, o antes si así lo convinieran las partes (art. 1240). En este último caso, y siempre que hubiera pagado al menos un veinticinco por ciento del canon pactado, el tomador tendrá derecho a ejercer la opción aunque hubiera interrumpido el pago del canon, siempre y cuando pague dentro del plazo fijado por la ley las sumas adeudadas, sus intereses y costas, y el precio de ejercicio de la opción, con sus accesorios contractuales y legales (art. 1248, inc. b)).

c) La prórroga del contrato

El *leasing* puede ser prorrogado a opción del tomador si ello ha sido previsto en el contrato. Deberán fijarse también las condiciones para ejercer la opción (art. 1241).

d) Prohibición de trasladar los bienes

Los bienes muebles deben permanecer en el lugar fijado en el contrato inscripto. Si pretende trasladarlos, debe contar con la conformidad expresa del dador e inscribir en el registro pertinente tanto el traslado como la referida conformidad (art. 1236).

e) Los gastos de conservación y uso

Los gastos ordinarios y extraordinarios de conservación y uso del bien, los seguros, impuestos y tasas que recaigan sobre él, y las sanciones que su uso ocasionen, quedan a cargo del tomador, salvo convención en contrario (art. 1238).

f) Pago del canon pactado

g) La responsabilidad por el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa dada en *leasing*

Esta responsabilidad recaerá exclusivamente sobre el tomador o guardián de la cosa dada en *leasing*; solo se eximirán total o parcialmente acreditando que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta (arts. 1243, 1757 y 1758). Es importante destacar, sin embargo, que —a diferencia de lo que dispone el artículo 1758— en el *leasing* no responderá el dador quien es el verdadero dueño de la cosa hasta que el tomador ejerza la opción de compra y pague el canon pactado.

h) Rechazo del bien

Si no reúne las características y condiciones convenidas, el tomador está facultado a rechazar el bien.

§ 3.— Consecuencias del incumplimiento

727. Consecuencias del incumplimiento del tomador en el *leasing* inmobiliario

Conforme con lo dispuesto por el artículo 1248, el incumplimiento por parte del tomador de pagar puntualmente el canon pactado dará lugar a los siguientes efectos:

a) Si el tomador hubiera pagado menos de un cuarto del monto del canon total convenido, la mora será automática y el dador podrá demandar judicialmente el desalojo; se dará vista por cinco días al tomador, quien podrá probar documentalmente que están pagados los períodos que se reclaman o paralizar el trámite, por única vez, mediante el pago de lo adeudado, con más sus intereses y costas. Caso contrario, el juez deberá disponer el desalojo sin más trámite.

b) Si el tomador hubiera pagado un cuarto o más del canon convenido, pero menos de sus tres cuartas partes, el dador (aunque la norma establece que la mora es automática) debe intimar al pago del o de los períodos adeudados con más sus intereses, para lo cual el tomador tendrá —por única vez— un plazo no menor de sesenta días contados a partir de la notificación. Pasado ese plazo sin que el pago se hubiera verificado, el dador podrá demandar el desalojo, de lo cual se dará vista por cinco días al tomador, quien podrá demostrar el pago de lo reclamado o paralizar el procedimiento mediante el pago de lo adeudado, con sus intereses y costas, si antes no hubiese recurrido a ese procedimiento. Caso contrario, el juez deberá disponer el desalojo sin más trámite.

c) Si el incumplimiento se produjese después del momento en que el tomador hubiese pagado las tres cuartas partes del canon, el dador (aunque la norma vuelve a establecer que la mora es automática) debe intimar al pago y el tomador tendrá la opción de pagar en el plazo de noventa días de notificado lo adeudado, con más sus intereses —siempre que antes no hubiese recurrido a ese procedimiento—, o bien pagar el precio de ejercicio de la opción de compra que resulte de la aplicación del contrato, a la fecha de la mora, con sus intereses. Pasado ese plazo sin que el pago se hubiera verificado, el dador podrá demandar el desalojo, de lo cual se dará vista al tomador por cinco días, quien solo podrá paralizarlo ejerciendo algunas de las opciones previstas en este inciso y añadiendo las costas procesales.

d) Producido el desalojo, el dador podrá reclamar el pago de los alquileres adeudados hasta el momento del lanzamiento, con más sus intereses y costas, por la vía ejecutiva. También podrá reclamar los daños y perjuicios que resultasen del deterioro anormal del inmueble imputables al tomador, pero por la vía procesal pertinente que es la que corresponde a los juicios de conocimiento.

Como puede apreciarse, la ley establece un procedimiento rápido y expeditivo para desalojar al tomador, con pérdida de las sumas de dinero ya pagadas y el reconocimiento de una deuda por lo que debió pagar hasta el momento del desalojo. Este procedimiento se propone como objetivo estimular el ofrecimiento de lotes o viviendas ya construidas, otorgando al dador garantías de que su crédito será satisfecho fielmente y, en caso contrario, de que podrá recuperar prontamente el inmueble. Todo ello, sin desproteger al tomador, pues se le da oportunidad de conservar el inmueble, pagando lo que adeuda.

728. Consecuencias del incumplimiento del tomador en el *leasing* mobiliario

El artículo 1249 establece que, ante la mora del tomador de pagar el canon pactado, el dador podrá:

a) Obtener el inmediato secuestro del bien, con la sola presentación del contrato inscripto. Para ello, deberá demostrar que ha interpelado y otorgado al tomador un plazo no menor de cinco días para regularizar su situación. Producido el secuestro, queda resuelto el contrato. Además, el dador tendrá derecho a iniciar diferentes acciones. En efecto, podrá ejecutar el cobro del canon que se hubiera devengado —incluyendo íntegramente el período en que se produjo el secuestro—, la cláusula penal pactada y sus intereses, y demandar los daños y perjuicios sufridos.

b) Demandar ejecutivamente el cobro del canon no pagado si así hubiera sido previsto en el contrato. La acción puede abarcar la totalidad del canon pendiente, lo que implica dar por decaídos los plazos no transcurridos y considerar la deuda como de

plazo vencido. Si hubiese vencido el plazo contractual sin que el tomador hubiera pagado íntegramente el canon y el precio de la opción de compra, o si se demostrare sumariamente el peligro en la conservación del bien, procederá su secuestro previa caución que otorgará el dador y que resulte suficiente a criterio del juez.

c) Accionar contra los fiadores o garantes del tomador, en cualquiera de los dos supuestos vistos precedentemente.

CAPÍTULO XXIII - CONTRATO DE OBRA Y CONTRATOS AFINES

I — CONTRATO DE OBRA

§ 1.— Conceptos generales

729. Concepto y terminología

Se llama contrato de obra al contrato en virtud del cual una de las partes, actuando independientemente, se compromete a realizar una obra y la otra a pagar por esa obra un precio en dinero, que se llama retribución (art. 1251).

El Código Civil y Comercial denomina, al que ejecuta la obra, *contratista*, y al que la paga, *comitente*. Es la terminología que seguiremos en nuestro estudio.

730. Caracteres

El contrato de obra presenta los siguientes caracteres:

a) Es *bilateral*, pues origina obligaciones a cargo de ambas partes, y por lo tanto, oneroso. Sin embargo, es necesario aclarar que el artículo 1251 prevé la posibilidad de que el contrato sea gratuito, cuando las partes así lo pacten, o cuando por las circunstancias del caso pueda presumirse la intención de beneficiar.

b) Es de *tracto sucesivo*, porque sus efectos se prolongan en el tiempo.

c) Finalmente, es *conmutativo*, pues se supone que las contraprestaciones recíprocas son aproximadamente equivalentes.

731. Paralelo con otros contratos

a) Con la *compraventa*. Remitimos sobre el punto al número 375.

b) Con el *contrato de servicios*. Hemos tratado el tema en el número 860.

c) Con el *mandato*. La distinción ha de establecerse sobre la base de los siguientes criterios:

1) En el mandato hay *representación*, que en cambio falta en el contrato de obra. Se ha hecho notar que este criterio no es infalible, puesto que a veces hay mandato sin representación; pero salvo este caso de excepción, el mandatario actúa siempre en nombre del mandante; es éste un elemento característico del contrato que falta en la empresa y en el cual, por lo tanto, se puede ordinariamente fundar la distinción.

2) El mandato tiene por objeto la realización de *actos jurídicos* por cuenta del mandante (art. 1319), en tanto que el contratista realiza actos materiales u obras, sean materiales o intelectuales, pero no actos jurídicos.

d) Con la *locación*. Remitimos a lo dicho sobre el tema en el número 542.

732. Objeto

Aunque las reglas de nuestro Código han sido pensadas teniendo en mira fundamentalmente la realización de una construcción u obra material, lo cierto es que el contrato de obra es mucho más amplio y alude a las obras más diversas, tales como la construcción de un edificio, puente, camino, etc., su modificación o refacción, y aun su demolición; la fabricación de una máquina o motor, su reparación, su desarme; la realización de obras intelectuales, tales como escribir un libro, una obra de teatro, una partitura, pintar un retrato, hacer una escultura, etcétera.

De acuerdo con las reglas generales relativas a los actos jurídicos (arts. 279 y 1004), ese objeto debe ser posible, lícito, concorde con la moral y las buenas costumbres y, finalmente, determinado.

Sobre este último punto, dispone el artículo 1253 que *a falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra, el contratista o prestador de los servicios elige libremente los medios de ejecución del contrato*. Pero, además, *deberá ejecutar el contrato conforme a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada* (art. 1256, inc. a). Ya volveremos más adelante sobre estas disposiciones; por ahora nos limitamos a hacer notar que el requisito de la determinación del objeto no es riguroso; en tanto la consideración del contratista como profesional en su tarea, resulta suficiente para establecer la intención de las partes de realizar una obra y, en consecuencia, el contrato será válido. Entre esos elementos adquiere una relevancia particular el precio pactado, pues da una pauta bastante elocuente de la extensión e importancia de las obligaciones contraídas. Es claro que si la indeterminación del objeto fuera completa, el contrato será nulo por más que el precio sea cierto.

733. Los materiales; quién debe aportarlos y a quién pertenecen

La obligación de poner los materiales puede recaer sobre el contratista o el comitente; a falta de previsión sobre el punto, debe aportarlos el primero, salvo que lo contrario resulte de la costumbre del lugar para esa obra o surja de otros elementos de juicio, particularmente el precio. Tal es la solución que aporta el artículo 1256, inciso c). Si han sido aportados por el contratista, le pertenecen hasta el momento de la entrega de la obra; el comitente no podrá reivindicarlos y solo tendrá derecho a reclamar su entrega por vía de acción de cumplimiento de contrato, a menos que se trate de cosas muebles incorporadas como accesorias a otras de propiedad del comitente, en cuyo caso éste adquiere la propiedad desde el momento de la incorporación. Si han sido aportados por el comitente, éste conserva la propiedad sobre ellos, a menos que se trate de cosas fungibles.

A.— FORMACIÓN DEL CONTRATO

734. Concursos o licitaciones

Ordinariamente, el contrato entre el contratista y el comitente se concluye después de tratativas directas; pero es también frecuente, sobre todo en obras importantes, el llamado a concurso o licitación. Ese concurso puede referirse bien a la calidad técnica o artística de la obra, en cuyo caso va normalmente acompañado de la designación de un jurado encargado de discernir el premio, o bien puede el comitente fijar de antemano con precisión todas las características de la obra, licitando solamente su precio. Por lo común estos concursos llevan aparejada la obligación de adjudicar la obra al vencedor; pero también puede ocurrir que el comitente se reserve el derecho de no encargar la obra a ninguno, y aun la de pasar sobre la oferta mejor y adjudicarla a otro que le merezca mayor confianza por su solvencia o capacidad técnica. También es frecuente la reserva del derecho de declarar desierto el concurso. La ley nacional de obras públicas establece expresamente que la presentación de las propuestas no da derecho alguno a los proponentes para la aceptación de aquellas (art. 18, ley 13.064). Pero tratándose de un concurso realizado por un particular, sin salvedad alguna del derecho de prescindir de los servicios del ganador, debe entenderse que el triunfo en la competencia da derecho a que se le adjudiquen los trabajos o a reclamar los daños y perjuicios consiguientes.

¿Puede el oferente retirarse en cualquier momento del concurso? En materia de licitaciones públicas, dispone la ley 13.064 que los proponentes deben mantener sus ofertas por el plazo fijado en las bases de la licitación; si antes de resolverse la adjudicación dentro de ese plazo, la propuesta fuere retirada o si, invitado a firmar el contrato, no se presentara en forma y tiempo, perderá el depósito de garantía, sin perjuicio de la suspensión en el Registro de Constructores de Obras Públicas (art. 20).

En lo que atañe a las obras sacadas a concurso por un particular, pensamos que los proponentes tienen derecho a retirar sus propuestas hasta el momento en que la obra les ha sido adjudicada. Desde ese momento, el contrato se ha perfeccionado y no habrá ya derecho de arrepentimiento.

735. Forma

La ley no prescribe forma alguna para el contrato de obra, que queda concluido por el simple consentimiento, sea verbal o escrito. Solo por excepción, algunos contratos de obra deben llenar exigencias formales: a) El contrato de obras públicas nacionales debe celebrarse por escrito (art. 21, ley 13.064), aunque no es necesaria la escritura pública. Forman parte del contrato, según la misma disposición legal, las bases de la licitación, el pliego de condiciones, las especificaciones técnicas y demás documentos de la licitación. b) El contrato de construcción de un buque de más de diez toneladas debe hacerse por escrito e inscripto en la sección especial del Registro Nacional de Buques, para que el comitente pueda hacer valer su derecho de dominio respecto de terceros (arts. 148 y 149, ley 20.094). c) El contrato de obra subsumida en la ley de defensa del consumidor, deberá instrumentarse por escrito y conforme a presupuesto previo (arts. 2º y 4º, ley 24.240).

736. Prueba

A falta de disposiciones especiales sobre el punto, rigen las reglas generales respecto de la prueba de los contratos (art. 1019). El contrato de obra puede probarse por

cualquier medio con excepción de testigos, en tanto es de costumbre que el mismo se instrumente por escrito; pero los testigos serán útiles, si hay principio de prueba instrumental, o principio de ejecución, como ocurre si una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato.

Es preciso no confundir el contrato en sí mismo, con los hechos vinculados con su cumplimiento y ejecución; estos pueden probarse incluso por testigos.

Un problema de prueba muy frecuente se presenta respecto de los llamados adicionales ordenados verbalmente por el comitente, que no figuran en el contrato originario.

La jurisprudencia ha resuelto que en estos casos basta con el acuerdo tácito y que ese acuerdo se presume cuando el comitente recibe la obra sin reservas.

737. Documentación complementaria; hipótesis de contradicción entre distintas cláusulas

Los contratos de obras materiales —particularmente si son importantes— suelen acompañarse de una documentación complementaria (pliegos de condiciones generales y particulares, presupuestos, planos generales y detalles, etc.); todos ellos forman parte del contrato. Así lo establece específicamente la ley 13.064 (art. 21) respecto de las obras públicas y evidentemente la misma solución debe aplicarse en las particulares, pues tal documentación integra el acuerdo de voluntades.

Como estos documentos son extensos y numerosos, no es difícil encontrar contradicciones entre sus cláusulas. El problema debe ser resuelto por el juez, de acuerdo con las circunstancias propias de cada caso, y según las normas interpretativas que hemos estudiado en otro lugar (nros. 300 y ss.). Solo deseamos considerar aquí un supuesto específico referido a este contrato. Los pliegos de condiciones suelen incluir numerosas cláusulas-tipo habituales en todos los contratos análogos. Si luego resulta una contradicción entre ellas y otras disposiciones del contrato, en principio hay que admitir que es esta la que expresa la verdadera voluntad de las partes, pues es lógico pensar que la cláusula-tipo ha sido incorporada mecánicamente e irreflexivamente al acuerdo. Sin perjuicio de que del contexto del contrato, interpretado en su conjunto, pueda resultar una conclusión diferente.

B.— DISTINTOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN DE OBRAS

738. Sistemas más comunes en la ejecución de obras materiales

El Código Civil y Comercial ha regulado entre los artículos 1262 y 1266 los sistemas a los que puede ajustarse la ejecución de una obra material; siguiendo para ello, los estipulados en la ley de obras públicas.

Ambas normas refieren que las contrataciones pueden ser ejecutadas por unidad de medida, por coste y costas, o por ajuste alzado, sin perjuicio de otros sistemas de contratación que se establezcan (art. 1262; art. 5º, ley 13.064). Son estos los sistemas más frecuentes también en las contrataciones privadas. Veámoslos:

a) Ajuste alzado

La obra se contrata por ajuste alzado, también llamado retribución global, cuando las partes establecen desde el comienzo un precio fijo e invariable. Las modificaciones en el precio de los materiales o de la mano de obra benefician o perjudican al contratista y

no alteran el precio. A veces el propietario se compromete a reconocer ciertas alteraciones en el precio, dentro de límites topes; es lo que se llama ajuste alzado relativo, por oposición al *común* o *absoluto*, en el que no hay variación de ninguna naturaleza. A su vez, el artículo 1255 señala que si opta por este sistema en forma absoluta, las partes renuncian a peticionar reajuste alguno sobre el precio, salvo que procediere la invocación de la excesiva onerosidad sobreviniente.

b) Por unidad de medida

El precio se fija por medida o por unidades técnicas; por ejemplo, por kilómetro de camino. Aquí no se fija el precio total, que empero, es también invariable como en el caso anterior, pues resulta de multiplicar el número de unidades encargadas por el precio fijado a cada una de ellas. Así, por ejemplo, se contrata la construcción de un camino de cincuenta kilómetros, fijándose el precio en una cantidad determinada de pesos el kilómetro. Estos contratos dejan la puerta abierta para que las partes puedan continuar la obra emprendida en las mismas condiciones si el contrato sigue siendo conveniente para ambas. Basta en tal caso una simple orden del comitente, sin que sea necesario formalizar un nuevo contrato con nuevas y completas estipulaciones. Al igual que con el sistema de *ajuste alzado* las partes no podrán pedir reajustes sobre el precio pactado, salvo que mediere un hecho que justifique la aplicación de la teoría de la imprevisión (art. 1255).

c) Por coste y costas

El precio de la obra se fija teniendo en cuenta lo que ella costaría de mantenerse los actuales precios de los materiales y salarios; pero se reconoce al contratista el derecho de reajustarlo de acuerdo con la variación de aquellos. Esta contratación admite dos modalidades: o bien el aumento se limita estrictamente a los rubros indicados (materiales y mano de obra) sin afectar la retribución reconocida al contratista que se mantiene invariable, o bien se reconoce también un aumento de gastos generales y retribución proporcional al aumento que en su conjunto han experimentado los materiales y la mano de obra. Agreguemos todavía, que el contratista no podrá pretender aumentos que se hayan producido después de vencido el plazo en que debió terminar la obra, pues en esta hipótesis, el perjuicio se ha originado en su incumplimiento; salvo, naturalmente, que pruebe que la demora se ha originado en un caso fortuito o fuerza mayor.

Ahora bien, como regla, *si la obra se contrata por el sistema de ejecución a coste y costas, la retribución se determina sobre el valor de los materiales, de la mano de obra y de otros gastos directos o indirectos* (art. 1263).

Se comprende que, desde el punto de vista del comitente, el sistema más conveniente es el de ajuste alzado o por unidad de medida, pues así queda a cubierto de sorpresas; inclusive, no deja de tener sus ventajas desde el punto de vista del contratista, pues como el sistema inspira mayor confianza, le será más fácil contratar con un margen mayor de beneficio. Pero la inflación ha impuesto hoy en toda obra importante y de duración prolongada, el sistema de coste y costas. Si no es sobre la base del reconocimiento del aumento de los materiales y la mano de obra, los contratistas no pueden afrontar un contrato que para ellos se haría muy aleatorio; y a los comitentes les asegura que el contratista solo tendrá una ganancia razonable calculada en función del valor real de la obra. En suma, la construcción por ajuste alzado y por unidad de medida es más conveniente en épocas de estabilidad económica; el de coste y costas en períodos de inflación.

d) Contratos separados

También puede el comitente de la obra suscribir contratos separados para la realización de las distintas partes de una misma obra; así, por ejemplo, a una empresa

encarga la demolición, a otra la estructura de hormigón, a otra la obra de albañilería, a otra los sanitarios, etc. Se trata de contratos independientes unos de otros.

e) Subcontratos

Es también posible que la obra se haya encargado a una sola empresa y que esta subcontrate por su cuenta los distintos aspectos de la construcción. En este caso, el contratista principal pasa a ser comitente de la obra respecto de los subcontratistas que están vinculados con él. En este sentido, el Código autoriza expresamente al contratista a valerse de terceros para la ejecución de la obra (excepto que de lo estipulado o de la índole de la obligación resulte que fue elegido por sus cualidades para realizarlo personalmente), pero si lo hiciere, mantiene el deber de dirección frente a estos y la responsabilidad frente al comitente (art. 1254).

f) Por administración

Finalmente, y para completar este cuadro, agregaremos que los comitentes (sea el Estado o los particulares) suelen ejecutarla también por *administración*; en tal caso, prescinden del contratista y ellos realizan la obra con personal propio y comprando directamente los materiales. Es decir, no hay contrato de obra.

739. Combinación de sistemas y norma de clausura

Todos estos sistemas pueden combinarse. El comitente puede realizar por administración una parte y contratar con un contratista la otra, o puede contratar parcialmente a coste y costas y por ajuste alzado. Toda suerte de combinaciones cabe dentro del principio de la libertad de contratación.

Si nada se convino respecto del sistema de contratación, y tampoco surge de los usos, se presume —excepto prueba en contrario— que la obra fue contratada por ajuste alzado (art. 1262, párr. final).

II — OBLIGACIONES DE LAS PARTES

§ 1.— Obligaciones del constructor

740. Enumeración

Conforme al artículo 1256, las obligaciones del contratista y del prestador de servicios son las mismas y consisten en: *a) ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada; b) informar al comitente sobre los aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida; c) proveer los materiales adecuados que son necesarios para la ejecución de la obra o del servicio, excepto que algo distinto se haya pactado o resulte de los usos; d) usar diligentemente los materiales provistos por el comitente e informarle inmediatamente en caso de que esos materiales sean impropios o tengan*

vicios que el contratista o prestador debiese conocer; y, e) ejecutar la obra o el servicio en el tiempo convenido o, en su defecto, en el que razonablemente corresponda según su índole.

Asimismo, el contratista debe permitir el ejercicio del control de la obra por parte del comitente (art. 1269).

Finalmente, el contratista y todos los profesionales que hayan intervenido en la obra, o hayan ejercido funciones asimilables a aquél, responden ante terceros por los daños que les resulten de la inobservancia de leyes y reglamentos o de otros hechos ilícitos (arts. 1273, 1274 y 1277). Esta responsabilidad no surge del contrato sino de la ley.

A.— OBLIGACIÓN DE EJECUTAR LA OBRA

741. Modo de ejecución: principio general

La obra encargada debe ejecutarse, en primer término, siguiendo las estipulaciones del contrato. Es que, toda vez que el comitente contrata la obra en su propio interés, no puede el contratista ejecutarla apartándose de las previsiones contractuales pactadas.

Ahora bien, en el cumplimiento de las estipulaciones acordadas, el contratista, en tanto experto en su arte u oficio, debe seguir las denominadas *reglas del arte*, las cuales no solo se refieren a la calidad de la obra, su seguridad, estabilidad y aptitud para servir a su destino, sino también a su forma y estética. Es claro que si en el contrato se ha especificado detalladamente la forma en que ha de cumplirse el trabajo, la calidad de los materiales, etc., habrá que estar a lo que allí se indique; las dificultades suelen presentarse cuando no se ha previsto el punto o se lo ha previsto deficientemente.

a) Falta de estipulación

A falta de ajuste sobre el modo de hacer la obra, el contratista o prestador de los servicios elige libremente los medios de ejecución del contrato (art. 1253). El precio será en estos casos un elemento de juicio esencial para apreciar la justicia de las exigencias del comitente; pues si solo ha pagado, por ejemplo, lo que puede ganar un albañil, no es justo que exija la prolijidad y perfección que cabría exigir de la obra dirigida por un arquitecto.

Asimismo, entendemos que el legislador al dejar librado al criterio del contratista la elección de los medios para la ejecución del contrato, ha ponderado su condición de profesional en la materia; en virtud de lo cual, a la hora de valorar su responsabilidad por las consecuencias de dicha elección, el *standard* de juicio deberá ser mayor (art. 1725).

b) Obra que debe realizarse a satisfacción del comitente

A veces los contratos de obra incluyen una cláusula según la cual los trabajos deben realizarse a *satisfacción del comitente o de un tercero*; tal estipulación no autoriza al comitente (o, en su caso, al tercero) a rechazar arbitrariamente la obra, ni a tener exigencias excesivas. El artículo 1634 del Código Civil velezano decía que, en dicho supuesto, la obra se entiende reservada a la aprobación de peritos, solución que entendemos sigue siendo aplicable en atención a la regla prevista en el artículo 1068. En efecto, esta norma establece que si persistiesen las dudas respecto de la interpretación del contrato, y éste fuese oneroso, habrá que estar al sentido que

produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes, equidad esta que surgirá del informe pericial.

742. Ejecución de la obra por intermedio de terceros

Salvo que el comitente haya tenido en mira las condiciones personales del contratista, éste está autorizado a realizarla, ya sea personalmente, ya sea por intermedio de obreros dependientes de él, ya sea, en fin, por subcontratistas, manteniendo el deber de dirección y la responsabilidad sobre estos terceros (art. 1254).

743. Sanciones por incumplimiento de esta obligación

El dueño de la obra o comitente está protegido contra el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de la obligación de ejecutar la obra, con los siguientes derechos y acciones:

a) Derecho a no pagar el precio

Ante todo, el comitente puede negarse a pagar el precio, invocando la excepción de incumplimiento. Es claro que no todo defecto, por pequeño que sea, autoriza al comitente a no pagar. No lo está si los defectos son de detalles o si son susceptibles de reparación por una suma insignificante con relación al monto total de la obra. Ello, sin perjuicio del derecho a exigir la reparación de las deficiencias y de retener las sumas necesarias para ese objeto.

b) Acción por cumplimiento del contrato y reparación de daños

Es, desde luego, la acción propia y primera derivada de todo incumplimiento. El reclamo por los daños sufridos debe comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante.

c) Acción por resolución del contrato

El comitente puede pedir la resolución del contrato en caso de incumplimiento del contratista. El artículo 1204 del Código Civil de Vélez, luego de la reforma de la ley 17.711, reconocía a cualquier contratante el derecho a tener por resuelto el contrato si requerida a cumplir la otra parte, no lo hiciera dentro del plazo de quince días, salvo que los usos y costumbres fijaren uno menor. Esta solución se mantiene en los artículos 1083 y 1084 del Código Civil y Comercial.

Es oportuno recordar que no obstante las ventajas de la cláusula resolutoria implícita, el establecerla expresamente en el contrato tiene la ventaja de que en tal caso no es necesario el requerimiento ni se concede al otro contratante la oportunidad de cumplir: el mero vencimiento del plazo puede producir la resolución del contrato de pleno derecho (art. 1086).

Pero es necesario agregar que no cualquier incumplimiento, por mínimo que sea, permite tener por resuelto el contrato: el incumplimiento debe ser grave (art. 1084).

d) Derecho a hacer ejecutar la obra (o repararla) por un tercero

Si el contratista falta definitivamente a su obligación de hacer la obra, el comitente tiene derecho a hacerla ejecutar (o reparar) por un tercero a costa del contratista; es esta una simple aplicación de la norma general del artículo 730. Pero este recurso no podrá utilizarse si la obra ha sido encargada teniendo en mira las calidades personales del contratista; tal como ocurriría en el retrato encargado a un pintor.

El contratista no solo estará obligado a indemnizar el justo precio pagado al tercero, sino también los otros daños derivados del incumplimiento, tales como los trastornos y gastos derivados del retardo en la ejecución, etcétera.

e) Derecho a destruir la obra mal ejecutada

Cuando la obra se ha realizado deficientemente, el comitente podrá tenerla por no hecha y destruir lo que se hubiera hecho mal (art. 775). Es una sanción dura que la ley establece como poderoso acicate para que los contratantes cumplan cabalmente sus obligaciones. Pero no cualquier deficiencia permite al comitente tener por no hecha la obra y destruirla.

Si los defectos no son sustanciales, tal conducta sería abusiva y conduciría a una destrucción de bienes que a la sociedad le interesa evitar. Solo una deficiencia esencial y no reparable, autoriza al comitente a seguir este procedimiento extremo. Si no tuviera esa gravedad, el comitente deberá apelar a otros recursos: negativa a pagar el precio proporcional a esas deficiencias, hacer ejecutar las reparaciones por un tercero por cuenta del contratista o demandar a éste por los daños sufridos.

B.— INFORMAR AL COMITENTE SOBRE LOS ASPECTOS ESENCIALES DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN COMPROMETIDA

744. Alcances del deber de información

El legislador, como ya hemos dicho, ha tenido presente la condición de profesional en su tarea que tiene el contratista. Frente a esta situación, se impone la existencia de una desigualdad real con el comitente, quien no posee dichos conocimientos. Para restablecer el equilibrio resulta esencial, entonces, imponer un fuerte deber de información sobre el contratista, que no solo abarca el dar a conocer las ventajas y desventajas de un proyecto, sino también sus costos. Además, asume un deber de consejo al comitente, e, inclusive, debe abstenerse de ejecutar la obra si ella no cumple con los requisitos de seguridad o puede ser dañosa para terceros.

Rigen además, respecto de este deber de información, las mismas regulaciones que la doctrina ha establecido como necesarias para tener por acreditado su cumplimiento:

a) Carga de la prueba

La prueba del cumplimiento del deber de información recae sobre quien está obligado a proporcionarla; en este caso, el contratista. A tales fines, resulta determinante la prueba por escrito.

b) La información debe ser veraz y eficaz

El contratista no solo debe dar información certera, sino que debe ser presentada en forma tal que el comitente pueda comprenderla y emplearla para tomar decisiones al respecto.

La omisión del contratista de cumplir con este deber lo hará responsable por todos los daños causados al comitente, impidiéndole además reclamar mayores costos o eximirse por riesgos que no han sido informados.

C.— PROVEER LOS MATERIALES ADECUADOS Y NECESARIOS

745. Alcances

En principio, los materiales para la ejecución de la obra han de ser aportados por el contratista. Es más, el artículo 1262, *in fine*, señala que si las partes no aclaran lo contrario, debe presumirse dicho aporte.

Esta obligación, de la que puede ser dispensado (art. 1256, inc. c)), tiene su sustento en reafirmar la autonomía del contratista respecto del comitente; en tanto, en algunos supuestos, la provisión de materiales podría inferir no un contrato de obra, sino una relación de empleo.

Tal como dice la norma citada, los materiales proveídos por el contratista deben ser adecuados para la ejecución de la obra, respondiendo éste por su mala calidad, como veremos en el número 757.

D.— USAR DILIGENTEMENTE LOS MATERIALES PROVISTOS POR EL COMITENTE E INFORMARLE SI ESOS MATERIALES SON IMPROPIOS

746. Alcances de la obligación

En el caso en que los materiales sean provistos por el comitente, el contratista debe emplearlos en forma diligente, siendo responsable por la destrucción de ellos, de mediar negligencia o dolo. Sin embargo, si la destrucción se produce por caso fortuito antes de la entrega, la responsabilidad es de quien proveyó el material (art. 1258).

Si bien el artículo 1256, inciso d), impone un deber de información sobre el contratista, pues debe anotar al comitente de los vicios del material que éste debiese conocer o de su inadecuación para la obra; el contratista que desconfíe de los materiales debe además abstenerse de emplearlos.

Esta cuestión la veremos con más amplitud cuando analicemos la responsabilidad del contratista por ruina de la cosa (nros. 757 y ss.).

E.— OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LA COSA EN EL PLAZO CONVENIDO

747. Plazo pactado y no pactado

Cuando el contrato fija el plazo de entrega, el contratista debe atenerse a él y es responsable de los daños causados por su demora.

El plazo puede ser expreso o tácito; habrá plazo tácito cuando esté sobrentendido por las circunstancias, como si se contrata la construcción de palcos o gradas para ser utilizados en una ceremonia de fecha determinada.

Puede ocurrir también que no exista plazo expreso ni haya más elementos para fijar el plazo tácito que el tiempo razonable para concluir la obra. En tal caso, esa pauta (la del tiempo razonable para terminar la obra) es la que deberá tenerse en cuenta (art. 1256, inc. e)).

Adviértase que el texto no establece la posibilidad de peticionar al juez la fijación de un plazo, como lo hacía el Código Civil velezano; sin embargo, de considerarse una obligación de tiempo indeterminado, esta facultad se encuentra conferida en el artículo 877. En verdad, en la obra existe siempre un plazo tácito, que resulta de la necesidad que se tenga de la cosa o del tiempo razonable para ejecutarla; por lo tanto, el comitente puede interpelar directamente al contratista, o bien pedir la fijación judicial del plazo, si no quiere exponerse a que se reputa que la interpelación ha sido prematura. En otras palabras, el contratista tiene una opción entre estas dos vías.

748. Plazo inicial

Frecuentemente los contratos de obra establecen un plazo para la iniciación de los trabajos y para la terminación de las distintas etapas de la obra. En caso de que el contrato no contuviera tales cláusulas, debe entenderse que el contratista está obligado a iniciar la obra de inmediato o tan pronto se lo permita la adquisición de los materiales. Igualmente, tiene la obligación de continuar los trabajos con una actividad razonable, enderezada al cumplimiento del plazo final.

749. Modificación del plazo; trabajos adicionales

Nada se opone a que las partes modifiquen, en el curso del contrato, el plazo fijado originariamente. El plazo debe considerarse tácitamente prorrogado en el caso de que el comitente ordene trabajos adicionales, a menos que se demuestre que para llevarlos a cabo no era necesaria ninguna prórroga.

750. Término supletorio no contractual

Se vincula estrechamente con el tema tratado en el número precedente, el del plazo *supletorio*. Se llama así al que goza el contratista por un hecho que no le es imputable; como ocurre si ha debido suspender las obras por caso fortuito o fuerza mayor o por un hecho del propio comitente; así sucede cuando el comitente demora la entrega de planos o de materiales o se retrasa en los pagos parciales prometidos. En tales casos, el plazo debe considerarse prorrogado por todo el tiempo que duró el impedimento para continuar los trabajos, y no será necesaria la fijación por el juez. Todo ello sin perjuicio del derecho del comitente de demostrar que su demora no justifica la paralización de las obras ni la concesión de un plazo supletorio.

Cabe señalar sobre este "tiempo supletorio", que es de uso en los contratos de obra establecer un tope para el mismo, asignando, por ejemplo, la cantidad de días que se imputarán como retardo por "lluvia"; entendiéndose que retardos superiores a los pactados, serán considerados imputables al contratista y pasible de la aplicación de las penalidades previstas en el contrato.

751. Término insuficiente

Puede ocurrir que se haya fijado un término en el cual sea imposible cumplir la obra. Esa sola circunstancia no anula el contrato, pues el plazo no es generalmente determinante de la obligación. Ninguna de las partes podría desligarse del contrato aduciendo la imposibilidad de cumplir con el objeto en el tiempo fijado y, en caso de divergencia, habrá que pedir la fijación judicial de una prórroga.

752. Sanciones para el caso de incumplimiento del plazo

En caso de incumplimiento del plazo, el comitente tiene a su disposición los siguientes recursos y acciones:

a) Acción de reparación de daños

El comitente podrá reclamar del contratista todos los perjuicios ocasionados por la demora, particularmente los que resulten del mayor costo de la obra.

b) Abandono de la obra

Si la demora en realizar los trabajos es tal que resulta evidente que no se podrá concluir la obra sino con gran retraso, el comitente tiene derecho a considerar que hay un abandono de la obra y puede reclamar la resolución del contrato y, como consecuencia, la devolución de las cosas que son de su propiedad, además de la reparación de los daños sufridos; igualmente, tiene derecho a hacer ejecutar la obra por un tercero a costa del contratista, de acuerdo con el principio del artículo 730, inciso b).

Es claro que el mero incumplimiento de los plazos parciales o la presunción razonable de que la demora hará imposible la conclusión en término, no autoriza a tener por abandonada la obra y a resolver el contrato. Esto sería una sanción excesiva y abusiva. Es necesario un retraso grave. El abandono es, pues, un concepto flexible, que los jueces deben utilizar prudentemente.

c) Penalidades contractuales

Es de uso en los contratos de obra para la construcción de inmuebles, que se estipulen multas y penalidades a favor del comitente por cada día de retardo en la entrega de la obra, luego de vencido el plazo de entrega pactado, más los días supletorios que correspondan adicionar. Dichas penalidades se rigen por las normas de la cláusula penal, y por lo tanto podrán ser revisadas y, en su caso, morigeradas por el juez si ellas fueren abusivas.

753. Obligación de entregar la cosa; recursos del comitente

El contratista no solo debe concluir la obra en el plazo pactado; está también obligado a entregarla y, en verdad, esto es lo que al comitente esencialmente le interesa.

En el supuesto en que el contratista no entregare la obra, el comitente tiene los siguientes recursos:

a) Si los materiales son de propiedad del contratista (véase nro. 733), el comitente puede reclamar la cosa por vía de cumplimiento de contrato.

b) Si los materiales pertenecen al comitente, éste tiene, además de la acción por cumplimiento, la reivindicatoria, esté o no concluida la obra.

Si al encargar la obra el comitente hubiera hecho entrega de planos, dibujos, descripciones u otros documentos análogos, el contratista está obligado a devolverlos al tiempo de la entrega de la obra.

754. Lugar de la entrega

Puesto que no hay reglas específicas sobre el punto, se aplican los principios generales: a falta de lugar designado en el contrato, la entrega de la obra hecha sobre un cuerpo cierto y determinado, se hará en el lugar en que éste existía al tiempo de contraerse la obligación y, en su defecto, en el domicilio del deudor al tiempo de cumplimiento de la obligación. Va de suyo que si la obra se realiza sobre un inmueble, la entrega se hará en el lugar en que éste se encuentre ubicado, aunque nada se hubiera indicado en el contrato.

F.— OBLIGACIÓN DE PERMITIR EL CONTROL DEL DESARROLLO DE LA OBRA POR EL COMITENTE

755. El derecho de control

Se ha dicho ya que el contratista tiene la obligación de realizar la obra de acuerdo con las *reglas del arte*; debe además, cumplir los trabajos de manera continua y siguiendo un ritmo que normalmente permita concluir la obra en el término pactado; a veces suelen fijarse plazos de comienzo y de finalización de etapas. Todo ello pone de relieve la necesidad de reconocer al comitente el derecho a verificar cómo se va desarrollando la ejecución de la obra. Pues si solo tuviere tal derecho en el momento de la entrega, los perjuicios serían muchas veces irreparables.

El derecho de verificar se encuentra contemplado en el artículo 1269, y la única limitante que se prevé es que no puede ejercerse de una manera tal que entorpezca el avance la obra.

Los gastos de la verificación corren por cuenta del comitente.

Ordinariamente, la verificación de los materiales se lleva a cabo por intermedio del director de obra.

756. Consecuencias de la aceptación o rechazo de los materiales y trabajos

Si durante la realización de la obra, el comitente ha dado su aceptación expresa a los materiales empleados y a la forma como se han desarrollado los trabajos, no podrá en adelante aducir que la realización de la obra no se ajusta a las reglas del arte, ni pretender que se empleen otros materiales de mejor calidad, pero subsiste siempre la responsabilidad del contratista por ruina de la obra.

Puede ocurrir también que el comitente *rechace* los materiales. Si en el contrato se ha previsto tal supuesto, habrá que estar a lo pactado; pero toda divergencia acerca de si los materiales empleados tienen o no la calidad prevista en el contrato, debe ser decidida judicialmente y no podría quedar librada al arbitrio del comitente. Si el contrato nada ha previsto sobre el punto, el comitente disconforme con la calidad de los materiales empleados o la mala ejecución de la obra, puede demandar judicialmente la resolución del contrato.

G.— RESPONSABILIDAD FRENTE AL COMITENTE

1.— Responsabilidad por destrucción o deterioro de la cosa durante la ejecución

757. Caso en que el comitente pone los materiales

La responsabilidad del contratista frente al comitente debe analizarse en relación a distintos supuestos:

a) Destrucción o deterioro por caso fortuito

Si la cosa se destruye antes de ser entregada; y el contratista no ha provisto los materiales, solo tendrá derecho a una retribución equitativa por la tarea realizada (arg. art. 1268, inc. a)).

b) Destrucción por mala calidad de los materiales

Si la destrucción se ha originado en la mala calidad de los materiales o en que eran inapropiados para el empleo que se les dio, el contratista responde ante el comitente, por más que sea éste quien los hubiera proveído (art. 1268, inc. b)). Este principio se explica fácilmente, pues siendo el contratista el experto, tenía la obligación no solo de advertir al comitente, sino también de abstenerse de emplear los materiales defectuosos.

c) Destrucción por vicios ocultos de los materiales

Si la destrucción o deterioro de la cosa se debe a los vicios ocultos de los materiales proveídos por el comitente, el contratista carece de toda responsabilidad y conserva su derecho a la retribución. Es justo que así sea, porque en ese caso no hay culpa de su parte. La responsabilidad por la destrucción será del enajenante de los materiales, así como también del fabricante.

758. Caso en que el contratista pone los materiales

En este caso la solución es clara conforme al artículo 1268, inciso a), si la cosa se pierde por caso fortuito antes de la entrega y la obra se hace en un inmueble del comitente, el contratista tiene derecho al valor de los materiales y a una suma equitativa por las tareas ya realizadas.

Si la pérdida se debiera a la mala calidad de los materiales usados, deberá indemnizar al comitente de todos los daños que le resulten (art. 1268, inc. b)).

Si la obra se ha destruido por una causa de fuerza mayor después de haber sido puesto en mora el comitente para recibirla, el contratista tiene derecho a percibir íntegramente la remuneración pactada (arts. 1268, inc. c)).

2.— Responsabilidad después de entregada la obra

759. Ruina por vicios del suelo

La circunstancia de que la ruina se haya originado en vicios del suelo no exime de responsabilidad al arquitecto proyectista, ni al constructor, ni al director de obra, todos los cuales son responsables en forma concurrente; es decir, cada uno de ellos por el total frente al comitente, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieran caber entre ellos (arts. 1273 y 1274).

En caso de ruina por esta causa, la responsabilidad primaria corresponde al proyectista, cuyo deber es estudiar la calidad del suelo para calcular una estructura suficientemente segura. Por consiguiente, el director de obra, o el constructor que hubieran indemnizado al comitente, podrán ejercer contra él la acción de regreso, a menos que los vicios sean tan notorios que no pudieran escapar a la atención de un constructor diligente. Estas reglas se aplican tanto a la ruina ocurrida durante la ejecución de la obra, como después de cumplida.

760. Regla legal

Las responsabilidades del contratista no terminan con la entrega de la obra. La buena fe exige que garantice la bondad del trabajo realizado y los materiales empleados. A ello se debe la disposición del artículo 1273 según el cual *el constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al*

comitente y al adquirente de la obra por los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino. El constructor sólo se libera si prueba la incidencia de una causa ajena.

La norma transcripta ha seguido las huellas del artículo 1643 del Código Civil de Vélez, luego de la reforma de la ley 17.711, aunque con una terminología más abarcativa. La responsabilidad del contratista de una obra realizada en un inmueble destinada a tener una larga duración abarca los daños que comprometen su solidez o la hacen impropia para su destino. Y solo se libera por una causa ajena, la que nunca puede estar constituida por el vicio del suelo o de los materiales.

761. Ruina de la cosa

¿Qué debe entenderse por *ruina total o parcial* de la cosa? No es necesario un derrumbe o destrucción de la cosa; basta con un deterioro importante. Este deterioro, ha entendido la jurisprudencia, puede constituirse por el cúmulo de defectos o vicios. Más aún, no es indispensable que la ruina se haya producido, siendo suficiente con que exista un peligro cierto e inmediato de que se produzca.

Tampoco importa que la ruina provenga de vicios de la construcción o de mala calidad de los materiales o de los vicios del suelo. En cualquier caso, la ley hace responsable al contratista. Si se trata de vicios de la construcción, porque su culpa es directa e inexcusable. Si de vicios del suelo perteneciente al comitente, porque el contratista tiene la obligación de cerciorarse de la calidad del suelo y de su aptitud para recibir la carga del edificio. Si la ruina se ha originado en la mala calidad de los materiales, el contratista responde porque debió cuidar que fueran adecuados a la obra; no exime la circunstancia de que los haya aportado el comitente, pues él tenía la obligación de rechazarlos. Tampoco queda el contratista excusado de responsabilidad por la circunstancia de haber prevenido al comitente de la mala calidad de los materiales o del suelo.

762. Plazo de garantía

El Código Civil de Vélez no establecía ningún término a la obligación de garantía. La ley 17.711 había llenado este vacío, disponiendo que la responsabilidad cesa después de diez años de recibida la obra (art. 1646). El Código Civil y Comercial ha impuesto un plazo de caducidad de igual término que se computa desde la aceptación de la obra (art. 1275).

763. Defectos aparentes y ocultos

Sobre la responsabilidad del contratista respecto de los defectos aparentes y ocultos, véase número 797.

3.— Reglas comunes a la ruina anterior o posterior a la entrega

764. La responsabilidad del contratista es contractual

Aunque alguna vez la cuestión fue discutida, hoy hay acuerdo general en que la responsabilidad derivada de la ruina de la cosa tiene carácter contractual, nacida de una deficiencia en la manera de cumplir las obligaciones contraídas en el contrato de obra. Si bien el artículo 2561 habla de la prescripción de las acciones de responsabilidad civil, resulta ilógico que se establezcan plazos prescriptivos diferentes para la acción de cumplimiento contractual y para el pedido de reparación de los perjuicios derivados del

incumplimiento. Claramente, la responsabilidad civil del contratista es derivada del incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas; en tanto los daños, son la consecuencia de dicho incumplimiento. Por ello, entendemos que el texto del artículo 2561 remite a las acciones de responsabilidad de origen extracontractual, mientras que las acciones de cumplimiento contractual, o de resolución y pedido de reparación de daños, se rigen por el plazo de cinco años.

765. La responsabilidad es de orden público

Antes de la sanción de la ley 17.711 se discutía si la responsabilidad derivada de la ruina era o no de orden público, aunque predominaba la opinión afirmativa. Esta solución ha sido expresamente consagrada por esa ley que —modificando el artículo 1646 del Código Civil de Vélez— establecía que *no será admisible la dispensa contractual* de responsabilidad por ruina total o parcial. Es la buena solución. Estamos de acuerdo con este punto de vista. Una cláusula contractual que eximiese al contratista de toda responsabilidad por la ruina de un edificio, puente, camino, dique, etc., sería notoriamente contraria a la seguridad pública; importaría liberarlo de obligaciones profesionales que se fundan en razones de orden público y allanarle el camino para cumplir su cometido desaprensivamente, con negligencia o mala fe antisociales.

En consecuencia, las cláusulas que eximen o disminuyen la responsabilidad del contratista son nulas, pero nada impide agravar contractualmente dicha responsabilidad.

Bien entendido que esta disposición solo es aplicable a los edificios y otras construcciones hechas sobre inmuebles; si, en cambio, se trata de obras realizadas en cosas muebles (escultura hecha sobre mármol, piedra, bronce; pintura sobre tela, cartón, etc.) no juega en el contrato ningún interés de orden público y, por lo tanto, nada se opone a la validez de las cláusulas de exención de responsabilidad por deterioro o pérdida.

Lo hasta aquí expuesto ha sido receptado en el Código Civil y Comercial que, en el artículo 1276, declaró la nulidad de toda cláusula de exoneración de responsabilidad del contratista y demás participantes en una obra sobre un inmueble, que esté destinada a perdurar en el tiempo o —añade— que la haga impropia para su destino.

766. Carga de la prueba

Producida la ruina de la cosa, se presume que ella se ha originado en defectos de construcción o de mala calidad de los materiales. Vale decir, el comitente no tiene que probar la culpa del contratista; y si éste pretende liberarse de la responsabilidad, debe demostrar que se ha producido por caso fortuito o por culpa del comitente (uso inadecuado, excesivo, peligroso, etc.).

767. Responsabilidad del arquitecto

El arquitecto o ingeniero que hace los planos o dirige la obra tiene una responsabilidad distinta de la del constructor, que debe considerarse en relación a tres hipótesis distintas:

a) El arquitecto solo hizo los planos

En tal caso responde por los errores o vicios de los planos, por los errores de cálculos en la resistencia de las estructuras de hormigón u otro material, por no haber previsto las fallas o falta de solidez del suelo, por falta de cumplimiento de las reglamentaciones municipales; pero no por defectos de ejecución y mala calidad de los materiales empleados.

b) Hizo los planos y dirigió la obra

Además de la responsabilidad que le compete como autor de los planos, responde también por los vicios de ejecución y por la calidad de los materiales.

c) Dirigió la obra según planos ajenos

Como principio, debe admitirse que tiene la misma responsabilidad que en el supuesto anterior. Con respecto a la calidad de los trabajos y materiales, ninguna duda cabe, pues esta es la responsabilidad específica del director de obra. Pero también responde por los vicios o defectos de los planos, pues por su carácter profesional, no debían pasarle inadvertidos; su obligación era ponerlos en conocimiento del proyectista y del comitente. Por excepción, debe considerarse que carece de responsabilidad cuando los planos cuya ejecución se le ha encomendado implican una alta especialización que no debe esperarse de cualquier profesional; tal, por ejemplo, si se trata del cálculo de resistencia de una estructura audaz, como puede ser un puente colgante, una bóveda de gran abertura, etcétera.

768. Responsabilidad común del arquitecto y del constructor

Frente a este supuesto, el legislador ha querido dejar indemne al comitente, evitándole tener que probar cuál ha sido la causa exclusiva de la ruina. Es por ello, que el artículo 1274, inciso c), ha estipulado una responsabilidad concurrente (arts. 850 y 851) entre el contratista y todos los intervinientes (subcontratistas, proyectistas, director de obra y cualquier otro profesional ligado a la obra), por lo que quedarán todos igualmente obligados frente al comitente, sin perjuicio de las acciones de reintegro.

769. Distribución de la carga de la indemnización

Si frente al comitente, el proyectista, el director de obra y el constructor son responsables cada uno por el todo, ¿cómo se distribuye luego entre ellos la carga de la indemnización? El problema es delicado porque la culpa respectiva puede asumir muchos matices de gravedad. En la doctrina no se ha logrado encontrar una directiva satisfactoria sobre este punto; los jueces habrán de resolver el problema de acuerdo con las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la gravedad de las culpas respectivas. Y si estas fueran equivalentes o si no se probara la medida de la culpabilidad de cada uno, habrá que distribuir el peso de la indemnización por partes iguales. Va de suyo que si el contrato de obra ha sido suscrito por un contratista que se ha encargado al propio tiempo de la confección de los planos y la dirección de obra, el único responsable ante el comitente es el contratista; si éste ha subcontratado la confección de los planos o la dirección de obra o la construcción, los subcontratistas serán a su vez responsables ante él.

770. Caducidad y prescripción

El artículo 1275 establece un plazo de caducidad de la acción de 10 años, esto es que si la ruina se produce luego de dicho lapso, el contratista queda liberado. Producida la ruina total o parcial dentro de dicho tiempo, el plazo de prescripción de la acción es de un año a contar desde que se produjo la ruina (art. 2564).

4.— Responsabilidad por el hecho de las personas ocupadas en la obra

771. Disposición legal

Establecía el artículo 1631 del Código Civil de Vélez que el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra. En realidad era innecesario decirlo, pues el contratista asumía, igual que ahora, la responsabilidad de realizar la obra conforme a las reglas del arte; responde por el resultado, y si éste no se logra o se logra defectuosamente, debe indemnizar al comitente sea que los defectos deban atribuirse a su propia culpa o a la de sus empleados. Por personas que ocupa en la obra debe entenderse tanto los obreros directamente dependientes de él como los subcontratistas y personas que estos emplean.

Entendemos que en todos los supuestos la responsabilidad será de índole contractual, en tanto la responsabilidad por sus dependientes lo obliga frente al comitente, así como también conforme el artículo 1254 lo obliga respecto de los subcontratistas y demás intervinientes en la obra.

§ 2.— Obligaciones del comitente

772. Enumeración

Las obligaciones del dueño o comitente, conforme al artículo 1257, son: a) pagar la retribución; b) proporcionar al contratista o al prestador la colaboración necesaria, conforme a las características de la obra o del servicio; c) recibir la obra si fue ejecutada conforme a lo dispuesto en el artículo 1256.

A su vez, el comitente tendrá la obligación accesoria de pagar a todos aquellos que hayan participado en la obra o suministrado materiales si no les pagara el constructor.

A.— PAGO DEL PRECIO

1.— Modo de fijar el precio

773. Distintos modos de fijarlo

El precio de la obra puede ser fijado en una cantidad fija e invariable (ajuste alzado, o por unidad de medida), o puede fijarse una suma básica que variará según se modifiquen los precios de los materiales y de la mano de obra (coste y costos). Sobre el punto véanse números 738 y siguientes.

774. Caso en que no se haya establecido el precio

Si en el contrato no se hubiera fijado el precio, ni surgiera de los usos, se entenderá que las partes han contratado por ajuste alzado y que el contratista debe aportar los

materiales (art. 1262, *in fine*). El precio será fijado judicialmente siguiendo las leyes arancelarias, los usos y costumbres vigentes y ponderando la extensión del trabajo realizado, pudiendo en caso de soluciones injustas apartarse de los mínimos y máximos legales (art. 1255).

2.— Momento del pago

775. Caso en que el contrato no lo establece

Si no hay tiempo estipulado, el pago del precio debe hacerse al tiempo de la entrega de la cosa. Equivale a la entrega, la aceptación expresa de la obra por el comitente que, por factores ajenos a la voluntad del contratista, la deja en su poder en calidad de depositario, etcétera.

776. Caso en que el contrato lo establece

Si el contrato establece el momento del pago, el comitente debe hacerlo en el término convenido. El comitente puede negarse a pagar el precio mientras no se le entregue la obra de acuerdo con lo convenido; es esta una mera aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*. Sin embargo, la jurisprudencia ha decidido, con razón, que las pequeñas deficiencias o defectos no autorizan al comitente a no pagar el precio, limitándose su derecho a deducir del precio pactado la suma necesaria para hacer las reparaciones. De lo contrario se incurriría en un evidente abuso de derecho.

777. Consecuencias de la falta de pago oportuno del precio

Si se hubiera convenido el pago por anticipado, el contratista puede abstenerse de dar comienzo a la obra y rechazar mediante la *exceptio non adimpleti contractus* toda pretensión del comitente para lograr el cumplimiento de la obra prometida. Puede también resolver el contrato por culpa del comitente, con la obligación de éste de repararle los daños sufridos por el incumplimiento, para cuya estimación debe computarse no solo el daño emergente sino también el lucro cesante; es decir, toda la ganancia que esperaba de la obra.

Si se tratara de pagos periódicos, además de los derechos antedichos, el contratista puede suspender los trabajos y el plazo se considerará prorrogado por el tiempo que dure la demora del comitente.

Si se trata de pago al vencimiento, el contratista puede negarse a entregar la obra hasta que le sea pagada, haya o no provisto el comitente los materiales y sea o no dueño del suelo; a la inversa, el comitente puede negarse a pagar el precio mientras la cosa no sea entregada u ofrecida.

778. Derecho de retención

El contratista no pagado tiene derecho a retener la cosa sobre la cual ha realizado su obra (art. 2587).

En cuanto a los subcontratistas, solo pueden hacer uso de este derecho en caso de que tengan contra el comitente una acción directa, para lo cual es necesario que este último deba todo o parte del precio al contratista principal.

¿Se extiende el derecho de retención a los documentos, planos e instrumentos de trabajo proporcionados por el comitente? Prevalece la solución afirmativa; en el fondo,

se trata de fortificar los recursos compulsivos que tiene a su disposición el contratista para obligar al comitente a cumplir con sus obligaciones.

3.— Lugar del pago

779. Aplicación de las reglas generales

El Código no contiene normas especiales sobre este punto. La solución del problema se encuentra en las reglas generales sobre pago.

Cuando no hay lugar designado en el contrato para el pago, el comitente tiene que hacerlo efectivo en el domicilio que tenía al tiempo del nacimiento de la obligación; sin perjuicio de ello, si el pago debiera coincidir con la recepción de la cosa, deberá hacerse donde deba cumplirse la prestación principal (art. 874).

4.— Revisión del precio

780. El problema

El contrato de obra se desenvuelve y cumple a través de un período de tiempo que a veces suele ser prolongado. Y no es difícil que durante él se produzca un encarecimiento de los materiales y de la mano de obra; el contratista ve modificado así los valores con base en los cuales fijó el precio. No es difícil que pierda toda su ganancia y aun que sufra quebranto. Como tales variaciones se han hecho crónicas con motivo del estado de inflación en que se desenvuelve la economía contemporánea, los contratistas de obras importantes y de larga duración los celebran bajo el sistema de coste y costas, que les asegura el reconocimiento de los aumentos que se produzcan durante la realización de la obra siempre que no estuvieren en mora en la ejecución de los trabajos.

Bien entendido que no se podría pactar la repotenciación de todo el precio de la obra teniendo en cuenta el encarecimiento de uno de los materiales empleados (por ej., el cemento, el hierro, la madera), porque ello está prohibido por la ley 23.928; pero es legítimo pactar que si el precio estimado en el contrato para un determinado material aumenta en el momento de su inversión en la obra, se pagará ese mayor valor.

Supongamos ahora que el contrato no previera tales aumentos y que se hubiere acordado una suma fija (ajuste alzado). ¿Tiene derecho el contratista a pedir un aumento del precio fundado en la variación de los valores de los materiales y mano de obra? El Código Civil de Vélez resolvía el problema con un texto expreso y categórico: *bajo ningún pretexto* puede pedir aumento (art. 1633). El propósito de la ley era dar estabilidad y seguridad a los derechos adquiridos por el contrato; si las partes no previeron, como podían haberlo hecho, ninguna variación, es porque quisieron establecer desde el primer momento una suma fija y asumieron a designio el riesgo de una variación de precios. Si ellos disminuyen, el precio fijo favorecerá al contratista que de cualquier modo podrá cobrar la suma pactada; si aumentan, el precio contractual beneficiará al comitente.

Como principio, la solución era sin duda alguna razonable. Pero ocurre a veces que durante el curso del contrato se producen alteraciones verdaderamente imprevisibles del costo de la obra. ¿También en estos casos debía aplicarse rígidamente el artículo 1633 mencionado? Indudablemente, no. Es que si se tratara de aumentos determinados por circunstancias extraordinarias, imposibles de prever, debe reconocerse al contratista el derecho a una revisión del precio fijado en el contrato. Esta solución ha tenido expresa recepción legal en el artículo 1255 que —siguiendo la reforma introducida por la ley 17.711 al Código Civil de Vélez— luego de reiterar la regla del texto originario, agrega: *excepto lo dispuesto en el artículo 1091*. Esta última es la norma que consagra la teoría de la imprevisión. En otras palabras, cuando la variación del valor de la cosa ha sobrevenido como consecuencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, hay derecho a reajuste.

Bien entendido que debe tratarse de acontecimientos imprevisibles. No tiene ese carácter, en una época de inflación, el aumento del valor de la mano de obra originado en un nuevo contrato colectivo de trabajo, ni el del precio de los materiales provocado por el aumento general de ellos, pues todo eso es perfectamente previsible. A menos, claro está, que la inflación, que ha seguido un curso más o menos constante, se desencadene de pronto a un ritmo acelerado y desquiciante. En tal supuesto juega también la teoría de la imprevisión.

781. Trabajos adicionales

Se vincula estrechamente con este problema el de los llamados trabajos adicionales. Es frecuente que durante la realización de la obra el comitente ordene modificaciones o añadidos respecto de los planos originarios. Está fuera de toda duda que tales trabajos deben ser remunerados con independencia del precio fijado para toda la obra, aunque esta se haya hecho por ajuste alzado. Los problemas que en la práctica se presentan son generalmente de prueba, pues muchas veces esos trabajos se ordenan verbalmente, en la confianza que suele originarse en un trato contractual prolongado. Luego, a la terminación de la obra, surgen las desavenencias.

El principio general es que todos los trabajos adicionales realizados fuera de las previsiones del contrato se encuentran comprendidos dentro del precio total pactado, a menos que el contratista pruebe que fueron ordenados por el comitente. Es necesario decidirlo así, porque de lo contrario, el contratista podría hacer modificaciones o agregados por propia decisión y con el propósito de recargar el precio. No tienen carácter de adicionales los trabajos que aunque no previstos expresamente eran necesarios para la realización de las obras según las reglas del arte y deben por tanto considerarse implícitamente comprendidas en ellas.

Sin embargo, la norma también ha puesto un límite a la potestad del comitente de introducir variantes, en tanto, ellas pueden derivar en una obra totalmente distinta a la convenida originalmente. Es por ello, que el artículo 1264 aclara que las variaciones del comitente *no pueden alterar sustancialmente la naturaleza de la obra*.

Hasta aquí hemos hablado de los adicionales ordenados por el comitente. Pero hay que suponer también las variaciones ordenadas por el contratista. Como principio, carece por cierto de ese derecho: la ley dispone que el contratista no puede variar la obra sin permiso escrito del comitente. Pero si el cumplimiento del contrato exigiera esas alteraciones conforme a las reglas del arte, y ellas no pudieran preverse al tiempo que se concertó, deberá comunicarle de inmediato al comitente, expresando el impacto que tendrá sobre el precio fijado (art. 1264). Si las variaciones en el proyecto modifican el precio en más de una quinta parte, el comitente tendrá diez días para desistir de la obra. Se interpreta que el silencio, pasado ese lapso, presupone la aceptación del nuevo precio por parte del comitente.

782. ¿Tiene derecho el comitente a ordenar trabajos adicionales?

El problema se plantea en el supuesto de que el contrato no le conceda expresamente ese derecho. Mientras las modificaciones o alteraciones a la obra proyectada no hagan más onerosa la obligación del contratista, debe reconocerse la facultad del comitente de disponerlas y la obligación del contratista de acatar las órdenes recibidas; pero hay que hacer la excepción de la modificación de planos, que a juicio del arquitecto no podría ejecutar sin desmedro de su reputación profesional o artística; él no puede ser obligado a aceptar modificaciones que violenten su criterio estético o arquitectónico. Si las obras suponen una carga mayor para el constructor, el comitente no puede ordenarlas por acto unilateral; se requerirá, pues, la aquiescencia del contratista.

¿Y si las modificaciones hicieran más onerosa la obligación del contratista? En tal caso, *a falta de acuerdo, las diferencias de precio surgidas de las modificaciones autorizadas en este Capítulo (contrato de obra y servicios) se fijan judicialmente* (art. 1265).

5.— Prescripción

783. Plazo legal

La acción por cobro del precio prescribe por cinco años (art. 2560).

El plazo comienza a correr desde que el pago se ha hecho exigible; pero si se trata de varias cuotas, pensamos que cada una de ellas no tiene un comienzo propio y que todas empiezan a prescribir desde que la última cuota se ha hecho exigible.

B.— OBLIGACIÓN DE COOPERACIÓN

784. Contenido

El comitente tiene la obligación de poner al contratista en condiciones de cumplir la obra. Es una obligación de contenido elástico: si se trata de una construcción sobre suelo, debe ponerlo en posesión de éste, proporcionarle los planos y los materiales e instrumentos de trabajos que hubiere prometido en el contrato; si para empezar la obra es necesario el consentimiento de un tercero o del Estado, debe gestionarlo y obtenerlo; tal ocurre, por ejemplo, con la aprobación de los planos por la administración local. Todo ello debe hacerlo en tiempo propio. Debe cumplir los actos de verificación sin demora; si de acuerdo con el contrato fuera necesaria su aprobación para los materiales o las distintas etapas de la obra, debe hacerlo en su momento. Está obligado a pagar puntualmente las cuotas pactadas.

Esta obligación tiene también un contenido negativo: el comitente debe abstenerse de todo acto personal que obstaculice o perturbe el normal desarrollo de los trabajos, como podría ser una fiscalización excesiva, que dificultara el normal desenvolvimiento de la obra.

785. Sanciones nacidas del incumplimiento de esta obligación

De lo dicho en el número anterior se desprende que el deber de cooperación no es una obligación única, sino una denominación que abraza obligaciones de distinta naturaleza e importancia. Por lo mismo, las sanciones no pueden ser en todos los casos las mismas sino que deben adecuarse a su gravedad. Sin embargo, hay un recurso que sirve de común denominador y que puede ser siempre esgrimido por el contratista para obligar al comitente a cumplir: la *exceptio non adimpleti contractus*. Solo debe exceptuarse el caso de que la inejecución del comitente fuera de tan escasa importancia, que el contratista no podría negarse a cumplir con las obligaciones a su cargo sin manifiesta violación del principio de la buena fe que debe regir las relaciones contractuales. En consecuencia, y salvo la situación de excepción antedicha, cuando el comitente incurre en algún incumplimiento de sus deberes de cooperación, el contratista puede suspender la continuación de la obra.

En ciertos casos, puede incluso pedir la resolución del contrato por culpa del comitente. Sin embargo, una pequeña demora que no perjudica al contratista, no justificaría la acción de resolución.

C.— OBLIGACIÓN DE RECIBIR LA OBRA

786. Remisión

Terminada la obra, el contratista está obligado a entregarla y el comitente a recibirla. Tratamos los problemas relativos a la recepción de la obra, en los números 795 y siguientes.

D.— OBLIGACIÓN CONDICIONAL DE PAGAR A LOS OBREROS Y PROVEEDORES DE MATERIALES CONTRATADOS POR EL CONTRATISTA

787. Condiciones para el ejercicio de esta acción

En principio, ni los obreros contratados por el contratista ni los proveedores que le vendieron materiales tienen acción por cobro de sus créditos contra el comitente. Es justo que así sea, porque ellos han contratado con el contratista y no con el comitente, que nada les debe. Pero si el comitente no hubiera pagado todavía al contratista la totalidad del precio pactado, entonces los obreros y proveedores tienen acción directa contra él hasta la concurrencia de la suma debida al contratista (art. 736). Es una solución fundada en razones de equidad.

Si bien esta posibilidad era contemplada expresamente en el artículo 1645 del Código Civil de Vélez, su derogación no hace desaparecer la acción que éste establecía, en tanto ellas siguen vigentes mediante la regulación general de la acción directa contenida en los artículos 736 y siguientes del Código Civil y Comercial.

Reconocer la existencia de una acción directa (y no subrogatoria) es de la mayor importancia en caso de concurso o quiebra del contratista, pues de esta manera, los acreedores pueden cobrar sus créditos del comitente, sin pasar por la masa del fallido.

788. Quiénes gozan de ella

Desde que la acción directa es la que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito (art. 736), cualquier acreedor del contratista podrá accionar contra el comitente, en los límites que los artículos 736 y siguientes imponen. Así, quedan incluidos los proveedores del contratista, el subcontratista, los obreros, etcétera.

789. Prueba de los pagos hechos por el comitente al contratista; recibos privados sin fecha cierta

La acción procede, ya lo hemos dicho, solo en la medida de la deuda que el comitente tenga pendiente en favor del contratista. Como los obreros y proveedores normalmente no tienen posibilidad de munirse de la prueba de que aún existe un saldo pendiente de pago, ellos pueden intentar la acción directa sin más ni más. Es al comitente al que corresponde producir la prueba de los pagos que ha realizado al contratista.

¿Son suficientes para tener por demostrados esos pagos los recibos privados emanados del contratista, sin fecha cierta? Algunos fallos y autores se han pronunciado por la solución negativa: se fundan en el artículo 317 según el cual los instrumentos privados no prueban contra terceros la verdad de la fecha expresada en ellos; agregan todavía que siendo esta una acción directa, los obreros y proveedores no actúan en nombre del contratista (en cuyo caso sí podrían serles opuestos tales recibos), sino como terceros munidos de una acción propia a quienes se aplica el mencionado artículo 317.

Por nuestra parte, estamos lejos de admitir tal solución que conduce a resultados injustísimos. Si los recibos privados otorgados por el contratista no probaran la verdad respecto de los obreros y proveedores, todos los recibos por pagos parciales deberían otorgarse por escritura pública, única manera que tiene el comitente de evitar luego la sorpresa de una acción que lo obligue a pagar dos veces. Está de más decir que tal modo de extender los recibos es extremadamente impráctico y contrario a nuestras costumbres; los recibos por pagos parciales del precio se otorgan siempre en forma privada. Pensamos pues que el recibo privado puede oponerse a obreros y subcontratistas siempre que se refiera a trabajos ya hechos y no a pagos anticipados; en este caso, el pago anticipado acreditado en forma privada sin fecha cierta, crea una fuerte sospecha de colusión en perjuicio de los obreros, que obliga a desestimar tal prueba.

§ 3.— Responsabilidad de las partes ante terceros

790. Responsabilidad del contratista y de otras personas que intervienen en la construcción

Según el artículo 1277, no solo los contratistas son responsables por la inobservancia de las disposiciones legales y de todo daño que causen a los vecinos, sino que esta responsabilidad se extiende en forma solidaria a todos los subcontratistas y profesionales que hayan intervenido en la obra.

a) Con respecto a los *vecinos*, no solo son responsables de los daños que se les deriven de la inobservancia de las reglamentaciones municipales o cualquier otra disposición legal (paredes construidas en contravención que oscurecen la finca vecina; techos que echan las aguas pluviales sobre el vecino, etc.), sino también de todo daño

que por su culpa o la de sus dependientes resulte para ellos, aunque no medie inobservancia de las reglamentaciones municipales, como, por ejemplo, el derrumbe o rajadura de una pared medianera como consecuencia de la excavación, destrozos ocasionados por las caídas de instrumentos de trabajo o de mampostería, etcétera.

b) Con respecto a otros *terceros*, responden también de todos los daños que se les deriven de su culpa o de la de sus dependientes, como, por ejemplo, si la caída de un instrumento de trabajo o de materiales de construcción provoca heridas o la muerte de un transeúnte.

c) Respecto de la *Administración Pública*, es responsable de la inobservancia de leyes y reglamentos; esa sanción se traduce generalmente en el pago de multas y la obligación de destruir lo realizado en contravención.

d) Con respecto al *comitente*, ya hemos dicho cuál es el alcance de su responsabilidad contractual (véanse nros. 757 y ss.), la que no excluye la derivada de la comisión de algún hecho ilícito del cual resulte perjuicio para aquel.

791. Responsabilidad del comitente

La responsabilidad que la ley reconoce al contratista frente a terceros, ¿excluye la del comitente? Veamos.

a) Si se trata de los perjuicios ocasionados a los vecinos por la inobservancia de las reglamentaciones municipales, nos inclinamos a creer que la responsabilidad es exclusiva del contratista. El artículo 1277 no menciona al comitente. Por iguales motivos, debe considerarse que este último carece de responsabilidad ante la administración por la inobservancia de las reglamentaciones en que incurrió el contratista.

b) Si se trata de perjuicios ocasionados a los terceros y vecinos por culpa personal del contratista o sus obreros, el comitente responde junto con el contratista en el caso de que el daño se hubiera hecho con una cosa de su propiedad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1758.

III — CESIÓN Y FIN DEL CONTRATO DE OBRA

§ 1.— Cesión y subcontratación

792. Cesión del contrato de obra. Remisión

Hablar de la cesión del contrato de obra es tanto como referirse a la cesión de la posición contractual que comitente y contratista tienen en ese contrato de obra, a un tercero.

Por ello, deben aplicarse las reglas que hemos estudiado en la parte general de los contratos, y allí nos remitimos (véanse nros. 213 y ss.).

793. Subcontratación. Remisión

La subcontratación también ha sido estudiada con anterioridad (nros. 220 y ss.), y allí nos remitimos.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe hacer dos acotaciones.

La primera, que el único que puede subcontratar es el contratista. Es que lo que se subcontrata son trabajos y el único que asume obligaciones de ese tipo es el contratista.

La segunda, que en las disposiciones especiales para las obras que prevé el Código Civil y Comercial, existen dos referencias expresas a los subcontratistas: i) el artículo 1274 que, considerando la causa del daño, extiende la responsabilidad prevista en el artículo anterior al subcontratista, proyectista, director de obra y cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes, y ii) el artículo 1273, que obliga al subcontratista, al constructor y a los demás profesionales que intervienen en la obra, a respetar las normas administrativas, haciéndolos responsables, incluso frente a terceros, de los daños producidos por el incumplimiento de tales disposiciones.

Ambas normas han sido estudiadas en este mismo capítulo con anterioridad, y allí nos remitimos.

§ 2.— Fin del contrato

794. Enumeración

El contrato de obra se extingue: a) por el cumplimiento de la obra y el pago del precio; b) por desistimiento del comitente; c) por muerte, desaparición o falencia del contratista; d) por imposibilidad del contratista de hacer o terminar la obra; e) por voluntad de una de las partes fundada en el incumplimiento de la otra. Si la obra se ha contratado por pieza o medida, sin designación del número de piezas o de la medida total, el contrato puede resolverse por una y otra parte concluida que sea cada una de las piezas o partes designadas.

A estos medios propios de extinción de este contrato, hay que añadir otros que son generales, a saber: rescisión por mutuo consentimiento y confusión de la persona del comitente y contratista.

A.— CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

1.— Recepción de la obra

795. Diligencias previas; la verificación

La forma normal de la conclusión del contrato de obra es su cumplimiento por ambas partes; es decir, la entrega de la obra concluida y el pago del precio.

El acto esencial de esta etapa final del contrato es la recepción de la obra por el comitente. Pero éste no puede ser obligado a recibir la obra sin antes haber verificado si llena las condiciones exigidas en el contrato. Por consiguiente, el contratista debe dar aviso al comitente una vez terminada la obra, para que pueda realizar la verificación, a cuyo fin debe contar con un tiempo razonable.

La verificación es un derecho y no una obligación del comitente; el contratista cumple poniendo la cosa a su disposición durante un tiempo razonable, vencido el cual puede exigir al comitente que reciba la cosa.

796. Aceptación y recepción

La aceptación es la manifestación de la conformidad del comitente con la obra realizada; la recepción es la toma voluntaria de la obra de manos del contratista. Son actos distintos, pero estrechamente ligados. Por lo común ocurren en un solo momento: cuando el comitente recibe la obra, ya que este acto implica la aceptación tácita. Pero pueden no coincidir. Así ocurre cuando el comitente acepta la cosa, pero la deja en poder del contratista (aceptación sin recepción) o cuando la recibe con reserva (recepción sin aceptación).

2.— Efectos de la recepción

797. Recepción de la obra sin reservas

La recepción de la obra por el comitente, sin formular reserva alguna, produce los siguientes efectos:

a) Plazo

Si ha habido demoras en la terminación y entrega, la recepción implica la concesión tácita de un plazo; el comitente no podrá en adelante pretender ninguna indemnización por este concepto.

b) Trabajos adicionales

Si se han realizado trabajos adicionales, la recepción implica el reconocimiento de que fueron hechos con la autorización del comitente, quien está obligado a pagarlos.

c) Vicios aparentes

El comitente pierde el derecho a reclamar por la existencia de vicios aparentes (arts. 747 y 1272, inc. a)), a menos que ellos sean causa de la ruina de la obra.

Por vicios aparentes debe entenderse aquellos que son de fácil comprobación, tal como el estado de la pintura y revoques, tabiques divisorios que no están conformes con los planos, falta de cumplimiento de las estipulaciones relativas a la calidad de los pisos, etcétera.

Esta norma no se aplica en los supuestos de contrataciones de obra en el marco de una relación de consumo, en tanto el proveedor responde también por los vicios aparentes por un plazo de 30 días desde la recepción de la obra (art. 23, ley 24.240).

d) Vicios ocultos

El artículo 1272, inciso b), remite a la regulación general sobre vicios ocultos para los defectos que se manifestaren en la obra.

Así, y por imperio de los artículos 1054 y 1055, se establecen dos plazos de caducidad de la acción.

El primero de ellos es de 60 días, dentro de los cuales el comitente debe notificar en forma fehaciente al contratista de la aparición del vicio, bajo apercibimiento de perder la garantía (art. 1054).

El segundo, es de tres años o de seis meses, según se trate de cosa inmueble o mueble, dentro de los cuales debe manifestarse el vicio para estar garantizado por el comitente, plazo que se computa desde la recepción de la obra en ambos supuestos o, además, en el caso de los muebles, desde que se los puso en funcionamiento (art. 1055).

Si el vicio es notorio dentro de los plazos señalados precedentemente, y se notifica dentro de los 60 días al contratista, comienza a correr el plazo de prescripción de la acción desde esa notificación, plazo que es de un año (art. 2564, inc. a)).

No está de más señalar que, de manera general, *las normas sobre vicios o defectos se aplican a las diferencias en la calidad de la obra* (art. 1271).

798. Recepción provisoria

Algunos contratos contienen una cláusula en virtud de la cual al término de la obra, el comitente la recibirá *provisionalmente*; recién después de transcurrido un cierto lapso, se produce la recepción definitiva. Durante ese período, el comitente tiene derecho a retener del precio adeudado un depósito de garantía, que sirve para responder a las reparaciones que eventualmente sea necesario realizar por vicios ocultos de la cosa.

En los contratos de obras públicas regidas por la ley 13.064 la recepción debe hacerse siempre en forma provisional; la recepción definitiva se lleva a cabo luego de un plazo que se fija en cada caso, durante el cual el contratista corre con los gastos de conservación y reparación de las obras, salvo los defectos resultantes del uso indebido (art. 41). El depósito de garantía se entregará al contratista recién al recibir definitivamente la obra (art. 44).

B.— DESISTIMIENTO DEL COMITENTE

799. Derecho del comitente a desistir del contrato

Según lo dispone el artículo 1261, *el comitente puede desistir del contrato por su sola voluntad, aunque la ejecución haya comenzado; pero debe indemnizar al prestador todos los gastos y trabajos realizados y la utilidad que hubiera podido obtener. El juez puede reducir equitativamente la utilidad si la aplicación estricta de la norma conduce a una notoria injusticia.*

Pareciera que esta regla contiene una derogación del principio general según el cual los contratos no pueden ser dejados sin efecto sino por voluntad común de los contratantes; pero es una derogación solo aparente, pues como al desistir el comitente debe indemnizar al contratista de todos los gastos y utilidades que esperaba obtener de la obra, en verdad él cumple con todo lo que había prometido, limitándose a renunciar a los beneficios que podía esperar del contrato. Aunque no existiere el artículo 1261,

ante el desistimiento del comitente, el contratista no podrá accionar por cumplimiento, dado que el interés es la medida de las acciones, y el suyo se satisface con el pago de todas sus eventuales utilidades. Es claro que el arquitecto o el artista podrían aducir que de la realización de la obra no solo esperaban la ganancia pactada, sino también una difusión de su prestigio y fama, de lo cual podría derivarse el encargo de otras obras. Precisamente para evitar que sobre la base de tal fundamento pudiera insistir en la realización de la obra no obstante el ofrecimiento de indemnización integral hecho por el comitente, es que conviene contar con un texto como el artículo 1261. Pues es de toda evidencia que cuando por cualquier motivo la obra ha devenido inútil o el comitente ha perdido interés en ella, sería antieconómico un sistema legal que pese a todo obligue a continuar los trabajos hasta su terminación. Casi siempre la actitud intransigente del contratista que insiste en la ejecución, no obstante haber sido desinteresado, importa un flagrante abuso de derecho.

Agreguemos que el principio según el cual el comitente que desiste debe pagar al contratista todos los gastos y las utilidades que hubiera podido obtener, ya había sufrido una atenuación con la ley 17.711, que dispuso agregar un párrafo que decía: *Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia*; criterio que se mantuvo en la legislación actual.

800. Indemnización que se le debe pagar al contratista

Según el artículo 1261, el comitente debe pagar al contratista todos los gastos, trabajos y utilidades que hubiere podido obtener del contrato. Solo así, satisfaciendo todo el daño emergente y el lucro cesante, se explica que pueda desistir; sin embargo, es necesario hacer la salvedad a la que nos referimos en el número anterior, *in fine*.

La indemnización puede incluir el daño moral, el que puede ser importante por el descrédito que puede resultar al profesional o al artista del desistimiento por el comitente, particularmente si luego encarga la misma obra a otra persona.

C.— MUERTE, DESAPARICIÓN Y FALENCIA

1.— Muerte del contratista

801. Resolución del contrato

La muerte del contratista resuelve el contrato, no así —al menos, como regla— la del comitente (arts. 1259 y 1260). La solución es lógica, porque la persona del contratista es generalmente decisiva en el contrato de obra, en tanto que la del comitente es casi siempre indiferente.

El fallecimiento del contratista pone fin al contrato sin necesidad de que la resolución sea pedida por los herederos.

Hemos dicho que la muerte del comitente no extingue, como regla, el contrato. Por excepción, sí lo hace, cuando su muerte hace imposible o inútil la ejecución de la obra (art. 1260).

802. Continuación de la obra por los herederos

Los herederos del contratista podrán continuar la construcción de la obra cuando mediare conformidad del comitente (art. 1260). En caso de que decidiera no continuar con la obra con los herederos deberá abonarles los materiales que le hubieren sido aportados hasta el momento y los trabajos realizados por el contratista fallecido.

803. Efectos de la resolución del contrato

Resuelto el contrato por fallecimiento del contratista, el comitente debe pagar a los herederos de aquél, el costo de los materiales aprovechables y, en proporción del precio convenido, el valor de la parte de la obra ejecutada (art. 1260). Con respecto a la obra ejecutada, no interesa si ella es o no útil al comitente, siempre que haya sido ejecutada de acuerdo con las estipulaciones del contrato. Los materiales, en cambio, solo deben pagarse en la medida en que sean útiles a la obra. Es natural que sea así. Si el contratista ha acumulado más materiales de los que eran necesarios o ellos son defectuosos o inapropiados para la obra, no tiene el comitente por qué pagarlos. Va de suyo que los materiales no pagados por el comitente pueden ser retirados por los herederos.

2.— Desaparición del empresario

804. Desaparición del empresario y abandono de la obra

Disponía el artículo 1643 del Código Civil de Vélez que el contrato puede ser resuelto por el comitente si desaparece el empresario. Por desaparición debe entenderse un abandono total de la obra, con la consiguiente cesación de los trabajos. Sin embargo, también se consideraba que había abandono de la obra por el contratista, cuando éste ejecutaba los trabajos con una lentitud tal que fuera imposible completarlos en el plazo estipulado. En ambos supuestos, el comitente estaba facultado para resolver el contrato.

Esta causal de extinción del contrato no es mencionada en el Código Civil y Comercial; sin embargo, ella queda subsumida en la genérica causal de resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe recordarse que la ley de obras públicas hace referencia concreta al abandono de la obra, pues dispone que habrá abandono que autoriza al Estado a resolver el contrato cuando los trabajos se realicen con lentitud, de modo que la parte ejecutada no corresponda al tiempo previsto en los planes de trabajo y a juicio de la administración no puedan terminarse en los plazos estipulados; y cuando el contratista interrumpa los trabajos por plazo mayor de ocho días en tres ocasiones o por plazo mayor de un mes, aunque sea una sola vez (art. 50, incs. b] y e], ley 13.064).

3.— Quiebra

805. Quiebra del contratista

El comitente tiene derecho a pedir la resolución del contrato cuando el contratista ha caído en quiebra (art. 143, inc. 2º, ley 24.522). Es una facultad de la que hará uso según le convenga. Así, por ejemplo, es casi seguro que la ejercerá si la obra consiste en la construcción de un edificio, pues la quiebra del contratista lo coloca prácticamente en la imposibilidad de continuar los trabajos por falta de crédito, sin contar con que al comitente no le conviene la ejecución de la obra por una persona insolvente, contra la cual no podrá luego hacer efectiva la responsabilidad por los vicios o defectos. Si, en cambio, se trata de un retrato encargado a un pintor, es obvio que la falencia no le impedirá cumplir su promesa y el comitente no tendrá interés en la resolución.

Para que el comitente tenga derecho a optar por la resolución, no es suficiente el concurso preventivo de acreedores, pues durante la tramitación del concordato, el deudor conserva la administración de sus bienes y prosigue las operaciones ordinarias de su comercio o industria bajo vigilancia del síndico (art. 15, ley 24.522).

Según el artículo 144, ley 24.522, el comitente debe hacer saber su decisión de continuar o resolver el contrato dentro de los veinte días de la publicación de edictos, luego debe oírse al síndico quien opinará sobre la continuación o resolución del contrato. Finalmente, el juez dictará la resolución correspondiente, que solo es apelable por el comitente cuando se hubiese opuesto a la continuación.

806. Quiebra del comitente

La solución dada por los artículos 15 y 144 de la ley 24.522, es aplicable a los casos de concurso y quiebra del comitente. Independientemente de ese recurso, el contratista está protegido por el derecho de retención que le reconoce el artículo 2587 y el privilegio para los gastos de la construcción del artículo 2582, inciso a).

Es claro que si el precio hubiera sido pagado por anticipado, no podrá ya el contratista negarse a continuar la obra so pretexto de quiebra del comitente. Tampoco puede negarse a cumplir sus compromisos si la masa le afianza satisfactoriamente el pago del precio.

D.— IMPOSIBILIDAD DEL CONTRATISTA DE HACER O TERMINAR LA OBRA

807. Concepto de imposibilidad

Disponía el artículo 1642 del Código Civil de Vélez que el contrato puede ser resuelto por el comitente o por el contratista cuando sobreviene a éste imposibilidad de hacer o de concluir la obra. La imposibilidad puede ser objetiva o subjetiva. La primera es aquella que deriva de acontecimientos externos a las partes, tales como la expropiación del inmueble en que se ha de realizar la obra, la destrucción de la cosa por un accidente, un rayo, etc. La imposibilidad subjetiva es la que se refiere a la persona misma del contratista; por ejemplo, que enloquezca o enferme gravemente o sea condenado a prisión o movilizado por guerra interna o externa. La resolución del contrato en estos casos es una simple aplicación de los principios que rigen el incumplimiento derivado de caso fortuito o de fuerza mayor.

No debe asimilarse la imposibilidad de cumplir con la dificultad de hacerlo. No porque su prestación devenga más onerosa queda eximido el contratista de su obligación de

cumplirla; todo lo más, si la mayor onerosidad proviniera de causas extraordinarias e imprevisibles, tendrá derecho a exigir una revisión del precio pactado (véase nro. 780). Es necesario agregar, sin embargo, que aunque teóricamente los conceptos de imposibilidad y dificultad de realización son claramente diferenciables, hay, empero, una zona de contacto en que la distinción no resulta clara. Así, por ejemplo, la enfermedad que padece el contratista, ¿es de tal gravedad que lo imposibilita para continuar la obra o simplemente le hace más difícil cumplirla? En esa zona gris, el juez deberá resolver el problema según su prudente arbitrio.

En el Código Civil y Comercial, la solución es similar, pero resulta de la aplicación de las normas referidas a la extinción por imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones.

808. Efectos de la imposibilidad

La imposibilidad de continuar la obra produce siempre la resolución del contrato, cualquiera que sea la causa de la que aquella derive. Pero con relación a los restantes efectos, es necesario distinguir tres situaciones:

a) Imposibilidad sobrevenida sin culpa de las partes

El contrato queda resuelto y el comitente está obligado a pagar la obra ya realizada en proporción a lo hecho y al precio pactado (art. 1267). Así ocurrirá si la cosa ha sido expropiada por el Estado o si el contratista ha enloquecido o ha sido movilizado por una acción militar. Pero, teniendo en cuenta que la obligación del contratista es de resultado, a él le incumbe la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor que lo libere.

b) Imposibilidad derivada de culpa del contratista

El contratista deberá pagar al comitente todos los daños y perjuicios que le resulten de la resolución. Así ocurrirá si el contratista ha sido condenado a prisión por la comisión de un delito; pero no habrá culpa de su parte si ha sido procesado y detenido aunque sea por largo tiempo y luego se lo declara inocente. Muy dudoso es el supuesto de que el contratista se enrola voluntariamente en el ejército con motivo de un peligro de guerra, no obstante no estar obligado a hacerlo. Aunque estrictamente la imposibilidad sobrevenida le es imputable, lo cierto es que se ha enrolado respondiendo a un noble sentimiento patriótico; planteado el caso, difícilmente los tribunales lo condenen al pago de los daños sufridos por el comitente por el incumplimiento.

c) Imposibilidad derivada de culpa del comitente

El comitente responderá por todos los daños que se le deriven de la resolución del contrato al contratista, inclusive todas las ganancias que esperaba obtener de la obra. Como ejemplos de este supuesto, podemos señalar la expropiación gestionada por el comitente del inmueble, la reivindicación del inmueble por un tercero con mejor derecho, etcétera.

809. Imposibilidad temporaria; efectos

La imposibilidad puede ser meramente temporaria; así, por ejemplo, una huelga de transportes que impide la provisión de los materiales encargados para la obra, una enfermedad pasajera del contratista, etc. En principio, esta imposibilidad no da lugar a la resolución del contrato, sino a una prórroga del plazo por un período equivalente al de la imposibilidad. En cuanto a los daños derivados de la prolongación de la obra, habrá que distinguir, como en el caso de la imposibilidad absoluta, entre el impedimento ocurrido sin culpa de las partes y el que deriva de la culpa del comitente o contratista. En el primer caso, no habrá lugar a indemnización de los daños; en el segundo, la parte culpable deberá responder ante la otra de los perjuicios que la demora le haya ocasionado.

E.— INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES POR UNA DE LAS PARTES

810. El pacto comisorio es tácito en el contrato de obra

La inejecución de sus obligaciones por una de las partes permite a la otra pedir la resolución del contrato; en el contrato de obra, la cláusula resolutoria (pacto comisorio) es implícita o tácita.

En cuanto al incumplimiento del comitente, el contrato puede ser resuelto por el contratista porque el comitente no dio los materiales prometidos o porque no pagó las prestaciones convenidas.

En cuanto al incumplimiento del contratista, el comitente tiene derecho a pedir la resolución del contrato cuando abandona la obra o cuando la ejecuta en forma deficiente. El mismo derecho lo tiene cuando el contratista, apartándose del límite de gasto fijado por el comitente en el contrato celebrado y en las bases del concurso de anteproyectos al cual se habían presentado, presenta un presupuesto superior intentando justificar el excedente en el gasto.

Naturalmente, no cualquier incumplimiento autoriza la resolución; así, por ejemplo, una pequeña demora en la provisión de los materiales por el comitente o en la ejecución de las obras por el contratista. Debe tratarse de un incumplimiento grave, sin lo cual la pretensión de la parte que pide la resolución sería abusiva.

F.— VOLUNTAD UNILATERAL DE LAS PARTES EN LAS OBRAS ENCARGADAS POR PIEZAS O MEDIDAS

811. Solución legal

Si la obra fue pactada por pieza o medida sin designación del número de piezas o de la medida total, el contrato puede ser extinguido por cualquiera de los contratantes concluidas que sean las partes designadas como límite mínimo, debiéndose las prestaciones correspondientes a la parte concluida (art. 1266).

El texto distingue dos situaciones: a) que el contrato fije un límite mínimo de piezas a ser entregadas, en cuyo caso, solo se podrá ejercer la rescisión unilateral una vez cumplido dicho límite; b) que el contrato no establezca un número de piezas o medidas mínimo, en cuyo caso ninguna de las partes puede resolver el contrato.

§ 1.— Contrato de edición

A.— NOCIONES GENERALES

812. Concepto

La ley 11.723 sobre propiedad intelectual lo define así: *Habrá contrato de edición cuando el titular del derecho de propiedad sobre una obra intelectual, se obliga a entregarla a un editor y éste a reproducirla, difundirla y venderla* (art. 37). Este contrato suele asumir muy diversas modalidades. La más frecuente es aquella por la cual el editor toma a su cargo la impresión, distribución y venta de la obra, obligándose a pagar al autor un porcentaje sobre cada ejemplar vendido o sobre el producido líquido de la venta; en el primer caso, el autor percibe sus derechos desde que empieza la venta; en el segundo el editor se cubre de sus gastos con los primeros ejemplares vendidos y luego la ganancia líquida se distribuye en la proporción convenida. Otras veces el autor recibe una cantidad fija por una o varias ediciones; o contribuye con una parte de los gastos de la edición para mejorar así su porcentaje sobre las ventas.

En la definición legal se habla del *derecho de propiedad* sobre una obra intelectual. Si bien estrictamente los derechos intelectuales no son una propiedad, la expresión acuñada procura acentuar la firmeza de la protección que se desea otorgar a las obras de este carácter.

El contrato de edición debe ser distinguido del de *impresión*, por el cual una de las partes se limita a realizar la impresión de la obra por un precio en dinero pagado por el comitente, que puede ser el propio autor o el editor. Es un contrato de obra típico, a la que se aplican las reglas estudiadas en los capítulos anteriores y no las del contrato de edición. También debe distinguirse del contrato de *distribución*, por el cual el distribuidor recibe obras y se obliga a venderlas, colocándolas en librerías y negocios, y asume la responsabilidad por los ejemplares que ha entregado a los locales comerciales para la venta; a cambio de esa tarea y responsabilidad, recibe un porcentaje sobre el precio de venta de cada ejemplar. Aisladamente considerados, estos contratos son distintos del de edición, pero éste los comprende; es decir, son aspectos parciales de un contrato más complejo.

813. Objeto

El contrato de edición puede tener por objeto cualquier clase de obras impresas: libros artísticos, literarios o científicos, estampas, grabados, policromías, fotografías, grabaciones fonográficas, copias cinematográficas, programas de computación, compilaciones de datos o de otros materiales, etcétera (art. 1º, ley 11.723, ref. por ley 25.036).

De acuerdo con los principios generales (arts. 279 y 1004, Cód. Civ. y Com.) no debe tener un objeto contrario a las buenas costumbres; en consecuencia, sería nulo el que se propusiere la reproducción de obras contrarias a la moral o que incitasen a la rebelión. Sin embargo, el principio de la libertad de prensa, llevado en nuestros días a límites extremos, hará muy difícil declarar nulo un contrato de edición de una obra inmoral si es que esta se puede defender de alguna manera desde el ángulo literario o artístico. Solamente la grosera pornografía será reputada como ilícita.

También sería nulo un contrato que tuviera por objeto la edición de una obra que ha caído ya en el dominio público.

814. Naturaleza jurídica

De acuerdo con una opinión muy difundida, el contrato de edición carece de una naturaleza jurídica propia y constante; por el contrario, ella varía según la modalidad que asuma identificándose a veces con el contrato de obra, otras con la sociedad, otras con la venta (o cesión onerosa de derechos). Así, cuando el autor toma el compromiso de hacer una obra literaria o científica y el editor el de imprimirla, difundirla y venderla, habría contrato de obra; también lo habría cuando estando ya terminada la obra, el editor paga al autor una suma fija por una edición. Habría sociedad cuando los gastos de la impresión corren por cuenta de autor y editor, que asumen los riesgos y comparten las ganancias de acuerdo con el porcentaje estipulado; o cuando el autor, sin contribuir a los gastos de impresión, recibe solo un porcentaje sobre las ventas. Habría compraventa (o cesión onerosa de derechos) cuando el autor cede definitivamente sus derechos de autor en favor del editor.

Esta teoría no resiste el análisis. Consideremos el supuesto de que el autor haya asumido el compromiso de llevar a cabo una obra para entregarla al editor, quien a su vez se obliga a publicarla y venderla, supuesto que según la opinión aludida, configura un contrato de obra. De un lado media la promesa de un resultado por parte del autor (escribir la obra) contra un precio aleatorio (porcentaje que se obtenga sobre la venta). Del otro, media la promesa de una tarea (impresión y venta) contra el derecho reconocido por el autor a percibir un porcentaje también aleatorio; pero adviértase que el editor no promete un resultado, pues él no se obliga a vender toda la edición, sino simplemente a ponerla en venta y hacer lo posible para que se venda. Es decir, promete una actividad y no un resultado. Falta una característica esencial del contrato de obra. Pasemos por alto la naturaleza de esta obligación y sigamos adelante. En todo caso habría dos contratos de obra simultáneos y confundidos. ¿Quién es aquí el comitente y quién el empresario?

Imaginemos ahora que el autor ha vendido sus derechos al editor, asumiendo éste el compromiso de publicar la obra. Según la teoría que combatimos, este contrato configura una compraventa. ¿Es realmente así? El editor está obligado a publicar la obra, puesto que el interés del autor no se agota al recibir el pago del precio sino que también puede exigir que su obra sea dada a luz; por lo general, es éste su principal interés y desde luego el más respetable desde el punto de vista del bien común. Es decir, habría una cesión onerosa de derechos y una promesa de obra simultánea. Más aún, el autor podrá, en ejercicio de su derecho moral, controlar la fidelidad de la versión, modificarla, oponerse a su publicación (salvo, claro está, el derecho del editor de exigir la reparación de los daños). ¿Es esto una compraventa?

Supongamos, por último, que el autor entrega la obra terminada y el editor asume el compromiso de publicarla y venderla, distribuyéndose las utilidades de acuerdo con el porcentaje estipulado. La distribución de utilidades trae una reminiscencia societaria; sin embargo, ¿de qué tipo de sociedad? No está de más tener presente que hay sociedades en las que la muerte de los socios pone fin a ellas y otras sociedades en que la muerte no afecta a la continuidad societaria (en el contrato de edición, la muerte por lo común es irrelevante).

De cualquier manera, es arbitrario escindir un contrato único para marcarlo a veces con el sello de la sociedad, otras con el de la locación de obra, otras con el de la cesión de derechos. Es, además, una tarea vana. Tendría sentido este esfuerzo si fuera para aplicarle el régimen jurídico de aquellos contratos. Pero no es así, porque la edición tiene su régimen legal propio. En verdad esta teoría no es sino una manifestación más de la tendencia, tan común en los juristas, de poner vino nuevo en odres viejos. Hay que admitir que se trata de un contrato distinto de los románicos; tiene una naturaleza propia, una tipicidad peculiar, una regulación legal especial e inclusive, un nombre que lo diferencia de los demás.

Pero si el autor ha cedido definitivamente sus derechos intelectuales, sin compromiso de la contraparte de editar la obra, no nos encontramos ya en presencia de un contrato de edición, sino de una cesión onerosa de derechos (o venta como lo llama con impropiedad la ley 11.723). Debemos repetir aquí que esta cesión, por más definitiva que sea, no impide al autor ejercer los atributos propios del derecho moral, que es inalienable. Podrá por tanto modificar, rehacer y aun destruir la obra cedida, siempre que resarza al cesionario de los daños y perjuicios que su actitud le ocasiona.

815. Caracteres

El contrato de edición tiene los siguientes caracteres:

a) Es *bilateral*, porque genera obligaciones para ambas partes.

b) En principio, es *oneroso* (art. 40, ley 11.723). Sin embargo, es posible que el autor no pretenda ningún pago, conformándose con la publicación de su obra; y que el editor, por espíritu de mecenazgo, edite la obra sin interés económico alguno. Pero la parte que sostiene que el contrato es gratuito debe probarlo.

c) Es *consensual*, pues queda concluido por el mero acuerdo de voluntades.

816. Forma y prueba

Dispone el artículo 40, ley 11.723, que *en el contrato deberá constar el número de ediciones y el de ejemplares de cada una de ellas, como también la retribución pecuniaria del autor o de sus derechohabientes; considerándose siempre oneroso el contrato salvo prueba en contrario. Si las anteriores condiciones no constaran, se estará a los usos y costumbres del lugar del contrato.*

De la primera parte de esta disposición, parecería desprenderse que la ley exige la forma escrita y la especificación de ciertas estipulaciones imprescindibles (número de ediciones, cantidad de ejemplares, retribución del autor); pero en verdad, no se trata sino de una recomendación de la ley, puesto que si el contrato omite tales recaudos de todas maneras es válido y se estará a los usos y costumbres del lugar del contrato (último apartado).

En cuanto a la prueba, se aplican los principios generales de los artículos 1019 y 1020 del Código Civil y Comercial.

B.— EFECTOS

1.— Derechos y obligaciones del autor

817. Derechos

El autor tiene los siguientes derechos:

a) *Traducir, transformar, refundir su obra* (art. 38, ley 11.723). El respeto por la producción científica, artística, literaria, hace de éste uno de los derechos esenciales del autor. Son facultades que integran el llamado derecho moral del autor. El editor no podrá oponerse a tales modificaciones aunque le resulten onerosas, aunque sí puede exigir la indemnización correspondiente si le originan gastos imprevistos.

También debe reconocerse al autor el derecho de *suprimir* su obra, siempre que indemnice al editor del daño emergente y de la ganancia esperada; satisfecha esta indemnización o afianzado debidamente su pago, el editor no podría oponerse a la destrucción de la obra, aunque esta se encontrara ya publicada y en venta. Se justifica que así sea, porque muchas veces los autores reniegan de sus anteriores ideas políticas, artísticas, religiosas, y no es posible autorizar que contra su voluntad se siga vendiendo la obra, una vez que el interés económico del editor ha quedado salvaguardado.

Debe señalarse que el autor conserva estas atribuciones aunque haya cobrado el precio pactado o cedido sus derechos intelectuales al editor, porque ellas integran el derecho moral del autor, que es inalienable. La cesión del derecho intelectual se refiere únicamente a su aspecto patrimonial; es decir, se cede el monopolio de explotación que corresponde al autor.

b) Recibir una *retribución* (art. 40, ley 11.723), que puede ser una cantidad determinada e invariable o un porcentaje sobre el precio de cada libro vendido o sobre las utilidades líquidas. Si el contrato no fijara el precio, éste se determinará de acuerdo con los usos y costumbres del lugar del contrato para ese tipo de obra (art. citado).

c) Finalmente, puede *exigir que su nombre figure en el lugar de costumbre*.

Expresa también el artículo 38, ley 11.723, que el autor tiene derecho a defender su obra contra los defraudadores, aunque lo sea el propio editor. Es éste un derecho que no surge del contrato de edición, sino de su propiedad intelectual. Permite al autor defenderse contra las ediciones clandestinas de terceros y contra el peligro, muchas veces más grave, de que el propio editor imprima ocultamente más ejemplares de los establecidos, de cuya venta no da cuenta. Cabe señalar que la protección del derecho de autor abarca la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí (art. 1º, ley 11.723, ref. por ley 25.036).

818. Obligaciones

El autor tiene las siguientes obligaciones:

a) *Entregar al editor la obra* (art. 37, ley 11.723) y hacerlo en el plazo pactado. A falta de plazo, el tribunal lo fijará equitativamente en juicio sumario y bajo apercibimiento de la indemnización correspondiente (art. 42, ley 11.723). El vencimiento del plazo permitirá al editor pedir la resolución del contrato. ¿Puede también reclamar el cumplimiento? Sin duda no hay ningún obstáculo en que se pida el cumplimiento del contrato; pero si el autor hace caso omiso de la sentencia que lo condena a entregar la obra, ésta se resolverá en el pago de daños y perjuicios. No será posible constreñir al autor a que entregue la obra ya terminada, porque jamás una obra artística o literaria

puede considerarse concluida mientras el propio autor no lo considere así. El respeto por la creación intelectual impone esta solución.

b) *Garantizar al editor la autenticidad y disfrute de la obra*. El autor que suscribe un contrato de edición debe encontrarse en situación jurídica de poder disponer de su obra; y responde ante el editor si luego se presenta otra persona con mejor derecho que obtiene el secuestro de la edición o bien una reparación de los daños sufridos, sea porque la obra pertenecía al tercero o porque el autor le había cedido anteriormente los derechos de edición.

Pero el contrato de edición no impide al autor de una obra de teatro hacerla representar públicamente ni hacer citas de ella en obras posteriores, ni dar conferencias sobre el libro o el tema. Tampoco le impide traducirla (art. 38, ley 11.723) y hacer con la traducción una edición distinta, porque esta va dirigida a un público diferente y se presume que no hará competencia a la primera.

c) Si la obra pereciera en poder del autor o de sus herederos, estos deberán al editor la suma que hubieran percibido a cuenta de regalías e indemnizarlo de los daños causados (art. 41, ley 11.723). Sobre el intrincado problema del monto de la indemnización remitimos al número 820.

2.— Derechos y obligaciones del editor

819. Derechos

El editor tiene los siguientes derechos:

a) *Imprimir, distribuir y vender la obra* (art. 39, ley 11.723); va de suyo que deberá respetar las cláusulas contractuales en cuanto a presentación, calidad de papel, tipo de letra, formato, etc.; si el contrato no establece nada sobre el punto, el editor tiene derecho a darle la presentación que crea conveniente y a cambiarla en las distintas ediciones. Pero está obligado a ajustarse a los usos relativos a ese tipo, de modo que no se desmerezca con una presentación inadecuada, y no puede omitir el nombre del autor, que debe figurar en el lugar indicado por los usos.

b) Si el autor se negare o no pudiere hacer las *correcciones de las palabras*, el editor tiene derecho (y el deber) de hacerlas, absteniéndose cuidadosamente de no alterar el texto original (art. 39, ley 11.723).

820. Obligaciones

Pesan sobre el editor las siguientes obligaciones:

a) *Imprimir, distribuir y vender la obra*. La impresión debe hacerse en el plazo señalado y a falta de él, en el que los tribunales fijen en juicio sumario (art. 42, ley 11.723).

El editor está obligado a poner toda la diligencia que sea dable exigir de acuerdo con las costumbres y la buena fe para lograr una buena venta, pero no garantiza el resultado.

b) Debe pagar al autor la *retribución* pactada y, a falta de estipulación sobre el punto, la que se fije judicialmente de acuerdo con las costumbres (art. 40, ley 11.723). Si la retribución consistiera en un porcentaje sobre la venta de cada libro o de las ganancias, el editor está obligado a rendir cuentas.

c) Debe *respetar los originales* absteniéndose de introducir en ellos ninguna modificación; solo está autorizado —y desde luego obligado— a corregir las erratas de imprenta si el autor no quiere o no puede hacerlo (art. 39, ley 11.723).

d) Está obligado a *registrar* la obra dentro del plazo de tres meses de publicada (art. 57, ley 11.723) bajo apercibimiento de pagar una multa igual a diez veces el valor venal del ejemplar no depositado (art. 61, ley 11.723). El depósito de la obra es de la mayor importancia porque asegura el goce de los derechos del autor y del editor (art. 62, ley 11.723).

e) Finalmente, el editor debe responder ante el autor por la *pérdida de los originales* que se encontraren en su poder, cuando se produce antes de publicada la obra (art. 41, ley 11.723).

Perdida la obra, ¿sobre qué base deben fijarse los daños y perjuicios? El problema es por demás arduo, pues el juez no tendrá ante sí los originales que le permitan apreciar el mérito de la obra ni su posible valor comercial. La Cámara Comercial de la Capital ha resuelto con razón que la indemnización debe cubrir no solamente el perjuicio derivado al autor del fracaso de la edición contratada, sino que debe ser integral y abarcar todos los daños y perjuicios, para lo cual debe tenerse en cuenta, a falta de otros elementos de juicio más precisos, el prestigio del autor, los premios obtenidos, el mérito de sus libros anteriores, número de ediciones que alcanzaron, naturaleza de la obra, etc. De todos modos, el supuesto de pérdida de la obra es, hoy en día, virtualmente imposible, dados los modernos sistemas informáticos.

C.— CESIÓN DEL CONTRATO

821. Remisión

La cesión del contrato de edición se rige por las normas de la cesión de la posición contractual que hemos visto antes (nros. 213 y ss.) y allí nos remitimos.

D.— FIN DEL CONTRATO

822. Distintas causales

El contrato de edición se extingue:

a) Por agotamiento de las ediciones convenidas (art. 44, ley 11.723)

Es la forma normal de terminación del contrato. Agotadas las ediciones, el editor deberá rendir cuentas y pagar al autor su retribución.

b) Por pérdida de la obra

Perdida la obra resulta ya imposible dar cumplimiento al contrato. La parte responsable de la pérdida deberá indemnizar a la otra los daños sufridos (art. 41, ley 11.723).

c) Por resolución por incumplimiento de las partes

Si las partes faltan a sus obligaciones esenciales (entrega de la obra por el autor, publicación, venta y pago de la retribución convenida por el editor), la otra puede pedir la resolución del contrato (art. 1087, Cód. Civ. y Com.).

d) Por vencimiento del plazo

Si hubiera plazo de duración convenido (lo que es excepcional), el contrato se extingue a su vencimiento. Si al fenecer el plazo existieran todavía ejemplares no vendidos, el autor o sus sucesores tienen derecho de comprarlos al precio de costo más un 10% de bonificación (art. 43, ley 11.723); pero si no hace uso de ese derecho, el editor podrá continuar la venta en las condiciones fijadas en el contrato (art. citado).

El contrato concluye aun antes del vencimiento del plazo si la edición o ediciones convenidas se agotaran (art. 44, ley 11.723).

Si el contrato no tuviera plazo pactado, cualquiera de las partes podrá rescindirlo de manera unilateral, pero deberá ajustarse a lo pautado en el artículo 1011 del Código Civil y Comercial (véase nro. 33).

e) Por muerte o incapacidad de las partes

La muerte o incapacidad del autor, producida antes de concluir la obra prometida, extingue su obligación y pone fin al contrato, sin derecho de indemnización alguna en favor del editor, pues normalmente se trata de un caso fortuito. Por incapacidad debe entenderse toda incapacidad mental o física que inhabilite al autor para llevar a cabo su obra (enfermedad grave que le impida trabajar, sordera de un músico, etc.).

La muerte o incapacidad del autor luego de entregada la obra no extingue el contrato.

La muerte o incapacidad del editor (si fuera persona humana, lo cual constituye un supuesto absolutamente singular) no pone fin al contrato y sus herederos siguen obligados a cumplirlo.

§ 2.— Contrato de representación pública

A.— GENERALIDADES

823. Concepto

Según el artículo 45, ley 11.723, *hay contrato de representación cuando el autor o sus derechohabientes entregan a un tercero o empresario y éste acepta una obra teatral para su representación pública*. Aunque esta disposición solo alude a la representación teatral, más adelante la misma ley dice que se considera representación o ejecución pública la transmisión radiotelefónica, exhibición cinematográfica, televisiva o cualquier otro procedimiento de reproducción mecánica de toda obra literaria o artística (art. 50, ley 11.723).

Como el de edición, este contrato suele asumir distintas modalidades. Lo más frecuente es que el autor reciba una participación en los ingresos obtenidos; otras veces, el empresario adquiere los derechos de representación por una suma fija. Finalmente, no es imposible concebir que el autor se avenga a no recibir retribución alguna y aun que afronte los gastos de una representación gratuita.

824. Naturaleza jurídica

La similitud de los contratos de edición y de representación es evidente. Ambos son medios de hacer trascender públicamente una obra literaria, artística o científica, en un caso utilizando la reproducción impresa, en otro la visual y auditiva directa. No es extraño pues que se haya reproducido aquí la misma controversia en relación a la naturaleza jurídica, controversia en que nosotros hemos asumido posición afirmando que se trata de un contrato peculiar no asimilable a ninguna de las figuras románicas clásicas (véase nro. 814).

825. Formación del contrato

La ley no contiene normas especiales con relación a forma y prueba. Se trata pues de un contrato consensual, que puede probarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 1019 y 1020 del Código Civil y Comercial.

Sin embargo, en lo que atañe al proceso de formación del contrato, la ley 11.723 contiene una disposición especial según la cual, tratándose de obras inéditas que el tercero o empresario debe hacer representar por primera vez, deberá dar recibo de ella al autor o sus derechohabientes y les manifestará dentro de los treinta días de su presentación si es o no aceptada (art. 46).

¿Qué ocurre si vence el plazo aludido sin que el empresario se haya pronunciado por la aceptación o rechazo? Es indudable que la obra debe tenerse por aceptada, de conformidad con la regla del artículo 263 del Código Civil y Comercial según el cual el silencio importa una manifestación de voluntad cuando haya una obligación de manifestarse de acuerdo con la ley.

B.— EFECTOS DEL CONTRATO

1.— Derechos y obligaciones del autor

826. Derechos

Los derechos del autor son los siguientes:

- a) Hacer representar la obra, respetando los originales.
- b) Introducir en ella las reformas, modificaciones y supresiones que estimara conveniente, salvo el derecho del empresario de reclamar indemnización por los mayores gastos que esta intervención le signifique.
- c) Recibir la retribución acordada o en su defecto, la que fije el juez según costumbre.

d) Entrar libremente al teatro o local donde se representa la obra, única manera de controlar la fidelidad de la versión.

827. Obligaciones

El autor tiene las siguientes obligaciones:

a) Entregar la obra prometida.

b) Asegurar al empresario el disfrute de la obra; esto importa la garantía de autenticidad y el deber de indemnizar al empresario por las consecuencias de toda reclamación de terceros fundada en este motivo.

c) Prestar la colaboración necesaria para los ensayos.

2.— Derechos y obligaciones del empresario

828. Derechos

El empresario tiene los siguientes derechos:

a) Representar la obra ajustándose a los originales; salvo que el contrato hubiera establecido lo contrario, le corresponde a él elegir los intérpretes, poner en escena la obra, elegir la fecha del estreno, siempre que no la postergue más de un año (art. 46, ley 11.723).

b) Percibir el importe de las entradas si se tratara de un espectáculo teatral o cinematográfico, con la obligación de entregar al autor la retribución convenida.

829. Obligaciones

Pesan sobre el empresario estas obligaciones:

a) Representar la obra en la época convenida. Si no hubiere fecha de estreno acordada, se entiende que no podrá demorarse más de un año contado a partir de la presentación de los originales por el autor, bajo pena, en caso de demora, de pagar al autor una indemnización equivalente a la regalía de autor correspondiente a veinte representaciones de una obra análoga (art. 46, ley 11.723). Si no se hubiere fijado término a las representaciones, debe entenderse que el empresario está obligado a mantener la obra en cartel en tanto lo justifique económicamente la afluencia de público. Y aunque se hubiere fijado plazo, éste caduca si el desinterés del público es tan manifiesto que no podría continuar la representación sin grave quebranto para el empresario.

No habrá responsabilidad del empresario si la obra ha debido suspenderse o dejarse de representar por fuerza mayor, tal como un incendio que destruyera el teatro o la prohibición de las autoridades.

b) Pagar al autor o sus derechohabientes la retribución estipulada y en defecto de estipulación, la corriente en el lugar para ese tipo de obra.

c) Finalmente, el empresario es responsable por la destrucción parcial o total de la obra ocurrida por su culpa o dolo, como también de que se reprodujera o representare sin autorización del autor (art. 48, ley 11.723). Desde luego, debe mediar culpa o dolo del empresario; la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor no le es imputable. Destruída la obra en poder del empresario, corre por cuenta de éste la prueba de la fuerza mayor.

3.— Cesión del contrato

830. El principio

Salvo autorización del autor, el empresario no puede ceder el contrato a otra empresa, ni hacer representar la obra por ella (art. 47, ley 11.723). Se explica que así sea porque la elección del empresario (que lleva consigo el prestigio de su nombre, la importancia de su sala, la calidad de los intérpretes que trabajan con él) es generalmente determinante para el autor.

Tanto menos podrá el empresario sacar de la obra más copias que las que sean indispensables, venderlas o localarlas sin permiso del autor (art. citado). El único derecho que el contrato le ha conferido es el de representar la obra; sacar copia de los originales y venderlos o aun donarlos o prestarlos gratuitamente importaría invadir facultades propias del autor, cuyo derecho intelectual, en su aspecto económico, se traduce precisamente en un monopolio de explotación.

En cuanto al autor que ha prometido al empresario la entrega de una obra todavía no escrita o no terminada, es obvio que no puede ceder el contrato, pues se trata de obligaciones contraídas *intuitu personae*. Una vez entregada la obra, son aplicables las normas de la cesión de la posición contractual, que hemos visto antes (nros. 213 y ss.).

831. Retransmisión de la obra

Frente a los intérpretes, el empresario está autorizado a retransmitir la obra representada en una sala pública por radio o televisión (art. 56, ley 11.723); pero no lo está frente al autor, de cuyo consentimiento no puede prescindir, bajo pena de incurrir en la indemnización de los daños causados (arts. 48 y 56, ley 11.723). Es justo que así sea, pues dicha reproducción puede significar una importante merma de público, con el consiguiente perjuicio para los intereses del autor.

C.— FIN DEL CONTRATO

832. Aplicación de las reglas del contrato de edición

A falta de disposiciones legales sobre este tema, deberán aplicarse las reglas relativas al contrato de edición, cuya similitud con el de representación pública ya hemos destacado (nro. 824). Hay, sin embargo, algunas diferencias y situaciones peculiares que es necesario señalar.

a) En el contrato de representación, la persona del empresario tiene una importancia notoria; en principio debe entenderse que ella ha sido determinante del consentimiento del autor. Por consiguiente, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de edición, opinamos que la muerte o incapacidad del empresario autoriza al autor a rescindir el contrato siempre que la obra todavía no hubiera sido puesta en escena; en cambio, si la obra ya se estuviera representando y los herederos aseguran que seguirá en la misma sala y con los mismos intérpretes, no podría ya el autor alegar interés legítimo suficiente como para rescindir el contrato.

b) Si el contrato de representación no tuviere plazo fijado, debe entenderse que la obra se mantendrá en la sala mientras haya interés razonable de público. Y aunque hubiera plazo fijado, el empresario debe considerarse autorizado a tener por concluido el contrato antes de su vencimiento si el desinterés del público es manifiesto, pues no podría mantenerse la obra en cartelera sin grave quebranto.

D.— EL CONTRATO CON LOS INTÉRPRETES

833. Naturaleza jurídica; protección del derecho del intérprete

La representación pública de una obra teatral, cinematográfica, radiofónica, musical, etc., se lleva a cabo por intérpretes cuyo aporte a la creación artística, a la difusión de la obra y a su éxito económico suele ser a veces decisiva. La naturaleza del contrato que liga al empresario con el artista ha dado lugar a múltiples divergencias, nacidas sobre todo de la variedad de situaciones.

Los artistas de primera magnitud parecen gozar de una situación muy vecina a la que confiere el contrato de obra por más que haya una subordinación (más artística que jurídica) respecto del director; en cambio, los extras y artistas de menor cuantía están ligados sin duda por un contrato de trabajo. Lo mismo puede decirse de los artistas de renombre que actúan por televisión, imponiendo sus condiciones y a veces dirigiendo sus programas; y con los músicos o directores de orquesta importantes; sus contratos configuran un contrato de obra, en tanto que los músicos de modestos conjuntos u orquestas son simples trabajadores.

El empresario no está autorizado para difundir, por medios distintos de los que prevé el contrato, la interpretación de una obra literaria o musical. Cuando esa difusión se ha hecho por cualquier medio (discos, película, cinta o hilos grabadores) con o sin el conocimiento del intérprete, éste tiene derecho a una retribución que, a falta de acuerdo, se fijará en juicio sumario (art. 56, ley 11.723). Para que haya lugar a indemnización, es necesario que la reproducción haya tenido carácter público (salas de espectáculos, discotecas, confiterías, clubes, salones de baile, etc.); la reproducción privada no genera ningún derecho para el intérprete. Más aún, el intérprete de una obra literaria o musical está autorizado a oponerse a la divulgación de su interpretación cuando la reproducción sea hecha en forma tal que pueda producir grave e injusto perjuicio a sus intereses artísticos (art. 56, ley 11.723). Si la ejecución ha sido hecha por un coro o una orquesta, el derecho de oposición corresponde al director (art. citado).

Pero si se trata de una obra ejecutada o representada en una sala pública, puede ser difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía o la televisión, con el solo consentimiento del empresario organizador del espectáculo (art. 56, ley 11.723). Dos aclaraciones conviene formular: a) la primera, que esta norma solo establece el derecho del empresario de retransmitir la pieza artística o musical sin autorización del intérprete, pero no excluye el derecho de éste a una participación en los beneficios que obtenga el empresario por dicha retransmisión no prevista en el contrato; b) la segunda, que si el intérprete carece de derecho de oponerse a la retransmisión, en cambio lo tiene el autor. En efecto, el artículo 56 deja expresamente a salvo los derechos de éste y el artículo 48 dispone que si la retransmisión se hiciere sin autorización del autor, el empresario deberá indemnizar los daños causados.

§ 3.— Contrato de espectáculo

834. Concepto

Se llama contrato de espectáculo el que se celebra entre el empresario de un espectáculo público (cine, teatro, conferencias, circos, juegos deportivos, etc.) y el espectador. Además de ser un contrato de consumo, es un contrato de adhesión en el que todas las condiciones son fijadas por el empresario.

Generalmente se refiere a un solo espectáculo; pero también se acostumbra contratar el abono a una serie de representaciones o un ciclo de conferencias o conciertos. Puede considerarse ya desaparecida una modalidad antes bastante frecuente, por la cual el propietario de un teatro "vendía" a perpetuidad algunas localidades o las "alquilaba" por un tiempo fijo.

835. Naturaleza jurídica

Las modalidades tan diferentes de este contrato han motivado naturales dudas acerca de su naturaleza.

a) Según una primera opinión, se trataría de un contrato de locación; el empresario alquila un palco, platea, asiento, a cambio de un precio en dinero. Pero muy frecuentemente el espectador no tiene lugar designado; se ubica donde quiere o puede. Mal puede hablarse de locación de una cosa. La conclusión no varía por más que la entrada asegure un lugar determinado, porque en definitiva el objeto del contrato no es el uso de ese lugar sino el goce del espectáculo, para cuyo fin el asiento que se reserva es solo un medio.

b) Mucho menos puede considerarse este contrato como una venta y el derecho del espectador como propiedad. A fines del siglo XIX se utilizó la llamada "venta" de butacas o palcos para facilitar la financiación de teatros y más tarde la han puesto en práctica algunos clubes deportivos para construir sus estadios. Algunos fallos reconocieron la existencia de un derecho de propiedad; otros lo negaron, declarando que solo se trata de un derecho de uso.

c) Por nuestra parte pensamos que se trata de un contrato de obra: el empresario promete un resultado (el espectáculo) a cambio de un precio en dinero. Esta es la teoría hoy dominante.

836. Forma y prueba

El contrato queda formalizado con la adquisición de la entrada o billete, que es también el instrumento que sirve de prueba de su celebración. Habitualmente no indica sino el nombre de la empresa, la fecha y el número de localidad o categoría del lugar dado o asignado. A veces consta también el precio de la localidad, el espectáculo que se ofrece y hora de comienzo. Las demás condiciones están fijadas en los anuncios públicos (programas, carteles murales, propaganda). Todo ello constituye una oferta pública que queda aceptada por la adquisición de la entrada. Salvo excepciones, esta no lleva la firma del empresario ni menos del espectador.

837. Derechos y obligaciones del espectador

El espectador tiene derecho a presenciar el espectáculo ofrecido en forma completa, sin cortes u omisiones; si el empresario le asegura un asiento o palco determinado, puede exigir que se lo ubique en ese lugar. Puede también ceder o transferir la entrada

en favor de un tercero, pues salvo estipulación en contrario, la entrada es un verdadero título al portador.

Está obligado a respetar las condiciones impuestas por el empresario en cuanto a indumentaria; debe conducirse de modo de no molestar ni obstaculizar el goce del espectáculo por sus vecinos. Debe abstenerse de perturbar la representación con conversaciones, ruidos, silbidos o desórdenes, de lo contrario, el empresario puede expulsarlo de la sala. Sin embargo, un uso inmemorial autoriza a los espectadores a manifestar su satisfacción por medio de aplausos y su disgusto por silbidos, debiendo considerarse libres tales manifestaciones una vez que el espectáculo ha concluido.

838. Derechos y obligaciones del empresario

El empresario tiene derecho al pago de la entrada; puede exigir que el espectador respete sus reglamentaciones sobre la indumentaria (en algunos espectáculos la etiqueta es de rigor, de lo contrario basta con una indumentaria correcta) y, finalmente, que no moleste a sus vecinos ni perturbe el espectáculo.

Está obligado a proporcionar el espectáculo prometido, sin alteraciones ni cortes; a que actúen los intérpretes anunciados si se trata de figuras estelares, pero en cambio está autorizado a cambiar sin previo aviso los artistas de segundo orden.

Está obligado a reservar al espectador el asiento designado en la entrada; si no hubiera lugar fijo, debe de cualquier modo asegurarle la posibilidad de gozar del espectáculo.

839. Responsabilidad por los daños ocurridos con motivo del espectáculo

Los espectáculos públicos constituyen en nuestros días una frecuente fuente de riesgos para los espectadores. Particularmente las carreras de automóviles dejan a menudo un saldo trágico; también ocurren derrumbes de gradas que no han resistido el peso de la multitud, incendios en teatros, estadios, etc. La empresa organizadora es responsable por los daños, excepto que pruebe que el daño se originó en una fuerza mayor o en culpa de la víctima o en el hecho de un tercero por el que no deba responder y reúna los caracteres del caso fortuito (arts. 1728 a 1731, Cód. Civ. y Com.).

Se ha extendido esta responsabilidad al empresario que organiza actividades de esparcimiento, como los locales bailables, por los daños sufridos por un concurrente que fue agredido por un tercero dentro del local.

Respecto de los espectáculos deportivos, el artículo 51 de la ley 23.184, reformado por la ley 24.192, estableció la responsabilidad del club o entidad y de la asociación participante, solidaria con los autores, por los daños que se causaren en los estadios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un cuestionado fallo, ha entendido que la citada ley 23.184 no es aplicable a los espectáculos públicos en general. En el caso se había imputado de responsabilidad a una asociación civil sin fines de lucro, por las lesiones que sufrió una persona en un espectáculo público —un recital gratuito celebrado en un espacio abierto y público, cuyo objeto era difundir una determinada consigna vinculada con la prevención de cierta enfermedad— organizado por ella. El tribunal afirmó que las obligaciones que pesaban sobre la asociación se vinculaban con el cuidado del espacio público en el cual se desarrolló y no sobre las personas que concurrirían al encuentro (CSJN, 26/12/17, "Arregui, Diego Maximiliano c/Estado Nacional - PFA - y otros s/daños y perjuicios", L.L. t. 2018-A, p. 124, con nota crítica de Ramón D. PIZARRO, *El fallo "Arregui". Un retroceso en materia de responsabilidad civil*, L.L. t. 2018-A, p. 459).

§ 4.— Contrato de publicidad

§ A.— CUESTIONES GENERALES

840. Introducción. Origen histórico. Función de la publicidad

En origen la publicidad fue un medio de hacer públicas las leyes, órdenes o citaciones del monarca. Comenzó siendo oral, dada la ignorancia del pueblo en cuanto a saber leer; de allí los *pregoneros* para anunciar un evento, un servicio, etc. Durante la Edad Media, la palabra y la exhibición fueron los medios de publicidad para la venta de mercancías. La exhibición no fue solo del producto, sino que ciertos comerciantes o artesanos solían identificarse a través de símbolos o figuras que identificaban al producto o su especialidad comercial. La publicidad en carteles y afiches continuó aquellos primeros pasos. La creación de la imprenta de tipos móviles por Gutenberg en 1438 fue la base del futuro despegue de la publicidad al multiplicar la comunicación que pretendía el comerciante y hacia 1478 nace el primer aviso impreso de venta de un libro.

La publicidad —desde el punto de vista general o social— cumple una función comunicacional, cual es informar y hacer conocer al público las cualidades de un producto o servicio y en tal sentido permite información y comparación, o sea juzgar y elegir. No obstante, más que un elemento auxiliar, hoy la publicidad es un medio más en la contratación empresarial, a punto tal que se ha profesionalizado su manejo y explotación, desarrollándose su estudio científico e independiente.

841. Publicidad, propaganda y promoción

Es necesario distinguir estos conceptos usados indistintamente por el público y aun por las propias autoridades, para evitar errores interpretativos. Por *publicidad* comprendemos el acto de comunicación tendiente a la colocación comercial de bienes o servicios por cualquier medio que fuere, a través de mensajes destinados a atraer la atención del público hacia el consumo de bienes o servicios. El concepto de *propaganda*, se diferencia en cuanto la comunicación con el público carece de un fin comercial, siendo exclusivamente ideológico o político. El concepto de *promoción* hace referencia a algo más que publicitar: cuando el mensaje publicitario es apoyado, patrocinado o endosado; cuando ciertas personas en razón de su imagen pública generan una cuota extra de persuasión que impulsa la penetración del acto de comunicación. Son las *celebrity endorsements*, que imponen actuar con un razonable conocimiento de lo que está transmitiendo, so pena de cargar con la corresponsabilidad en el daño si el producto así publicitado puede generarlo.

842. Contrato de publicidad

Como contrato de colaboración del proceso económico, la publicidad encuentra su razón de ser en la necesidad de conquistar clientela y abrir mercados para todo tipo de servicio o producto. Es una forma instrumental, un medio de difusión y captación que el

derecho, como receptor adecuado de todas las exigencias de la realidad socio-económica, no puede ignorar pues está en juego el interés de la propia comunidad.

No existe en realidad *un* contrato de publicidad, sino que el concepto comprende un complejo conjunto de negocios que poseen rasgos similares, pero también particularidades que los diferencian unos de otros. A los efectos de responder a la amplitud conceptual necesaria para englobar todas las formas posibles de contratos publicitarios, podemos expresar, como lo hiciera históricamente DEMORTAIN, que *contrato de publicidad es todo acuerdo que tiene por objeto la realización de un acto de publicidad*.

843. Caracteres

Podemos caracterizar en general al contrato de publicidad, cualquiera que fuere la forma que asuma, de la siguiente forma:

Es un contrato *bilateral*, pues supone la existencia de dos partes obligadas por contraprestaciones recíprocas.

Es *consensual*, pues queda concluido por el solo consentimiento de las partes, sin que se requiera tradición material o simbólica de objeto alguno.

Es *conmutativo*, ya que supone contraprestaciones equivalentes, aunque —vale decirlo— difícil de medir por su particular característica del fenómeno publicitario.

Es *oneroso*. Éste el principio general, sin que ello obste a conceptuarlo como gratuito cuando el anuncio efectuado por el avisador lo es sin cargo o como colaboración, aunque en este supuesto alguna doctrina no lo considera "contrato de publicidad".

Es un contrato *no formal*, ya que no está sujeto a ninguna formalidad particular impuesta por la ley, quedando simplemente concluido por la sola voluntad de las partes, por lo cual su prueba deberá sujetarse a las pautas generales (art. 1019).

Es *intuitu personae*. Algunas de sus figuras específicas —p. ej., el de obra publicitaria— así lo suele imponer, ya que se suele contratar con el estudio o empresa de publicidad en atención a sus calidades personales, su habilidad, creatividad, confianza. Este carácter se ve consagrado —en cuanto al contrato de obra general— en los artículos 1259 y 1260.

Es un contrato *innominado* y así corresponde a la luz de lo determinado por el artículo 970.

Es un contrato *típico* (*de tipicidad social*), dada la conformación de características específicas que permiten distinguir con fluidez a una figura jurídica de otra, características propias que conforman en el contrato de publicidad una *res ipsa loquitur* que no necesita explicitarse para conocerse.

Es un *contrato de colaboración o de cooperación*, pues una parte de la contratación coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra, pero de manera independiente.

Podemos expresar también que se trata el presente de un caso de contrato *multiforme* ya que a nuestro criterio el contrato de publicidad conforma un concepto base de un conjunto de formas negociales típicas y atípicas diferenciadas, aunque con un mismo e idéntico fin: la producción publicitaria en alguna de sus formas o elementos particulares.

844. Naturaleza jurídica

Para la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, el contrato de publicidad se configura en cuanto a su naturaleza jurídica como un *contrato de obra* —material o intelectual—, participando así de una de las características principales de esta *locatio operis*, cual es el generar para el deudor una obligación de resultado también material o intelectual, aunque en sí mismo este resultado no sea la eficacia de la publicidad

desarrollada, sino su propalación por el medio y durante el tiempo convenido. Esta calificación analógica hace que sean aplicables al mismo las disposiciones de los artículos 1252 y siguientes.

Hay autores que afirman que se entremezclan en el contrato de publicidad dos figuras, tanto la del contrato de obra como la de servicios (o comisión o mandato según el caso), pues por un lado se debe tomar en cuenta la *opus* conformada por la elaboración del proyecto de campaña o la diagramación del aviso y por otro su ejecución como acto de comunicación que nos lleva principalmente a pensar en un mandato o comisión en tanto y en cuanto en el cumplimiento o ejecución publicitaria se deben seguir las mandas e instrucciones del *dominus*.

B.— ELEMENTOS

845. Elementos del contrato de publicidad

a) Sujetos intervinientes

Los sujetos intervinientes en el contrato de publicidad suelen ser diversos.

i) *Anunciante*. Es toda persona humana o jurídica que se proponga realizar un acto de publicidad o aquel en cuyo interés se realiza la publicidad. Es aquel que proponiéndose realizar un acto o mensaje de publicidad es el beneficiario o destinatario principal del eco o resultado que la comunicación publicitaria produce.

ii) *Agencia o empresa de publicidad*. Es toda persona humana o jurídica que se dedica, organizada y profesionalmente, a crear, generar, preparar, programar o ejecutar publicidad o realizar algún elemento de la misma por cuenta de un anunciante.

iii) *El titular del medio de comunicación o publicidad*. Es la persona humana o jurídica —pública o privada— titular del órgano publicitario, soporte o medio de comunicación, que se dedica a la difusión del mensaje publicitario a través de los mismos. Son los relacionados con la ejecución específica del acto de publicidad en su faz de comunicación, y comprenden desde aquellas personas titulares del diario, periódico, revista, radio o televisión, el propietario de las estructuras para carteles y al propio "hombre sándwich" y hasta el titular del servicio por Internet o de telefonía móvil.

iv) *Los destinatarios de la publicidad*. Son aquellos a quienes se dirige el mensaje publicitario, los receptores del acto de publicidad. Es necesario aclarar que, aunque el acto de publicidad pudiera llegar a afectarlos personal o grupalmente y aun cuando individual o colectivamente pudieren tener derecho a actuar contra los sujetos intervinientes anteriormente mencionados, no son sujetos de la contratación publicitaria propiamente dicha, o sea, no son titulares de ningún derecho u obligación derivado de la relación negocial publicitaria, aunque se ven afectados por el mensaje o acto de publicidad del cual son destinatarios finales.

846. b) Consentimiento

Sin perjuicio de remitirnos a lo dicho con anterioridad (nros. 40 y ss.), cabe señalar que el consentimiento puede no expresarse materialmente, o sea, puede conformarse en una aceptación tácita de la oferta. Al no ser un contrato formal, el de publicidad puede no tener forma alguna y quedar concluido por el solo consentimiento —aun tácito— de las partes.

En tal sentido, el silencio consistente en no oponerse a las nuevas publicaciones efectuadas y por darse la situación excepcional prevista por la segunda parte del artículo 979, ello comporta la expresión de una voluntad negocial integradora del contrato.

847. c) Objeto

El objeto, también en el campo del contrato de publicidad, debe reunir los recaudos establecidos por el artículo 957 del Código Civil y Comercial. Debe destacarse que no pueden ser objeto de los contratos aquellos hechos que se hubieran prohibido (ciertas prohibiciones de publicidad de cigarrillos) o que sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia o perjudiquen los derechos de un tercero (art. 1004), pautas de enorme importancia en este contrato frente a la consecuencia que el mensaje publicitario puede llegar a tener ante los sujetos destinatarios del mismo.

i) *La opus*. En el contrato de publicidad, el objeto propiamente dicho es el acto de publicidad (*opus*), sea éste una obra material o intelectual, traducido directa o indirectamente, mediata o inmediateamente en una publicación o anuncio que se ajustará a los principios usual, profesional e internacionalmente aceptados en esta materia como son los de veracidad, legalidad, autenticidad y la libre competencia. De allí entonces que la legislación comparada —y la argentina en particular— se ha detenido a encuadrar los límites del mensaje publicitario, tanto en lo que se dice, en lo que se muestra, como en la forma en que se dice y muestra. Así, el objeto del contrato de publicidad deberá responder a aquellos principios de veracidad y legitimidad, evitando procesos engañosos, falsedades o exageraciones, etcétera.

ii) *El precio*. También es componente del objeto del contrato de publicidad el precio que se abona como contraprestación por ese "acto de publicidad", contraprestación que bien puede ser en dinero o en especie. Es que el principio general en materia de contrato de publicidad es el de su onerosidad. En este sentido, el precio es también un elemento esencial en el contrato de publicidad, como lo es para el contrato de obra o de servicios, ya que el artículo 1255 no autoriza a prescindir de él, pero su ausencia no fulmina el contrato. Antes bien, la propia ley atiende al supuesto de que no se haya fijado su monto previendo su determinación judicial.

Cuando el precio es en dinero, éste es fijado en la generalidad de los casos como una comisión o porcentaje sobre el costo total involucrado en la contratación o en el acto de publicidad. También se suele acordar un valor fijo que puede abonarse en dinero, en bienes o servicios.

A los efectos de la determinación y prueba del precio, dado que no se trata en el caso de la prueba de un contrato en sí mismo, regirá a su respecto la pauta del artículo 1019, resultando idónea la prueba testimonial, sujeta su admisibilidad a las reglas de la sana crítica, a las circunstancias corroborantes del caso y a una interpretación de las declaraciones de las partes en su conjunto y no en forma aislada. De conformidad con el precepto citado, el precio en caso de discordancia entre las partes —o en su ausencia— será fijado judicialmente (art. 1255).

iii) *Elementos que pueden integrar el mensaje publicitario*. El mensaje publicitario puede conformarse con una multitud de elementos, frases, imágenes, películas, objetos, figuras, etc. Tales elementos *integran* el mensaje que conforma la *opus* publicitaria, contratada generalmente por el anunciante. En estos supuestos la figura, la imagen, el objeto es la materia del arte, de la *opus* intelectual-publicitaria e inseparable de ella a los efectos del contrato de publicidad, ya que tal figura, imagen u objeto, no es separable a los efectos del uso publicitario requerido por el anunciante. Por ello la empresa de publicidad o el creador no podrán reservarse derechos que pudieran impedir al anunciante —contratante de la publicidad— el uso o utilización del mensaje, figura, imagen, una frase, etc., integrativo de tal mensaje por la inescindibilidad de tales elementos del acto o mensaje publicitario.

El contrato de publicidad deberá siempre atender y especificar la propiedad del registro, pero si no se hubiere efectuado tal aclaración, en caso de silencio, deberá reconocerse al anunciante un derecho exclusivo de uso y el correlativo deber de la empresa de publicidad (obligación de no hacer) de no utilizar tal frase, imagen u objeto registrado en actos publicitarios de o en competencia con el anunciante.

848. d) Plazo

El artículo 351 del Código Civil y Comercial dispone que *el plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento, a no ser que por la naturaleza del acto o por otras circunstancias, resulte que ha sido previsto a favor del acreedor o de ambas partes*. La presunción definida por la ley queda de lado y cede ante el pacto de las partes o las circunstancias que atañen a este negocio jurídico.

En primer lugar, digamos que en el supuesto de *plazo pactado* corresponderá al empresario la publicación durante todo el tiempo acordado (en la forma, día, horario o programa en su caso que se hubiere acordado) y al anunciante el pago acordado sin que su falta de interés en la publicación pueda afectar el cumplimiento de la prestación, ni generar derecho alguno a eximirse del pago del precio si no estuviere pactada cláusula alguna que autorizara a alguna de las partes la rescisión del acuerdo.

Puede *no haberse acordado plazo de duración* o extensión en tiempo alguno. En este caso debe ejecutarse la obra en el tiempo que razonablemente corresponda según su índole (conf. art. 1256, inc. e). También en este supuesto de ausencia de plazo de duración, aun cuando se pudiere sostener por el anunciante que el empresario se excedió en el tiempo, no podrá negar su pago puesto que debió o pudo tener conocimiento de la extensión de la publicidad efectuada en su nombre, de allí que su silencio implicó consentimiento con la publicidad, la que en consecuencia correrá a su cargo.

A su vez —de no existir plazo expreso en la ejecución del contrato de publicidad— rige con mayor vigencia el principio de buena fe, que nos lleva a presumir que el contrato no puede ser de duración indefinida, sino que éste debe concluir en algún momento, por lo cual se impone —si el deseo de una de las partes fuere ponerle fin— el otorgamiento de un preaviso en tiempo razonable.

En general, deberá entenderse que el plazo no es esencial, salvo que de las particulares circunstancias ese elemento aparezca como integrativo de un acuerdo *just in time* determinante de la voluntad contractual. En el contrato de publicidad, la modalidad de *fixar el plazo en un momento específico* suele acaecer como un elemento de suma importancia en tanto y en cuanto muchas veces el momento del acto de publicidad es esencial a este negocio jurídico. Un acuerdo del tipo *just in time*, de *plazo esencial* hace pender la vida del acuerdo del efectivo cumplimiento del plazo fijado con tal carácter, por lo cual su incumplimiento hará responsable al medio o a la agencia por todo el contrato incumplido y por las consecuencias de tal incumplimiento.

849. e) Forma y prueba

Nuestro derecho ha adoptado el principio de libertad de las formas (art. 1015) por lo que su falta o defecto no trae como necesaria consecuencia la invalidez del acto, excepto cuando una forma particular hubiere sido impuesta por la ley o por las partes. La ausencia normativa que afecta al contrato de publicidad hace que no se requiera —al igual que su semejante y análogo al contrato de obra— una formalidad especial.

Para su prueba regirá la regla del artículo 1019, importando demostrar que este negocio jurídico existe como un vínculo entre las partes y acreditar la extensión y naturaleza de los derechos y obligaciones que nacen del mismo.

850. Derechos y obligaciones de las partes

En la dinámica del contrato de publicidad, encontramos a distintos sujetos como el anunciante, el empresario de publicidad, el titular del medio de difusión, los sujetos partícipes del acto de publicidad, lo que nos impone analizar entonces, los derechos y obligaciones desde la óptica de cada uno de estos sujetos.

851. a) Derechos y obligaciones del anunciante

El anunciante es la persona física o jurídica (productor, fabricante, importador, exportador, distribuidor, vendedor, concesionario, etc.) que da orden y en cuyo interés se realiza el acto de publicidad y se emite el mensaje publicitario. Tiene el genérico deber y derecho de cumplir y hacer cumplir las obligaciones emergentes del contrato celebrado, debiendo él y su contraparte poner en ello todos sus esfuerzos para obtener la eficacia plena del acuerdo.

Son sus derechos:

i) *Derecho a obtener la ejecución del acto u obra publicitaria en la forma, modo, medio y plazo acordado o que sea propio a la naturaleza del contrato.* Importa la ejecución de la *opus* conforme a las pautas acordadas o en su defecto conforme las reglas del arte, uso y costumbre en consideración al destino del contrato y objeto de ese mensaje publicitario (art. 1256, inc. a) en tiempo oportuno, esto es, en el momento o tiempo acordado y a falta de éste en el tiempo razonablemente adecuado según las circunstancias del contrato.

ii) *Derecho a supervisar el mensaje publicitario.* Esto es supervisar que el acto publicitario se ejecute del modo en que fue la intención de las partes —en particular del anunciante—, pues como todo contrato de obra no puede obligarse al anunciante a la recepción de una cosa diversa de la que fue objeto del contrato (arg. art. 1269).

Son sus obligaciones:

i) *Obligación de pagar el precio acordado.* El anunciante está esencialmente obligado a pagar el precio convenido por la realización, ejecución o difusión del mensaje publicitario. En muchos casos este precio es una tarifa y en otros se fija en atención a las tareas creativas y costos de realización del acto de publicidad. El modo y fecha de pago es siempre libre de fijarse por las partes.

ii) *Obligación de hacer entrega de toda la información y elementos necesarios y en tiempo oportuno a la realización del acto u obra publicitaria.* En esta obligación se concentra también la obligación de devolver oportunamente las pruebas y proyectos-ideas remitidos para su control o aprobación.

iii) *Obligación de responder ante terceros o la autoridad por el contenido del mensaje o acto publicitario.* Esta es una consecuencia "indirecta" del contrato, una obligación cuyo incumplimiento genera una responsabilidad derivada del deber genérico de no dañar. Es que debe existir adecuada prudencia en la comunicación publicitaria, pues ella podría afectar el derecho a la intimidad de las personas, el derecho a la propia imagen, el derecho a la dignidad, etcétera.

852. b) Derechos y obligaciones del empresario de publicidad

El contrato de publicidad no siempre pone en relación directa al anunciante con el titular del medio de comunicación o publicidad. En el campo publicitario intervienen distintos intermediarios que cumplen diversas funciones: desde aquellos que gestionan anunciantes para un medio, en general comisionista, hasta aquellos que desarrollan tareas creativas de la publicidad, organización de campañas publicitarias, etc., haciéndose cargo de todo lo necesario para llevar a cabo una publicidad eficaz por cuenta de los anunciantes; personas o empresas —estos últimos— que generalmente disponen de una organización particularmente especializada.

Como empresario de publicidad entendemos así a quien, sin ser titular del medio de publicidad, se vincula con el anunciante o un tercero en la cadena contractual publicitaria, en el *iter constitutivo* de la creación y ejecución del mensaje publicitario, excluidos los comisionistas.

1) Obligaciones

El empresario de publicidad —genéricamente el "empresario"— tiene a su cargo la ejecución de la *opus* contratada debiendo para ello aportar su trabajo y profesionalidad y, en su caso, los materiales necesarios para la concreción de la tarea. Sus principales obligaciones son:

i) *Deber de ejecutar la obra publicitaria encargada.* El empresario deberá realizar la *opus* de conformidad con los usos y práctica publicitarios, a las "reglas de su arte", según lo que es costumbre en ese tipo de tareas (art. 1256, inc. a)). Generalmente puede definirse la *opus* contratada en el propio contexto del acuerdo. El modo en que fue intención de las partes surgirá implícito según los usos y prácticas, las características del propio acuerdo, la naturaleza de la cosa, producto o servicio a publicitar y aun mismo del precio estipulado por la obra publicitaria acordada.

ii) *Obligación de cumplir con el plazo de entrega o ejecución acordado.* Esta obligación es usual y generalmente esencial, ya que muchas veces la creación y difusión publicitaria se contratan en atención a determinados eventos comunitarios o públicos, por lo que no lograda la obra con la adecuada anticipación o en la fecha, el mensaje publicitario no tendría sentido o carecería de la efectividad buscada. El incumplimiento del plazo por parte del empresario autorizará al anunciante a resolver sin más las obligaciones pactadas.

iii) *Deber de mantener el adecuado asesoramiento, consejo e información del anunciante.* El deber genérico de ejecutar el contrato con lealtad y de buena fe impone el deber de cooperación del empresario, explicitado en la obligación de expresar su opinión y consejo respecto de cada uno de los pasos de ejecución de la *opus* publicitaria.

iv) *Obligación de respetar el derecho de control del anunciante.* Contrapartida de la obligación anterior es el derecho del anunciante de acceder al control de la obra en el curso de los trabajos publicitarios. Podrá exigir pruebas de las tareas en realización y ejercer su derecho de aprobación si así se hubiere acordado.

2) Derechos

El principal derecho del empresario es a la *percepción del precio acordado*. Este precio puede ser tácito y aun ser inducible por el silencio, o sujeto a las tarifas y condiciones usuales y de práctica en el mercado publicitario.

853. c) Derechos y obligaciones del titular del medio de comunicación

El titular del medio de comunicación, más conocido como el "medio", interviene en la última y decisiva fase de la comunicación publicitaria como es la faz de difusión propiamente dicha. Sus principales obligaciones y derechos son:

i) *Debe llevar a cabo la publicidad por el medio y en la forma acordada.* Esta obligación lleva implícita especificar contractualmente con la mayor precisión el ámbito de utilización publicitaria, las unidades de espacio o de tiempo reservadas para tales comunicaciones, etc. El "medio" no solo deberá reservar la fecha fijada, las unidades de espacio o lugar, las unidades y momentos del tiempo en que se difundirá la comunicación, sino también desarrollar aquellas actividades técnicas previas o concomitantes, necesarias para lograr el resultado publicitario.

Se comprende fundamentalmente en este deber, *la publicación en el tiempo acordado*. Es que como obligación de resultado, el tiempo, plazo o momento de ejecución pactado integra la *opus* y por ende, su incumplimiento por el "medio" facultará al empresario o anunciante a negar el pago del precio.

ii) *Facultad de rechazar los mensajes o actos publicitarios que considere inconvenientes por atendibles razones.* El contenido de la publicidad comercial está resguardado por el principio constitucional de libertad de expresión, pero esta libertad tiene que ser adecuada y debidamente valorada. Por ello, la jurisprudencia ha compartido el criterio de reconocer plena facultad al medio de comunicación de verificar y controlar los avisos o solicitadas y, por ende, de rechazarlos cuando su publicación pudiera hacerlos incurrir en responsabilidad penal o civil, o bien por no adecuarse a la política seguida por dicho "medio" (CCiv., Com., Lab. y Min., Neuquén, sala I, 2/7/1992, RDCO 1993-A-26, p. 389).

iii) *Tiene derecho a percibir el precio acordado o la tarifa fijada.* La contraprestación natural en la mayoría de los contratos de cambio es la percepción del precio por una de las partes, circunstancia que también se da en el presente contrato de publicidad. Fijado el precio en una suma determinada, cualquier variación del mismo derivado de eventuales incrementos de costos o mano de obra, no podrá cargarse a la contraria —anunciante o empresario publicitario—, salvo previsión especial del contrato o lo determinado por los artículos 1255 y 1264.

D.— CUESTIONES FINALES

854. Conclusión del contrato de publicidad

El contrato de publicidad concluye naturalmente por el cumplimiento integral de las obligaciones comprometidas. Más allá de la conclusión natural de todo contrato, en el contrato de publicidad encontramos los mismos supuestos de conclusión que para los contratos en general, razón por la cual solo nos detendremos en el análisis de *la rescisión unilateral de base legal*.

La extinción del contrato al solo arbitrio de una de las partes puede sostenerse en la disposición del artículo 1261, con las consecuencias allí previstas de indemnizar los gastos y trabajos realizados. Esta facultad rescisoria *ad nutum* legalmente plasmada, puede ser ejercida en cualquier momento por la sola voluntad del anunciante o en su caso el empresario de publicidad (en su relación con el medio), sin que la calificación de ejercicio "abusivo" de la misma pueda incidir más allá de la facultad judicial de fijación diferenciada de la posterior indemnización. El dueño de la obra —anunciante o empresario de publicidad— podrá desistir de la ejecución de la publicidad acordada, sin que la otra parte —empresario de publicidad o medio— tenga derecho a exigir el cumplimiento o continuidad de la *opus*.

855. Prohibición o ilicitud publicitaria

El artículo 1101 establece que *está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.*

Entendemos que una mejor claridad expositiva nos impone analizar la ilicitud publicitaria a través de algunos aspectos y campos en que esta se hace ilegítima o violatoria del principio de legalidad, lo que impone desglosar con mayor precisión los casos que regula el citado artículo 1101. Es que la ilicitud publicitaria se encuentra en estos y otros casos más allá de los mencionados como: a) en la publicidad ilícita *strictu sensu*; b) en la publicidad engañosa; c) en la publicidad desleal; d) en la publicidad subliminal, y e) en la publicidad que infringe las normas que regulan la comercialización de determinados productos, elementos o servicios. Un renglón aparte merece la publicidad comparativa que no es ilícita como género, ni lo es por comparar, sino cuando —como indica la norma— ingresa en algunos de los supuestos precedentemente clasificados y que genéricamente la ley indica como aquellos *que conduzcan a error al consumidor*.

a) Publicidad ilícita *strictu sensu*

Encuadramos la publicidad ilícita *strictu sensu*, cuando esta atenta contra la dignidad de la persona, vulnera los valores o derechos reconocidos por la Constitución —especialmente en relación a los derechos de la infancia, la juventud y la mujer—, o viole las normas de nuestro derecho común o de nuestro derecho penal ordinario, como, p. ej., el caso de las publicaciones obscenas.

b) Publicidad engañosa

La libertad de expresión y de comerciar en que se enmarca el derecho de la publicidad, conlleva implícito la de dar adecuada información (conf. art. 1100 y ley 24.240), ajustándose al principio de veracidad, principio este que ha sido plasmado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y ratificada por nuestro país (ley 23.054). El *principio de veracidad* establece que la publicidad no debe inducir a error a las personas, dado su alto poder de inducción al consumo masivo, mediante la afirmación de calidades incorrectas o especificaciones no adecuadas del objeto o servicio promocionado. En la publicidad engañosa encontramos matices, entre los que debemos *incluir* las exageraciones, las inexactitudes, las falsas afirmaciones o indebidas comparaciones, etcétera.

Con la mira en la represión de la publicidad engañosa, debe evitarse siempre que el mensaje publicitario conforme un instrumento inductivo de distorsión en la elección del público consumidor, lesivo de sus máximos derechos. Es que el interés público requiere que la representación efectuada en la comunicación sea lo más ajustada a la realidad.

c) Publicidad desleal

La publicidad desleal es aquella que vulnera los intereses de los competidores en el mercado. Éste forma de publicidad engloba: i) la publicidad que importa un descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de otro agente económico, de su actividad, productos o servicios, situación que, aun cuando no hubiere una situación concurrencial, no hace necesario que la ilicitud resida en una falsedad, en tanto y en cuanto una realidad puede utilizarse para desacreditar, denigrar o menospreciar a una persona (física o jurídica), a sus productos o servicios. ii) La publicidad que genera confusión o confundibilidad respecto de un rival de mercado, o sea en efectiva competencia entre los involucrados, que así atente directa o indirectamente a través de

inducir una confusión en la persona, actividad, producto, marca u otro signo distintivo (como la forma, presentación de producto) del competidor (art. 9º, ley 22.802 de Lealtad Comercial). Y iii) la publicidad originada en el uso de distintivos ajenos, sin que sea necesario que sea el mismo o idéntico bastando con lograr una sustancial confusión o confundibilidad, pudiendo tratarse de un emblema, una característica definitoria o un elemento ajeno, aunque no se sitúe el autor y la víctima en un plano concurrencial.

d) Publicidad subliminal

El cuestionamiento de este sistema de publicidad y captación se dirige a aquellos mensajes que realizan "trampas" a nivel sensorial, o sea aquellos que pese a no captarse conscientemente son recibidos sus efectos a un nivel profundo y son "percibidos" a nivel inconsciente. La ley española define la publicidad subliminal como aquella modalidad que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida. Se aprovecha de las condiciones más íntimas e inconscientes de la destinataria del mensaje para inducirla y dirigirla a contratar, en una seducción que rompe todo mínimo equilibrio contractual, toda pauta de equidad, toda autonomía de voluntad. Por ello conforma además un vicio del consentimiento.

e) Publicidad violatoria de normas de comercialización de ciertos productos

En general en muchos países, incluyendo el nuestro, existen restricciones particulares relativas a la publicidad de determinados artículos, bienes o servicios, restricciones que tienen su fundamento en cuestiones que hacen a la seguridad pública, a la salud pública y en general a los intereses del público consumidor. Así, sectores de producción y el comercio han visto restringidas sus posibilidades de promoción publicitaria, como, p. ej., bebidas alcohólicas, tabaco o cigarrillos, medicamentos, etc. Estas limitaciones no son restrictivas ni de la libertad de expresión ni de la libertad de comercio (arts. 14, 16, 18 y 20, CN), pues tales derechos no son absolutos y quedan sujetos a las normas que reglamenten su ejercicio en protección de los intereses superiores de la comunidad como la salud pública. Otro ejemplo lo da el artículo 10 de la ley 22.802, que prohíbe todo ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar.

856. Publicidad comparativa

La publicidad comparativa es en general aquella en que el anunciante contrapone la propia oferta a la oferta del competidor, generalmente individualizándolos, con la finalidad de demostrar la inferioridad o diferencias de los productos ajenos con el propio. Se trata de comparar de manera objetiva, no engañosa ni denigratoria, las características, composición, cualidades, aplicaciones, precio, etc., de un producto con el del competidor. No dudamos de que en la publicidad comparativa entran en conflicto el interés del anunciante y el interés del no anunciante aludido (competidor), pero también entra en juego un superior interés que es el interés del consumidor y de la comunidad en general, en tanto ambos reclaman la mayor información para decidir sobre todo producto o servicio que mejor satisfaga sus intereses, necesidades y la mayor transparencia en el mercado.

El artículo 1101, inciso b), si bien prohíbe toda publicidad que... *efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor...*, está indicando dos pautas que validan y legitiman la publicidad comparativa: i) que la comparación sea leal, clara y sin inducción a error o engaño y ii) que sea una comparación neutra y objetiva, basada en elementos esenciales y afines, susceptibles de demostrarse con datos concretos y serios.

857. Publicidad correctiva o corrección publicitaria

La publicidad suele caer —como hemos visto— en actitudes de incorrección, de modo que, en muchos países, importó y requirió someterla a un adecuado control, pues no puede permitirse la burla a los intereses públicos, en particular de los consumidores, a través del manejo de una publicidad formalmente legítima, pero intrínsecamente ilícita que en el fondo termina afectando el propio sistema de economía de mercado.

En los Estados Unidos se desarrolló con base en las facultades de regulación concedidas a la Federal Trade Commission, la teoría de la publicidad correctiva o rectificatoria (*corrective advertising*), por la cual se requiere e impone que el anunciador haga claro e informe públicamente que su publicidad —cuestionada— era engañosa y provea toda la información necesaria a corregir el engaño o la falsa impresión transmitida.

El Código Civil y Comercial ha incorporado en el artículo 1102 (en el título de Contratos de Consumo, aunque hemos entendido aplicable a toda situación) que *los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez la cesación de la publicidad ilícita, la publicación —a cargo del demandado— de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria*. Encuentra así el campo de la rectificación o corrección publicitaria una vía de solución en la disposición citada como también a través del artículo 204 del Código Procesal Civil y Comercial, pues el órgano jurisdiccional tiene facultades como para disponer la medida cautelar que mejor se adecue al derecho que se intenta proteger, atendiendo a la importancia del derecho a tutelar, en armonización con los derechos del titular de los bienes y con el fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios, sea a las partes o a terceros, como en el caso, el interés del público en general. Su procedencia exigirá, además de los recaudos clásicos de las medidas cautelares tradicionales, uno que le es propio y característico: la irreparabilidad de la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar.

CAPÍTULO XXIV - CONTRATO DE SERVICIOS

§ 1.— Conceptos generales

858. Concepto

Según el artículo 1251, el contrato de servicios tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero (retribución).

Debe añadirse que por excepción el contrato puede ser gratuito, si así lo pactaron las partes o si por las circunstancias del caso pueda presumirse la intención de beneficiar (art. 1251, párr. 2º).

Resulta pues menester diferenciar el contrato de servicios, actividad autónoma e independiente que ejerce un sujeto, con el contrato de trabajo regulado en la ley 20.744, en donde un sujeto denominado empleado pone a disposición de otro denominado empleador su fuerza de trabajo a cambio de un salario que si bien puede ser libremente pactado, no puede apartarse de los mínimos que establecen las convenciones colectivas de trabajo.

859. Distinción con el contrato de trabajo

Dadas las similitudes que presentan ambas figuras, resulta necesario diferenciar el contrato de servicios del contrato de trabajo, en tanto sus características similares han posibilitado que varios empleadores intenten encubrir una relación de empleo detrás de una prestación de servicios con el fin de evadir sus obligaciones laborales y tributarias.

Desde esta perspectiva, podemos enunciar que las principales diferencias radican en: 1) la independencia con la que se ejerce la prestación del servicio, frente a la dependencia que caracteriza a la relación de empleo; 2) la libertad para pactar las remuneraciones frente a la regulación convencional del salario; 3) la tutela del trabajador y la normativa de orden público que regula los vínculos laborales; 4) la tutela del usuario del servicio que efectúa la Ley de Defensa del Consumidor, inaplicable a las relaciones de trabajo.

1) La independencia en la prestación del servicio

La primera gran nota distintiva del contrato de servicios es la autonomía de la que goza el prestador frente a la dependencia que tiene el empleado respecto de su empleador. Sostiene en este sentido la doctrina del derecho del trabajo (GRISOLÍA, Julio A., *Manual de derecho laboral*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 35) que las notas de dependencia o subordinación en la relación de trabajo pueden ser tres:

a) Técnica

El empleador tiene la facultad de organizar el empleo y de indicarle al trabajador qué tareas debe realizar (arts. 64 a 66, ley 20.744 de Contrato de Trabajo). También el empleador tendrá facultades disciplinarias sobre el empleado —apercibimiento, suspensión y despido— (arts. 67 y ss., ley 20.744).

b) Económica

El empleado depende de su salario, el cual goza de especial tutela en el ordenamiento laboral. Sobre este tema hablaremos en el punto siguiente.

c) Material

El empleador le provee al empleado los materiales con los que debe realizar la tarea.

La existencia de una o más de estas notas características deberá hacernos suponer que estamos frente a una relación de empleo y no frente a un contrato de servicios; por cuanto es clara la norma que establece la presunción de que toda prestación de servicios, independientemente de la forma contractual que se le dé, hace presumir la existencia un contrato de trabajo salvo prueba en contrario (art. 23, ley 20.744).

2) La libertad para pactar las remuneraciones

Si bien la onerosidad es una nota propia de ambos contratos, y tanto el honorario en los contratos de servicios, como el salario en los contratos de empleo gozan de la protección que les otorga su condición de alimentarios; lo cierto es que en el contrato de servicios existe mayor libertad para negociar el monto de la contraprestación.

En efecto, en el contrato de servicios el prestador tiene la facultad de pactar libremente el honorario. Por otro lado, en el contrato de trabajo esta libertad es acotada; el empleador debe abonar al trabajador el salario que el convenio colectivo de trabajo impone según la tarea que realice y la categoría que le corresponda.

Los convenios colectivos son los acuerdos que van a regular las relaciones de trabajo de una determinada actividad, y son el fruto de la negociación entre el sindicato que representa a los trabajadores y las cámaras empresarias de cada actividad en representación de los empleadores.

Las cláusulas de estos convenios colectivos son obligatorias en todos los contratos de trabajo que se formulen para la actividad en la que se los aplica; en los cuales se establecen los salarios por categoría de cada trabajador.

Así pues el empleador podrá negociar con el trabajador el pago de sumas y conceptos superiores a los que establecen las convenciones colectivas, pero nunca inferiores.

Además, y como veremos más adelante, estas sumas —al igual que el resto de los derechos de los trabajadores— son indisponibles por parte del trabajador, por lo que no podrán ni renunciar a sumas reconocidas, ni tampoco ceder el salario a terceros.

3) La tutela del trabajador y la normativa de orden público que regula los vínculos laborales

Tal como hemos visto en el punto anterior, la normativa reguladora de las relaciones laborales tiene la finalidad de proteger al más débil en la relación jurídica, ello es, al trabajador. Las normas laborales son, pues, de orden público y, por lo tanto, indisponibles para las partes.

Esta función tuitiva se sustenta en una serie de principios propios del derecho del trabajo que no tienen vigencia en el contrato de servicios, siendo los principales: i) interpretación de la norma y de la prueba en el modo más favorable al trabajador; ii) indisponibilidad del trabajador sobre sus derechos; iii) presunción de la relación laboral.

i) *Interpretación de la norma y de la prueba en el modo más favorable al trabajador.* Durante largos años se ha debatido respecto del alcance del mandato que expresa el artículo 9º de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto si el mismo establece una interpretación más favorable solo de las normas y de las cláusulas convencionales, o si también alcanzaba la interpretación que debían hacer los jueces de la prueba colectada en una determinada actuación judicial. La discusión se zanjó con la sanción de la ley 26.428 por la que se aclaró que la interpretación más favorable alcanza también a la prueba en los reclamos laborales.

ii) *Indisponibilidad del trabajador sobre sus derechos.* Como forma de proteger al trabajador de eventuales abusos de la patronal, el legislador ha sustraído la disposición de los derechos laborales del ámbito de su autonomía de la voluntad. Así, el artículo 12 de la ley 20.744 consagra la irrenunciabilidad de los derechos y el artículo 140 de la misma ley la prohibición de ceder el salario, las asignaciones familiares o las indemnizaciones que le fueran debidas al trabajador en razón de la relación de trabajo o su extinción. Ante este panorama, el legislador ha dejado a salvo la posibilidad del trabajador de celebrar acuerdos conciliatorios cuando tuviere diferencias con su empleador, los que serán válidos solamente luego de que hayan sido homologados por autoridad judicial o administrativa (art. 15, ley 20.744).

iii) *Presunción de la relación laboral.* Como ya hemos dicho antes, toda prestación de servicio hace surgir la presunción *iuris tantum* de la existencia de una relación laboral (art. 23, ley 20.744).

4) La tutela del usuario del servicio que efectúa la Ley de Defensa del Consumidor, inaplicable a las relaciones de trabajo

Así como en las relaciones de empleo el legislador ha querido proteger al trabajador en su condición de débil de la relación jurídica, en aquellos contratos de servicios donde se manifieste una relación de consumo, la norma protegerá al usuario, como ya nos hemos referido en los números 346 y siguientes.

860. Paralelo entre otros contratos afines

El contrato de servicios asume modalidades muy variables, que a veces le quitan tipicidad y hacen más difícil la tarea de deslindar su concepto en relación a otros contratos afines.

a) Con el contrato de obra

Ambos contratos implican la realización de un esfuerzo en procura del cumplimiento de una obligación, es el sentido de ese esfuerzo el que nos marcará la distinción entre uno y otro contrato.

Siguiendo esta idea, señala Ricardo LORENZETTI (*Tratado de los contratos, parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. II, p. 567) que la principal distinción radica en que mientras la prestación de servicios constituye principalmente una obligación de "hacer", el contrato de obra implica una obligación de "dar".

En su noción de "servicio", el autor indica que el mismo es todo lo que le brinda al adquirente una función intangible que no incluye un producto. Destaca además que el servicio conlleva un valor en sí mismo, dado que aporta la tecnología propia de la información, por cuanto quien lo presta posee un *know-how* para realizar una actividad a un menor precio que el que le conllevaría al adquirente hacer la actividad por sus propios medios.

Por su lado, la "obra", en la visión de LORENZETTI (obra y lugar citados en este mismo número), implica que el trabajo sea un medio, y el objeto propio del contrato sea la utilidad abstracta que se puede obtener, y ello es lo perseguido por el comitente.

El Código Civil y Comercial se ha avocado a este tema en el texto del artículo 1252, estipulando que *si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega.*

Sin embargo, esta definición debe complementarse con el texto del artículo 774, por cuanto las obligaciones de "hacer" que importan la prestación del servicio, no siempre serán *independientes* de su eficacia como dice el texto del artículo 1252, sino que el prestador puede asumir diversos compromisos sobre el resultado, tal como lo estipulan los incisos b) y c) de la norma referida primeramente (procurar al acreedor cierto resultado concreto o el resultado eficaz prometido).

Podemos concluir pues, que la línea divisoria entre ambos contratos radica en las obligaciones asumidas por el prestador; las que serán de "hacer" en el caso de los contratos de servicios, mientras que las del contratista en el contrato de obra será un "hacer para dar una cosa".

Una cuestión más. Los puentes que conectan a los contratos de obra y de servicios se ponen de manifiesto en el artículo 1278, el cual establece que a los servicios le resultan aplicables las normas de la sección 1ª del capítulo 6, titulada "Disposiciones comunes a las obras y a los servicios". La norma añade que también son aplicables las normas de las obligaciones de hacer.

b) Con el mandato

A primera vista la confusión entre ambos contratos parece imposible; por uno se promete un servicio, a cambio de una retribución; por otro se otorga una representación para celebrar actos jurídicos por el mandante; pero hay casos en que la distinción no resulta tan clara: habrá que tener en cuenta si existe o no *representación* y si la tarea que se encomienda implica o no *subordinación* del que la lleva a cabo. La existencia de una representación es por lo común suficiente de por sí para configurar el mandato (aunque, cabe aclarar, puede haber también un mandato no representativo); pero también existe en algunos contratos de servicios, como, por ejemplo, cuando se celebra

contrato con un abogado, quien, además, actúa como apoderado de su cliente. En este caso, lo esencial es la relación de subordinación, en tanto, en el contrato de mandato, el mandante pueden instruir la manera en la que el mandatario deberá ejecutar los actos jurídicos en el que se ve representado; situación que no siempre es posible en el contrato de servicios. Va de suyo, en el ejemplo señalado, que el cliente no tiene facultades para instruirle a su abogado cuál será el contenido de un texto legal.

c) Con la sociedad

La diferencia sustancial radica en que la sociedad parte del *animus societatis* por el cual dos o más partes colaboran entre sí para la obtención de un lucro común. La prestación de servicios, a su turno, es un contrato bilateral, en el cual obtiene un beneficio propio mediante la obtención del servicio, en tanto, el prestatario se ve recompensado con el pago del honorario pactado. No existen pues intereses comunes, sino intereses diversos entre las partes.

d) Con el depósito

Cuando una persona entrega una cosa a otra para que se la cuide *gratuitamente*, el depósito está claramente configurado; pero las dificultades comienzan cuando se trata de depósito oneroso o retribuido. El Código Civil y Comercial legisla la situación del depositario en forma independiente (arts. 1356 y ss.), aun cuando se tratase de una casa de depósito (arts. 1376 y 1377). La diferencia más notoria que se encuentra con el depósito oneroso es que mientras la prestación de servicios implica la realización de un esfuerzo en procura de la obtención de un resultado, el depósito solo requiere del depositario la guarda y custodia de los bienes, poniendo éste los elementos y el lugar para cumplir con tal fin.

e) Con la locación de cosas

Dijimos ya que estos contratos, confundidos conceptualmente en sus orígenes románicos, constituyen hoy figuras jurídicas notoriamente distintas. Pero también hay una zona de duda. Así ocurre con el contrato de prestación de servicios telefónicos, de suministro de energía eléctrica, de hospedaje, de abono a espectáculos teatrales, de exposiciones, etc. De ellos nos hemos ocupado en el número 542.

861. Caracteres

El contrato de servicios es *consensual, no formal, conmutativo*, y se lo presume *oneroso*. Como hemos dicho más arriba (nro. 858), por excepción, el contrato puede ser gratuito si así lo pactaron las partes o si por las circunstancias del caso pueda presumirse la intención de beneficiar (art. 1251, párr. 2º).

862. Empleados y funcionarios públicos

La relación que une al empleado con el Estado escapa al esquema del contrato de trabajo y de la regulación de las prestaciones de servicios, en tanto, se trata de una relación de derecho público, regido por las normas específicas del derecho administrativo que regulan el empleo público.

§ 2.— Obligaciones de las partes

863. Obligaciones del prestador de servicios

Las obligaciones del prestador de servicios se encuentran enunciadas en el artículo 1256 y las veremos seguidamente:

1) Ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada

La primera de las obligaciones del prestador del servicio será la de cumplir con la obligación de hacer pactada. La obligación de prestar un servicio puede consistir en: a) realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito; las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso (art. 774).

Esta definición ha cambiado la concepción imperante en la doctrina que sostenía que la prestación de servicios obligaba únicamente a realizar los mejores esfuerzos para la concreción del resultado, admitiéndose ahora la posibilidad de que el prestador asuma, además, tanto la responsabilidad por un resultado determinado, como también garantice la eficacia de dicho resultado.

En caso de duda respecto de cuál es la obligación comprometida, habrá que estarse a las particularidades del contrato.

2) Informar al comitente sobre los aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida

El deber de información, parte integrante del principio general de la buena fe, deviene esencial en el desarrollo de la relación entre el prestador y el usuario.

No ha escapado al legislador que la relación entre el prestador del servicio y el usuario no se da en un marco de igualdad, en tanto, el prestador debe ser considerado un profesional en su oficio, y por lo tanto el usuario se encuentra en una posición de inferioridad respecto de aquel.

Esta situación lleva a preguntarnos, ¿cómo ha de cumplirse este deber de información? y ¿quién tiene la carga de la prueba respecto del cumplimiento? Respecto del primer interrogante, encontramos adecuado aplicar por analogía las directivas que el artículo 59 establece para el consentimiento médico, estipulando que la información debe ser *clara, precisa y adecuada*.

Esta posición nos permite abordar la cuestión desde el ángulo de quien recibe la información, por cuanto entendemos que el deber de informar se tendrá por cumplido cuando le sea presentada al usuario en una forma tal que la misma pueda ser comprendida cabalmente por quien la recibe. Así, si —por ejemplo— un técnico en computadoras le explica al usuario en un lenguaje técnico los problemas que tiene su ordenador y cuáles son los pasos a seguir, difícilmente el usuario pueda tener la información suficiente para determinar si quiere o no efectuarlas.

En relación a la carga de la prueba, sostenemos que como se trata de un deber a cargo del prestador, será éste también quien deberá acreditar el cumplimiento de este deber, por cuanto una solución en contrario pone al usuario en la situación de probar un hecho negativo.

3) Proveer los materiales adecuados que son necesarios para la ejecución de la obra o del servicio, excepto que algo distinto se haya pactado o resulte de los usos

Hemos visto, cuando tratamos las diferencias entre el contrato de trabajo y el de servicios, que una de las notas de la dependencia que caracteriza al contrato de trabajo es que en éste es el empleador quien provee los materiales. Por lo tanto, el deber de proveer los materiales por parte del prestador de servicios constituye una obligación

emergente de su independencia frente al usuario. Sin embargo, nada obsta a que por las características del servicio, las partes estipulen que sea el usuario quien los provea. En estos casos, deberá analizarse si era razonable el pacto o, por el contrario, si la provisión de materiales obedece a una dependencia que busca encubrirse.

4) Usar diligentemente los materiales provistos por el comitente e informarle inmediatamente en caso de que esos materiales sean impropios o tengan vicios que el prestador debiese conocer

La primera cuestión a considerar, respecto del empleo de materiales provistos por el comitente, es que ello no implique un supuesto de dependencia técnica, como hemos visto en el número 859. En el caso de que la provisión de materiales al prestador del servicio se corresponda con la naturaleza de las obligaciones asumidas por este último, la norma es clara en imponerle al profesional dos obligaciones: 1) utilizar la cosa en forma adecuada, debiendo responder frente al comitente por cualquier deterioro o pérdida de los materiales (al menos que estos fueren consumibles), siendo esta una obligación de resultado; 2) informar respecto de cualquier defecto que tuvieran los materiales. En este caso, entendemos que además de informar, debe abstenerse de emplearlos (igual que en el contrato de obra), en tanto, su condición de profesional debe primar por encima de la voluntad del usuario.

5) Ejecutar el servicio en el tiempo convenido o, en su defecto, en el que razonablemente corresponda según su índole

El legislador ha recogido los postulados de la doctrina que sostenían que el tiempo en el que debe cumplirse la obligación deviene en una parte esencial respecto de la obligación asumida. Es que es indudable que muchas veces el interés del usuario no solo radica en la prestación del servicio, sino, además, en que le sea prestado en un determinado tiempo; por cuanto, fuera de éste, el servicio no tendría utilidad. Así, de nada le serviría a quien contrata un animador para una fiesta que éste se presente dos días después del evento.

Por otro lado, también la norma da una solución en el caso en que no se fijara un plazo, debiéndose entender que es aquel que razonablemente se necesite para la prestación del servicio, aunque, en última instancia, si la determinación del plazo se torna dificultosa, las partes pueden requerir la fijación judicial (art. 887, inc. b)).

864. Obligaciones del usuario

El artículo 1257 se ocupa de las obligaciones del comitente, tanto en un contrato de obra como en el de servicios. Entendemos que en el caso de contrato de servicios, solo son aplicables los incisos a) y b), en tanto el c) está vinculado con la recepción de una obra.

Con base en ello, las obligaciones del usuario serán: 1) pagar el precio pactado; 2) colaborar con el prestador del servicio conforme las características de éste.

1) El pago del precio

Siendo el contrato de servicios oneroso, va de suyo que la obligación principal del usuario será la del pago del precio que se hubiere pactado por el servicio. En este sentido, el artículo 1255 merece un análisis detallado en cuanto a su aplicación a los contratos de servicios.

a) Autonomía en la fijación del precio. Leyes arancelarias

Lo primero que se observa de la redacción del artículo 1255 es que el legislador ha consagrado la absoluta autonomía de la voluntad respecto de la fijación del precio. El valor de la prestación del servicio no puede ser cercenado, *ni aun por las leyes arancelarias* (art. citado). Ello implica, y siguiendo el texto de la norma, que las leyes arancelarias tendrán un rol secundario respecto de la autonomía de la voluntad, en

tanto, su aplicación solo se hará efectiva al momento de la fijación judicial del precio. Sin embargo, entendemos que esta solución no puede ser unívoca para todos los supuestos, en tanto existen leyes arancelarias que fijan topes que de ser incumplidos constituyen un abuso del derecho y una vulneración de los derechos de los consumidores.

Asimismo, se observa que en cuanto a los honorarios judiciales, el legislador ha mantenido en el artículo 730 el texto del artículo 505 del Código Civil derogado, ya que limita los honorarios judiciales por las actuaciones en primera instancia de los profesionales intervinientes en el pleito al 25% del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo.

b) Inmutabilidad del precio

El artículo 1255 aclara a su vez que cuando las partes pactan un precio global por los servicios prestados, ninguna de las dos podrá pedir su modificación posterior, salvo que resultare aplicable al caso la teoría de la imprevisión.

c) Lugar y tiempo del pago

En caso de silencio de las partes respecto del lugar y tiempo del pago, serán de aplicación las normas generales que regulan dicho instituto.

2) Colaborar con el prestador del servicio conforme las características de éste

El deber de colaboración, si bien es una obligación derivada del principio general de la buena fe, toma particular relevancia en estos contratos. Es que el usuario, beneficiario del servicio, necesita muchas veces ser un participante activo para poder arribar al resultado deseado. Así, por ejemplo, un abogado patrocinante no podrá cumplir adecuadamente con su parte del contrato si el cliente no concurre a suscribir los escritos o a las audiencias. El incumplimiento de esta obligación por parte del usuario o cliente eximirá al prestador de la responsabilidad por la inejecución del contrato, y además tendrá derecho al cobro de los emolumentos acordados.

§ 3.— Extinción del contrato de servicios

865. Causales

Veremos seguidamente las causales de extinción del contrato de servicios.

a) Muerte de una de las partes. Desistimiento unilateral

Las vicisitudes relacionadas con la extinción del contrato por muerte de las partes o por el desistimiento unilateral del contrato las hemos tratado en los números 799 a 803, en relación al contrato de obra, siendo aplicable dichas normas también al de servicios por ser disposiciones comunes a ambos contratos.

b) Contratos de larga duración

Particular análisis merecen los contratos de servicios que se han pactado para perdurar en el tiempo en forma continuada, por cuanto el legislador ha regulado la extinción de los mismos en forma diferenciada (art. 1279).

En este sentido, la norma marca una distinción entre los contratos que tienen un plazo de duración determinado y los que no lo tienen. En el primer caso, los contratos se extinguirán de pleno derecho por el mero cumplimiento del plazo. A su vez, los contratos

que sean a tiempo indeterminado o que no digan nada respecto de su duración —y que por ello se entiendan que son a plazo indeterminado— no podrán extinguirse sin previo aviso.

El artículo 1279 otorga, a cualquiera de las partes en el contrato de prestación de servicios continuado y por tiempo indeterminado, la potestad de extinguir el contrato en forma unilateral en cualquier momento, pero con la obligación de otorgar un preaviso *razonable*.

Esta "razonabilidad" exigida por el legislador puede tener una pauta interpretativa en el artículo 1492, respecto del plazo de preaviso con el que se debe extinguir el contrato de agencia (un mes por cada año de vigencia del contrato). Es que dichos plazos le dan tiempo suficiente al prestador del servicio para reorganizar su estructura sin el contrato que hasta ese momento se venía ejecutando; en tanto, la omisión del preaviso extinguirá igualmente el contrato, pero con las consecuencias de pagar las ganancias que hubiere tenido el prestador durante dicho plazo (art. 1493).

A su vez, si la extinción unilateral se efectuara por el prestador, sin el debido preaviso, será éste quien deberá indemnizar al usuario con el equivalente al tiempo de preaviso.

Cabe aclarar, sin embargo, que la regla del artículo 1279 no se aplica en los casos de los contratos de consumo en los que el usuario deja sin efecto el servicio, pues no se le puede exigir al consumidor que se mantenga en una relación de consumo en la que ya ha perdido interés. Sin embargo, podría mantener su vigencia cuando es el proveedor el que extingue en una forma unilateral y sin preaviso razonable el contrato de servicios de larga duración.

§ 4.— Contratos de servicios profesionales

866. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de los servicios prestados por abogados, médicos, ingenieros, arquitectos, etc., ha dado lugar a una larga controversia jurídica. En el derecho romano la distinción con los trabajos manuales era tajante; solo los primeros se consideraban propios del hombre libre y para éste era un deshonor hacerse pagar un trabajo intelectual que tenía carácter esencialmente gratuito; solo se pagaba el trabajo manual. En nuestros días, las ideas han sufrido un cambio sustancial. El trabajo manual no es ya un deshonor sino que, por el contrario, hace honor al que lo cumple. Y si en el fondo de la conciencia de mucha gente subsiste aún la idea de que el trabajo intelectual es más apropiado para las personas pertenecientes a las clases elevadas y el manual para las inferiores, esta idea no tiene ninguna concreción legal. Todo trabajo, sea intelectual o material, merece igual respeto. Esto no significa que estén sometidos al mismo régimen jurídico. Hay entre ellos profundas diferencias de naturaleza, que forzosamente deben traducirse en su regulación legal.

Con respecto a la naturaleza jurídica de los servicios prestados por los profesionales liberales, se han sostenido diversas opiniones:

a) Para algunos autores, la relación que vincula al profesional con su cliente es de *mandato*. Es una teoría que tiene su inspiración en la idea romana de que no era posible asimilar la actividad profesional a la locación de servicios (como se denominaba el contrato de servicios); pero la idea no resiste el análisis y ha sido desechada en la doctrina moderna. El mandato supone siempre representación para la celebración de

un acto jurídico; los médicos, arquitectos e ingenieros no representan a su cliente ni realizan actos jurídicos, sino materiales.

b) Para otros, es un *contrato de servicios*. Si bien es cierto que muchas veces el profesional debe "prestar un servicio", y que, más aún, muchas veces lo hace en el marco de un contrato de trabajo (por ejemplo, el abogado contratado por un estudio jurídico en relación de dependencia), no puede dejar de observarse que esta figura no alcanza para abarcar a todas las profesiones, en razón de que por las características de sus tareas podrían encuadrarse en otro tipo de contrato.

c) Otros autores sostienen que es un *contrato de obra*. Pero los profesionales nunca o casi nunca prometen un resultado; además, el régimen legal de ambos contratos acusa marcadas diferencias, las que ya han sido consideradas con anterioridad.

d) Una importante corriente doctrinaria sostiene que se trata de un *contrato multiforme*, que asume a veces el carácter de contrato de servicios, otras de contrato de obra, otras, en fin, de mandato. Así, el servicio prestado por un abogado, médico, arquitecto o ingeniero a sueldo, será contrato de trabajo, porque existe subordinación al principal, cuyas instrucciones debe acatar; no se tiene en cuenta el resultado de su trabajo, sino el trabajo en sí mismo; y finalmente, la remuneración se paga en relación al tiempo trabajado y no a la tarea efectuada. En cambio, los servicios que presta un abogado al cliente que le encarga un pleito o el médico que trata u opera a un enfermo particular, serán una prestación de servicios; mientras que el arquitecto o ingeniero a quien se encargan los planos de un edificio configuran un contrato de obra. Finalmente, cuando el profesional asume la representación de su cliente, como lo hace el apoderado, habrá mandato.

Aunque la teoría que hemos mencionado en último término es más flexible y pone de manifiesto un criterio más realista que las anteriores, no por ello es, nos parece, menos inexacta. Insiste en el error de encuadrar este contrato dentro de los moldes de los contratos típicos tradicionales.

Por nuestra parte pensamos que es necesario apartarse de los esquemas tradicionales de los contratos de prestación de servicios, de obra o de mandato, y aceptar que estamos en presencia de un contrato atípico, al cual no se puede aplicar con propiedad ninguna de aquellas denominaciones clásicas.

Hay que agregar, sin embargo, que la jurisprudencia del fuero del Trabajo y la doctrina mayoritaria en dicha área del derecho son consistentes en señalar la existencia de una relación de empleo cuando se den las notas características de éste, aun cuando el empleado se tratare de un profesional desempeñando tareas propias del ejercicio de sus saberes.

A.— SERVICIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES

867. Remuneración

Las partes podrán convenir libremente el precio de los servicios profesionales (art. 1255); vale decir, pueden establecerlo en una suma fija o bien en una participación en el resultado de la gestión.

Tratándose de honorarios devengados en juicio, si no hubiere convenio entre las partes, ellos serán fijados por el juez de conformidad con una escala que establecen las leyes de aranceles en cada jurisdicción; pero el conjunto de todos los honorarios

profesionales (abogados, procurados, peritos) devengados en primera o única instancia, no podrá exceder del 25% del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo; sin embargo, a los efectos del cómputo de dicho porcentaje no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas (art. 730).

868. Pacto de cuota litis

La existencia de un arancel legal no impide a los abogados y procuradores suscribir con su cliente un contrato de honorarios. Este contrato puede asumir dos modalidades diferentes. La primera, comúnmente llamada *convenio de honorarios*, permite a las partes establecer el monto de los honorarios a pagar por el cliente, sin otra sujeción que lo que puedan disponer las leyes arancelarias y el propio Código Civil y Comercial.

La otra modalidad, llamado pacto de *cuota litis*, es un convenio por el cual ambas partes se asocian en el resultado del pleito; el profesional sigue el albur del litigio, cargando inclusive con las costas del juicio que se pierde, siempre que no exista una cláusula contractual en contrario, a cambio del reconocimiento de un porcentaje sustancial para el caso de triunfo. La manera de regular los honorarios profesionales y, consiguientemente, el *pacto de cuota litis* que pudiera haberse convenido, integran la materia no delegada por las provincias al gobierno nacional y, por tanto, están reglamentadas en las legislaciones locales.

Para explicar ciertas cuestiones relativas al *pacto de cuota litis*, hemos de tener en cuenta la ley 27.423, aplicable a los pleitos tramitados ante los tribunales nacionales y federales del país, pudiendo existir diferencias cuando se trata de juicios que tramitan en los diferentes tribunales provinciales, a los que se aplican las leyes arancelarias locales.

a) Forma

La ley 27.423 dispone que los contratos de honorarios deben hacerse por escrito y que no se admitirá otra prueba de su existencia que la exhibición del propio contrato o del reconocimiento por parte del obligado al pago (art. 4°).

b) Efectos

El profesional adquiere un derecho al resultado líquido del pleito, que no puede exceder del 40% computados los honorarios del abogado y procurador; queda siempre a salvo el derecho del abogado a percibir de la parte contraria, vencida en las costas, los honorarios que se regularen (art. 6°, inc. d, ley 27.423).

Cuando la participación del profesional excediere del 30%, los gastos y costas del juicio estarán a cargo de aquél, salvo pacto en contrario (art. 6°, inc. b, ley 27.423).

c) Pleitos en que está prohibido

No podrán ser objeto del pacto de *cuota litis* los juicios previsionales, alimentarios o cuando intervengan menores de edad que actúen con representante legal (art. 6, inc. c, ley 27.423).

869. Ruptura del contrato por voluntad unilateral del cliente

La ruptura del contrato por voluntad unilateral del cliente debe ser analizada con relación a tres hipótesis posibles:

a) Si se trata de la relación ordinaria entre el cliente y el abogado que trabaja por su propia cuenta, aquel solo deberá los honorarios correspondientes al trabajo ya efectuado y no responde por lo que el profesional esperaba legítimamente ganar con su restante actuación en el juicio. Es la solución implícita en los artículos 29 y siguientes de la ley 27.423 (que establece la significación porcentual de cada una de las etapas del proceso en orden a la regulación de honorarios) y está consagrada por la práctica

invariable de los tribunales. Está bien que así sea, porque la vinculación entre abogado y cliente es una relación de confianza y no puede exigirse a éste que continúe bajo el patrocinio de una persona en quien ya no confía, por más que no esté en condiciones de probar la existencia de hechos suficientemente graves como para reclamar la resolución del contrato por culpa del profesional.

b) Si se hubiera convenido pacto de *cuota litis*, la situación es distinta, porque el profesional ha realizado gastos y ha adquirido contractualmente el derecho a una parte de lo que resulte del pleito. Por tanto, si el cliente revoca el poder otorgado o el patrocinio letrado, ello no anula lo convenido como honorario (art. 6, inc. g, ley 27.423) por lo que le deberá pagar al profesional el máximo que le podía haber correspondido en caso de éxito (además del reembolso de las costas). Si el profesional hubiese incurrido en culpa o en negligencia manifiesta declarada por el juez, el cliente no deberá lo convenido, pero deberá pagar lo que el juez regule, cuando ello corresponda (art. 6°, inc. g, ley 27.423). En este último caso estaríamos en presencia de un incumplimiento del abogado que autoriza al cliente a resolver el contrato, conforme con los principios generales.

c) Finalmente, si el abogado estuviera a sueldo del cliente y su labor se desarrollara con las características de subordinación, habitualidad y profesionalidad, tendrá derecho a las indemnizaciones del derecho del trabajo.

870. Prescripción

Los honorarios de abogados y procuradores prescriben a los cinco años (art. 2560). El plazo corre (art. 2558):

a) Si se han regulado los honorarios, i) desde que vence el plazo fijado en resolución firme que los regula para hacer el pago, y ii) si no fija plazo para el pago, desde que la resolución adquiere firmeza.

b) Si no han sido regulados los honorarios, i) desde que queda firme la resolución que pone fin al proceso, y ii) si la prestación del servicio profesional concluye antes, desde que el acreedor tiene conocimiento de esa circunstancia.

B.— SERVICIOS MÉDICOS

871. Responsabilidad profesional

La actuación culpable o dolosa del médico puede dar origen a distintas sanciones: a) en primer término, de carácter estrictamente *profesional*, cuando se ha apartado de las reglas éticas que presiden el ejercicio de la medicina; b) en segundo lugar, de tipo *penal*, como son las sanciones previstas por los artículos 84 y 86, Código Penal, para quienes por imprudencia o impericia en el arte de curar causaren la muerte a una persona o para los médicos que colaboran en abortos; c) finalmente, hay también sanciones de carácter *civil*, que han dado origen a complejos problemas jurídicos y que son las que ocuparán nuestra atención.

No está de más señalar que el régimen jurídico concerniente a la responsabilidad de los médicos es aplicable a otros profesionales del arte de curar, en cuanto sea compatible con la índole de sus tareas.

872. Carácter de la responsabilidad civil de los médicos

Según una primera opinión, sostenida por eminentes autores (SALVAT, MAZEAUD, LALOU), y por una jurisprudencia largamente predominante, la responsabilidad del médico por culpa o negligencia en el ejercicio de su profesión es de carácter contractual, puesto que no ha cumplido con sus obligaciones conforme se había comprometido a hacerlo. Teoría a la cual puede hacerse una objeción elemental: que muchas veces no hay contrato alguno entre el médico y el enfermo, como ocurre cuando atiende a una persona que se encuentra en estado de inconsciencia como secuela de un accidente, o cuando se atiende a un enfermo por cuenta de terceros (médico que está a sueldo de una compañía o empresa para la atención de su personal). Es precisamente esta observación la que ha llevado a otros autores a sostener que si media contrato entre médico y enfermo, la responsabilidad es contractual y, caso contrario, cuasidelictual (COLOMBO, DEMOLOMBE). Pensamos que aceptar esta teoría significa juzgar a la luz de distintos conceptos y distintas reglas jurídicas una responsabilidad idéntica. La que pesa sobre el médico que atiende un enfermo en su consultorio o lo opera con su consentimiento, no difiere en absoluto de la que tiene el profesional que atiende al obrero de una compañía o que opera de urgencia a un accidentado que se encuentra en estado de inconsciencia.

La cuestión era importante durante la vigencia del Código Civil de Vélez, pues la extensión de la responsabilidad y de los plazos de prescripción diferían según se tratase de responsabilidad contractual o extracontractual. Pero a partir de la sanción del Código Civil y Comercial ha perdido importancia, pues se han unificado los plazos de prescripción y se ha consagrado una tendencia a eliminar las diferencias en cuanto a la extensión de la responsabilidad.

Antiguamente predominaba la opinión de que los médicos solo respondían en caso de culpa grave en el ejercicio del tratamiento del enfermo; pero hoy tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por admitir que los médicos responden de toda culpa, sea o no grave. Es pertinente señalar que la gradación de la culpa, reconocida en el derecho romano, parece ser aceptada por el Código Civil y Comercial, desde que hay menciones expresas a la culpa grave (arts. 1771, 1819 y 1867). Ahora bien, debe entenderse que los médicos no responden por la falta de curación del enfermo; basta que hayan obrado con la debida diligencia y con un razonable conocimiento del arte de curar, para quedar exentos de toda responsabilidad, aunque el tratamiento no haya dado resultado. Según la opinión corriente, su obligación es de medios, no de resultado, salvo el caso excepcional de la cirugía estética, en el cual se promete un resultado, que es el mejoramiento del aspecto estético del paciente.

Primeramente, la jurisprudencia en forma prácticamente unánime, había decidido que, tratándose de una obligación de medios, es el que demanda por daños quien debe probar la culpa del médico. Seguidamente, se ha asistido a un cambio en los criterios de los jueces, haciendo prevalecer otra corriente, conforme con la cual la prueba corresponde a ambas partes y no solamente al demandante. En efecto, al médico corresponde probar la no culpa, puesto que por sus conocimientos científicos y por haber actuado personalmente, es quien está en mejores condiciones de acreditar que actuó con la debida diligencia.

Esta última teoría ha sido receptada en el artículo 1735, dando a su vez directivas al juez para su aplicación. En este sentido, la norma indica que se deberá dar aviso a las partes respecto de la forma en que se distribuirá la prueba, de modo de permitirle a estas la posibilidad de producir los elementos que sirvan a formar la convicción del juez.

En lo que atañe a la prueba y a las presunciones, que también son válidas como prueba, la historia clínica tiene gran importancia. Una historia clínica veraz y completa permite al médico ampararse en ella; en tanto que debe soportar las consecuencias adversas si la misma tiene deficiencias u omisiones.

La historia clínica es el documento cronológico obligatorio, foliado y completo en el que debe constar toda la actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares

de la salud (art. 12, ley 26.529). Esta ley establece que debe existir una única historia clínica por establecimiento (art. 17), que su titular es el paciente (art. 14) y que ella debe ser inviolable, siendo responsables de su guarda los establecimientos públicos y privados y los médicos titulares de consultorios privados (art. 18). En la confección de la historia clínica deben resguardarse los derechos esenciales del paciente (art. 2º), tales como el derecho a la intimidad y a la confidencialidad. Finalmente, debe recordarse que no solamente el titular está legitimado a solicitar la historia clínica, sino que la ley legitima también a su representante legal, al cónyuge o conviviente en unión de hecho y a los herederos forzosos (art. 19).

873. La importancia del consentimiento informado del enfermo

Otro problema delicado en el ejercicio de la medicina es la necesidad del consentimiento del enfermo para someterlo a un tratamiento o a una intervención quirúrgica. El consentimiento debe ser informado, es decir, el médico debe informar al paciente cuál es su dolencia y cuáles son los riesgos que supone dicho tratamiento o cirugía, como así también si existen o no tratamientos alternativos.

Este tema ha merecido particular atención por el legislador, quien introdujo su obligatoriedad en el artículo 59 del Código Civil y Comercial, como modo de reforzar los contenidos de la ley 26.529.

La ley 26.529 ha definido al consentimiento informado como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto de: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable, y h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento (art. 5, ley 26.529, ref. por ley 26.742).

Es importante destacar que la información debe ser adecuada, esto es que no debe ser excesiva, lo cual podría desconcertar al paciente.

Este consentimiento es exigido de manera obligatoria, dentro de los límites fijados por la reglamentación, y debe ser dado de manera previa (art. 6º, ley 26.529). Normalmente bastará con que sea expresado oralmente; sin embargo, es necesario instrumentarlo por escrito cuando se trate de internaciones, intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos o que impliquen riesgos según lo determine la reglamentación de la propia ley, o de revocaciones del consentimiento dado anteriormente (art. 7º, ley citada). No está de más señalar que otras leyes han dispuesto la obligación de dar el consentimiento por escrito cuando se trate de operaciones mutilantes (art. 19, ley 17.132) o de ablación de un órgano par de una persona viva a otra (art. 13, ley 24.193, ref. por ley 26.066).

Cuando el consentimiento se da en forma verbal, puede probarse por cualquier medio.

Por otra parte, se exige al profesional de requerir este consentimiento —eximición que debe ser interpretada restrictivamente— cuando mediare grave peligro para la salud pública o una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales (art. 9º, ley 26.529).

La ley dispone, finalmente, que los mayores de edad, capaces, pueden dar directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos y tomar decisiones relativas a su salud. El límite está dado por el pedido de desarrollar prácticas que se consideren eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes (art. 11, ley 26.529).

A su vez, el artículo 59 del Código Civil y Comercial extendió las previsiones del consentimiento informado para los casos en que los pacientes decidan someterse a investigaciones científicas, particularmente para las personas que posean alguna discapacidad.

La falta de consentimiento informado traerá como consecuencia la falta de asunción de riesgos por parte del paciente, en virtud de lo cual, cualquier mal que se le cause, aun cuando éste fuere una consecuencia posible del tratamiento, le podrá ser imputada al médico.

874. La responsabilidad de los sanatorios, clínicas, hospitales y obras sociales

Con respecto a la responsabilidad de las clínicas, sanatorios y hospitales, por la culpa de los médicos que han trabajado en ellos, hay que distinguir dos situaciones distintas:

1) Si el enfermo ha ido a la clínica, sanatorio u hospital para hacerse atender por los médicos de dichos institutos, la responsabilidad de estos con el profesional es concurrente. El deber de reparar de la institución encuentra fundamento en la obligación tácita de seguridad que le incumbe y que funciona como carácter accesorio del deber principal de prestar asistencia con los medios y personal adecuados.

2) Si, en cambio, el paciente ha elegido su médico particular para el tratamiento de su enfermedad y el sanatorio, hospital o clínica se ha limitado a facilitar sus instalaciones, ámbito físico, equipos, etc., dicho instituto carecerá de toda responsabilidad, que recae solamente sobre el médico. Va de suyo que si el daño se ha producido por el personal dependiente del establecimiento (por ej., anestesta, enfermeras, etc.), la responsabilidad recaerá no ya sobre el médico, sino exclusivamente sobre el establecimiento.

En cuanto a las obras sociales y las empresas de medicina prepaga, el régimen normal es que ellas tengan un elenco de médicos o sanatorios dentro de los cuales puede elegir el paciente; en esa hipótesis, la obra social o la empresa de medicina prepaga serán concurrentemente responsables por la culpa médica o la deficiente atención sanatorial, porque ellas asumen una obligación tácita de seguridad.

Si, en cambio, el contrato suscrito entre el que toma el seguro de salud y la obra social o la empresa de medicina prepaga, permite al primero elegir libremente tanto el médico como el sanatorio en que puede asistirse, la obra social o la empresa de medicina prepaga carecerán de responsabilidad por la culpa médica o por otras fallas en el servicio sanatorial.

875. Contrato de medicina prepaga

a) Noción y caracteres

El contrato de medicina prepaga es un contrato celebrado entre la empresa de medicina prepaga y un usuario que se asocia voluntariamente al sistema, y por el cual la empresa se obliga a brindarle prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana, a través de médicos y servicios propios o contratados

al efecto (art. 2º), a cambio de una suma de dinero que el usuario paga de manera periódica.

Se trata de un contrato oneroso, consensual, conmutativo, de larga duración, nominado —pues ha sido regulado por la ley 26.682—, de adhesión —en tanto debe celebrarse de acuerdo con modelos aprobados por la autoridad de aplicación— y de consumo.

b) Las partes contratantes y otros beneficiarios

Las partes contratantes son, por un lado, la empresa de medicina prepaga, la cual puede ser una persona física o una persona jurídica (art. 2º, ley 26.682) y, por el otro lado, el usuario, quien puede contratar para beneficiarse a sí mismo, a su grupo familiar o a los empleados que tenga.

El artículo 14 de la ley 26.682 establece que el grupo familiar está integrado por el cónyuge o conviviente del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintiún años, los hijos solteros mayores de veintiún años y hasta los veinticinco años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de veintiún años, los hijos del cónyuge y los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa, que reúnan los requisitos establecidos en la norma.

El decreto reglamentario de la ley (1993/2011) ha aclarado que la referencia que hace la ley a los menores cuya guarda o tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa, comprende la guarda judicial dada con fines de adopción y a los hermanos incapacitados del afiliado titular, mayores de dieciocho años, cuya curatela hubiera sido acordada por autoridad judicial.

Es importante destacar que la muerte del afiliado titular no acarrea la caducidad de los derechos de su grupo familiar integrantes del contrato (art. 13, ley 26.682). El decreto 1993/2011 aclara que la empresa deberá garantizar a los integrantes del grupo familiar primario la cobertura durante un período de dos meses, contados desde su fallecimiento, sin obligación de efectuar pago alguno. Vencido ese plazo, el cónyuge supérstite, el descendiente de mayor edad o su representante legal, o cualquier otro miembro del grupo familiar a cargo, podrán optar por la continuidad, para lo cual cualquiera de ellos deberá constituirse como titular del plan.

c) Objeto

Las empresas de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901 (art. 7º, ley 26.682).

Cabe agregar que la libertad contractual está limitada, pues los contratos no pueden ser libremente celebrados. Es que la autoridad de aplicación, que es el Ministerio de Salud de la Nación (art. 4º, ley 26.682) —a través de la Superintendencia de Servicios de Salud, conforme lo dispone el decreto 1993/2011—, debe autorizar el contenido de los contratos de manera previa (art. 8º, ley 26.682), lo cual no impide a los jueces valorar las cláusulas autorizadas, pues debe juzgarse si las obligaciones de las partes no han quedado desnaturalizadas.

d) Cláusulas excluidas

La restricción a la libertad contractual también se evidencia en el hecho de que la empresa de medicina prepaga no puede negarse a celebrar el contrato que solicite el usuario, sin justos y fundados motivos. En este orden de cosas, la ley expresamente prevé que ni las enfermedades preexistentes, ni la edad pueden ser tomadas como criterios de rechazo de admisión (arts. 10 y 11, ley 26.682).

Además, la empresa de medicina prepaga no puede imponer períodos de carencia o espera al usuario respecto de las prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio; y si se trata de otras modalidades prestacionales, los períodos de carencia deben estar suficientemente explicados en el contrato y aprobados por la autoridad de aplicación. La enfermedad preexistente solo autoriza a cobrar una tarifa diferencial, que requiere también la autorización de la autoridad de aplicación (art. 10, ley 26.682).

Por último, tampoco puede la empresa de medicina prepaga aumentar la tarifa a los usuarios mayores a sesenta y cinco años, si estos tienen una antigüedad mayor a diez años en la empresa de medicina (art. 12, ley 26.682).

e) Derechos expresamente otorgados al usuario

Los usuarios gozan, en primer lugar, del derecho, en caso de duda, a recibir las prestaciones de emergencia, correspondiendo en forma posterior resolver si se encuentran cubiertas por el plan contratado (art. 26, ley 26.682).

En segundo lugar, los usuarios tienen derecho a una adecuada equivalencia de la calidad de los servicios contratados durante toda la relación contractual (art. 26, ley 26.682).

En tercer lugar, los usuarios gozan de otro derecho más: si su vínculo con la empresa de medicina prepaga nació de una contratación grupal o corporativa, la circunstancia de que hubiese cesado su relación laboral o vínculo con la empresa que realizó el contrato con la empresa de medicina prepaga no acarrea la extinción del contrato de medicina prepaga; ese usuario tiene derecho a continuar con su antigüedad reconocida en alguno de los planes de cobertura médica si lo solicita en el plazo de sesenta días desde el cese de su relación laboral o vínculo con la empresa o entidad corporativa en la que se desempeñaba, plazo durante el cual la empresa debe mantener la prestación del plan (art. 15, ley 26.682).

f) Rescisión y resolución contractual

Solo el usuario puede rescindir unilateralmente el contrato, lo que puede hacer en cualquier momento, sin limitación ni penalidad alguna; pero debe notificar fehacientemente su decisión rescisoria a la otra parte con treinta días de anticipación.

En cambio, la empresa de medicina prepaga solo puede resolver el contrato (la ley habla impropriamente de rescindir) si el usuario deja de pagar, como mínimo, tres cuotas consecutivas, o si falseó la declaración jurada que presentó al momento de contratar.

876. Honorarios fijados por contrato

En materia de servicios médicos, no existen aranceles profesionales: el punto queda librado a la voluntad de las partes. El convenio será válido siempre que el acto no importe lesión o aprovechamiento del estado de necesidad del cliente.

877. Determinación de honorarios no convenidos

Pocas veces el médico o el enfermo pueden invocar en su favor un contrato relativo al monto de los honorarios. O bien el enfermo se ha sometido al tratamiento sin hablar de honorarios, o bien el punto ha sido tocado en una conversación privada, de la que no hay pruebas. Planteada la cuestión judicialmente, los jueces deben fijarlos según su prudente criterio y teniendo en cuenta: a) importancia de los servicios prestados, gravedad de la enfermedad, número de visitas; b) situación económica del enfermo o de quien está obligado a pagar el servicio; c) relieve profesional del médico. A veces se ha tomado en cuenta también el resultado feliz del tratamiento.

878. Ruptura del contrato por decisión unilateral de las partes

El enfermo que ha convenido con un médico el tratamiento de una enfermedad puede en cualquier momento prescindir de sus servicios, sin otra obligación que pagarle los que ya le hubiera prestado y no lo que el médico esperase ganar con el tratamiento completo. Es una solución impuesta por razones similares a las que pusimos de relieve con motivo de la ruptura del contrato entre los abogados y sus clientes: el tratamiento se funda en la confianza depositada por el enfermo en su médico y no es concebible que se le imponga la obligación de continuar con sus servicios, cuando ya la ha perdido.

Si el médico está remunerado a sueldo, en condiciones de subordinación, continuidad en la prestación del servicio, horario, etc., la ruptura unilateral por el empleador hace surgir en su favor el derecho a la indemnización por despido y preaviso (art. 6º, dec. 22.212/1945, ref. por ley 14.459 y ley 20.744).

También el médico puede en cualquier momento poner fin a la prestación de sus servicios, siempre que la interrupción no sea intempestiva ni pueda provocar perjuicios en la salud del enfermo que queda sin asistencia, en cuyo caso será responsable de los daños que ocasione.

879. Prescripción

La acción por cobro de los honorarios médicos prescribe por cinco años (art. 2560); el plazo corre desde los actos que crearon la deuda.

Si se trata de una enfermedad breve o de una operación quirúrgica, el plazo se cuenta desde que concluyó el tratamiento, no desde el momento en que se prestaron cada uno de los servicios, pues ellos constituyen un todo indivisible; en cambio, si la enfermedad es crónica, la prescripción corre a partir del 31 de diciembre de cada año durante el cual se va prestando la atención médica, pues la costumbre profesional es pasar la cuenta a fin de año.

C.— SERVICIOS DE ARQUITECTOS, INGENIEROS Y AGRIMENSORES

880. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de los servicios prestados por los arquitectos e ingenieros es de las cuestiones más debatidas. Mientras que algunos autores ven en ellos un mandato, otros lo conciben como un contrato de obra, otros, en fin, como un contrato complejo. La dificultad se debe, sobre todo, a la variedad de tareas que tales profesionales imponen. Los arquitectos o ingenieros pueden limitarse a proyectar la obra o pueden también dirigirla; con frecuencia están autorizados por el dueño para aceptar o rechazar materiales y para verificar y aprobar las cuentas. A nuestro juicio, el problema no puede resolverse sino sobre la base de una discriminación de tareas:

a) En cuanto *proyectista*, el arquitecto o ingeniero realiza una creación intelectual específica de su profesión; en este aspecto, estamos en presencia de un contrato atípico.

b) En cuanto *director de obra*, sus funciones parecen encuadrar típicamente en el concepto de contrato de obra y no de mandato, como se ha pretendido, pues no tiene la representación del propietario para la celebración de actos jurídicos, sino que cumple la tarea de vigilancia y dirección que éste le ha encomendado.

c) Si el arquitecto está, además, autorizado por el dueño a *verificar y aprobar las cuentas* presentadas por el constructor, hay indiscutiblemente mandato, pues se trata

de actos jurídicos que obligan al dueño o mandante, a quien debe reconocérsele la potestad de revocar en cualquier momento dicha autorización.

881. Remuneración

La retribución de los servicios prestados por ingenieros, arquitectos y agrimensores está sujeta a arancel (decs. 7887/1955 y 16.146/1957), que fija las retribuciones mínimas (art. 1º, dec. 16.146/1957). Este arancel es hoy indicativo, pues las partes pueden pactar libremente el honorario (art. 1255) sin que importen las declaraciones de orden público que pudieren existir, pues en materia de honorarios, han sido dejadas sin efecto (arts. 8º y 118, dec. 2284/1991) y, en especial, esas declaraciones de orden público han sido derogadas por el decreto 240/1999.

882. Ruptura unilateral del contrato

La persona que encarga a un ingeniero, arquitecto o agrimensor la confección de planos, proyectos o dirección de obra, no puede prescindir de sus servicios sin pagarle el trabajo ya realizado y, como regla, las ganancias que hubiera podido obtener en caso de concluir los trabajos encomendados (art. 1261). En esta hipótesis no existen las razones específicas que en el caso de los médicos y abogados obligan a adoptar una solución restrictiva, y recuperan plena vigencia los principios generales relativos a la indemnización por incumplimiento de las obligaciones contraídas, indemnización que debe comprender las utilidades perdidas. De igual modo, el profesional que sin justa causa legal interrumpe su trabajo y se niega a llevarlo a término, debe indemnizar a su cliente de todos los daños que tal actitud le signifique.

Los profesionales que trabajan a sueldo y en relación de dependencia gozan de la protección de la ley de despido.

883. Prescripción

No existe plazo especial para la prescripción de los honorarios de arquitectos, ingenieros y agrimensores; se aplica por consiguiente, el plazo común de cinco años (art. 2560).

CAPÍTULO XXV - TRANSPORTE

§ 1.— Nociones generales

884. Evolución histórica y metodología del Código Civil y Comercial

El transporte de mercaderías y personas es una de las actividades comerciales de mayor antigüedad y ha sido objeto de regulación desde antaño, encontrándose ya normas relativas a la responsabilidad del transportista en el Código de Hamurabbi. Desde aquella época, y luego entrando en la modernidad con los fallos de la casación francesa, se ha impuesto una fuerte responsabilidad sobre quien ejerce la actividad

comercial del transporte, debiendo éste garantizar la indemnidad de las personas y cosas transportadas.

Toda esta evolución histórica ha sido recogida en el Código Civil y Comercial que ha regulado en forma extensa el contrato de transporte, dividiéndolo en tres partes, una de normas generales, otra referida al transporte de personas y una tercera dedicada al transporte de cosas.

885. Definición y alcances

El artículo 1280 señala que *hay contrato de transporte cuando una parte llamada transportista o porteador se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, y la otra, llamada pasajero o cargador, se obliga a pagar un precio o flete*. Se desprende de esta definición que

a) Es un contrato bilateral.

b) Es un contrato oneroso. Sin embargo, existe la posibilidad de que el contrato de transporte sea gratuito (es el caso de los agentes de policía que pueden viajar sin cargo en el transporte público); si así fuera, la regla es que tal tipo de contrato gratuito queda fuera del ámbito de aplicación de las normas del contrato de transporte.

Empero, estas normas son aplicables cuando el transportista es un profesional de la actividad; esto es, cuando ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad habitual (art. 1282).

c) Es un contrato consensual (pues basta el mero acuerdo de voluntades para tenerlo por celebrado), conmutativo, nominado y no formal (conf. arts. 968, 970 y 969, respectivamente).

Además, a luz de lo dispuesto por el artículo 1281, que señala que la aplicación de las normativas del propio Código es subsidiaria respecto de las normas especiales que regulan cada tipo de transporte, el Código Civil y Comercial solo regirá para el transporte terrestre, en tanto el transporte aéreo se gobierna por el Código Aeronáutico y el transporte naval por la Ley de Navegación.

También excluye la norma citada al transporte multimodal, que es aquel que emplea más de un modo de porteo: éste se regirá por la ley 24.921 que regula específicamente este tipo de transportes.

Finalmente, en los casos en los que la relación entre el transportista y transportado se encuadre en los términos de una relación de consumo, se aplicarán las normas referentes a los derechos del consumidor.

886. El transporte "benévolo"

Se entiende como transporte "benévolo" a aquel que es realizado por una persona —transportista o no— con el solo fin de hacerle un favor a otra. Es el caso por ejemplo del conductor que levanta en la ruta a una persona que está "haciendo dedo", o el que lleva a un amigo hasta su casa. La doctrina ha discutido respecto de la naturaleza jurídica de esta situación, en tanto, mientras una parte sostenía que se trataba de un contrato y que por lo tanto se regía por las normas de la responsabilidad contractual, otro sector sostenía que no era más que una liberalidad y que no llegaba a constituirse en un contrato.

El Código Civil y Comercial ha tomado partido en esta discusión y ha establecido en el artículo 1282 que no existe contrato entre las partes, salvo que el transportista haga oferta al público de sus servicios y efectúe el transporte en el curso de su actividad. Este último agregado guarda coherencia con los antecedentes de la casación francesa en los que se condenó a una empresa de transporte naval a reparar los daños y perjuicios sufridos por un polizón en el transcurso del viaje.

Pensamos, entonces, que cabe diferenciar dos supuestos de transporte gratuito. Uno, el transporte benévolo, al que no se le aplican las normas del contrato de transporte, sin perjuicio de que el transportista deba responder por los daños que sufra el transportado; otro, el contrato de transporte gratuito, el cual puede estar regido por las normas del contrato de transporte si es que el transportista ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad.

887. Oferta al público

Establece el artículo 1283 que *el transportista que ofrece sus servicios al público está obligado a aceptar los pedidos compatibles con los medios ordinarios de que dispone, excepto que exista un motivo serio de rechazo; y el pasajero o el cargador están obligados a seguir las instrucciones dadas por el transportista conforme a la ley o los reglamentos. Los transportes deben realizarse según el orden de los pedidos y, en caso de que haya varios simultáneos, debe darse preferencia a los de mayor recorrido.*

Esta norma viene a resaltar la necesidad de colaboración entre transportista y transportado, en tanto, ambos se necesitan mutuamente para la concreción de la finalidad perseguida. Así, el transportista debe acceder a los pedidos del transportado que estén a su alcance, en tanto: a) ello no le represente un gasto extraordinario; b) no existan motivos serios para un rechazo, como ser un peligro en la seguridad de los pasajeros. Por su lado, el pasajero o cargador debe cumplir con las instrucciones que le dé el transportista. Analizaremos las consecuencias del incumplimiento más adelante.

Por último aclara la norma, que si existieren varios pedidos de transporte, se deben cumplir conforme el orden cronológico de ellos; pero si los pedidos son simultáneos, se debe privilegiar los viajes de mayor recorrido.

§ 2.— Transporte de personas

888. Duración del contrato

El artículo 1288 es claro al establecer que el contrato comienza desde el embarco del pasajero hasta su desembarco, lo que delimita el espacio temporal en el que duran las obligaciones de ambas partes. En consecuencia, el transportista no solo debe responder por lo que sucede a bordo del transporte, sino por todo aquello que sucede desde el momento del embarco y hasta el desembarco definitivo del pasajero. A su vez, el pasajero se encuentra obligado a seguir las instrucciones del transportista durante todo ese lapso también.

889. Obligaciones del transportista

Conforme al artículo 1289, las obligaciones del transportista son: a) proveerle el lugar para viajar que se ha convenido o el disponible reglamentariamente habilitado; b) trasladarlo al lugar convenido; c) garantizar su seguridad; d) llevar su equipaje.

a) Proveerle el lugar para viajar que se ha convenido, o el disponible reglamentariamente habilitado

El contrato de transporte puede darse de dos maneras, o bien que el transportista y el transportado convengan un lugar en el transporte (por ejemplo, en el micro de larga distancia se le asigna un asiento determinado) o que no haya asignación de lugares previos y que el pasajero utilice cualquier lugar habilitado en el vehículo (el transporte

en colectivo urbano, el tren, etc.). Sin embargo, hay disposiciones reglamentarias que regulan esta cuestión. Por ejemplo, en el transporte de larga distancia, no se encuentra habilitada la posibilidad de que los pasajeros viajen parados o sin asiento, en razón de lo cual, es difícil encontrar transportes de larga distancia en los que no se pacte el lugar previamente. También, bajo esta norma, debe el transportista garantizar la categoría del tipo de pasaje vendido. Así, si se vendió un coche cama, no se le puede dar al pasajero un semicama; aunque nada impide que por cuestiones operativas, y sin costo para el pasajero, se mejoren las condiciones pactadas.

b) Trasladarlo al lugar convenido

El viaje debe concluir en el lugar pactado. Si por fuerza mayor se debe desviar de su curso o no puede llegar a dicho lugar, debe asegurarle al pasajero los medios para que llegue a destino. Esta norma se complementa además con lo dispuesto en el artículo 1284 respecto de que el traslado debe hacerse en el plazo o en los horarios estipulados y, en defecto de ellos, de acuerdo con los usos del lugar en que debe iniciarse el transporte.

c) Garantizar la seguridad del pasajero

Desde antaño se ha sostenido que la responsabilidad del transportista es objetiva y que responde por la no concreción del resultado pactado. Esta fuerte responsabilidad, que abarca no solo al pasajero, sino también a su equipaje (conf. art. 1291), ha sido también estipulada en el Código Civil y Comercial mediante la remisión que el artículo 1286, párrafo primero, hace al artículo 1757, por la que se entiende que el transportista responde por el riesgo propio de su actividad.

d) Llevar el equipaje del pasajero

El transportista debe llevar el equipaje del pasajero, aunque se puedan pactar ciertas limitaciones por su peso o volumen y cobrar por el excedente. La responsabilidad por la pérdida del equipaje la trataremos en el número 892.

890. Obligaciones del pasajero

Establece el artículo 1290 que son obligaciones de los pasajeros: a) pagar el precio pactado; b) presentarse en el lugar y momentos convenidos para iniciar el viaje; c) cumplir las disposiciones administrativas, observar los reglamentos establecidos por el transportista para el mejor orden durante el viaje y obedecer las órdenes del porteador o de sus representantes impartidas con la misma finalidad; d) acondicionar su equipaje, el que debe ajustarse a las medidas y peso reglamentarios.

a) Pago del precio

Como ya dijéramos, el contrato de transporte es oneroso, en razón de lo cual, el pasajero debe abonar el precio del transporte, en forma previa, o posterior a su ejecución. Sin embargo, la falta de pago en el precio no exonera de responsabilidad al transportista por los daños que haya sufrido el pasajero durante el transporte, en los términos del artículo 1288.

b) Presentarse en el lugar y momentos convenidos para iniciar el viaje

La falta de presentación del pasajero en el lugar y momento convenidos le hará perder el derecho a ser transportado.

c) Cumplir las disposiciones administrativas, observar los reglamentos establecidos por el transportista para el mejor orden durante el viaje y obedecer las órdenes del porteador o de sus representantes impartidas con la misma finalidad

El pasajero debe seguir las indicaciones que le son dadas por el transportista, particularmente, las relativas al orden y la seguridad. En caso de incumplimiento, el transportista podrá extinguir el contrato y concluir el transporte.

d) Acondicionar su equipaje, el que debe ajustarse a las medidas y peso reglamentarios

El pasajero no solo debe acondicionar el equipaje para que no se produzcan daños en el mismo durante el transporte, sino que además, conforme el artículo 1294, debe declarar las cosas de valor extraordinario que lleve consigo, en cuanto su omisión de hacerlo, exonerará de responsabilidad al transportista por su pérdida o daño. Además, el pasajero deberá atender a su equipaje de mano, en tanto el transportista solo responde respecto de éste si se rompe o se pierde por su propia negligencia (art. 1294, párr. 2º).

891. Responsabilidad del transportista

La responsabilidad del transportista frente a las obligaciones impuestas en el artículo 1289 se regirá no solo por las normas del Código Civil y Comercial, sino que además, en los casos en que resulta aplicable, se complementarán con las normas derivadas del derecho del consumo.

En este sentido, y tal como lo hemos señalado, la responsabilidad del transportista será la estipulada en el artículo 1757, respondiendo éste por el riesgo propio de su actividad, siendo además sus obligaciones las contempladas en el artículo 774, inciso c), en tanto la prestación del servicio de transporte obliga al cumplimiento del resultado eficaz prometido, tal como se desprende de la definición dada por el artículo 1280. Es que si la obligación del transportista consiste justamente en trasladar a las personas de un lugar a otro, va de suyo que este compromiso debe estar garantizado por el resultado eficaz, entendiendo por "eficacia" que el traslado se haga manteniendo la integridad física de la persona, sus bienes y en los tiempos y formas estipulados.

Asimismo, hemos señalado que esta responsabilidad del Código Civil y Comercial es complementada con la de la Ley de Defensa del Consumidor. Por ello, si la empresa transportista incurre en conductas de grave desprecio por los derechos de los usuarios (por ejemplo, proveyendo medios de transporte faltos de mantenimiento que ponen en riesgo la seguridad de los pasajeros o adopta una política sistemática de sobre venta de pasajes o no respeta los horarios de descanso de los choferes), será pasible de la imposición de daños punitivos (art. 52 bis, ley 24.240).

Además, si se trata de un supuesto de transportes sucesivos o combinados a ejecutar por varios transportistas, cada uno de ellos responde por los daños producidos durante su propio recorrido. Pero si el transporte es asumido por varios transportistas en un único contrato, o no se puede determinar dónde ocurrió el daño, todos ellos responden solidariamente sin perjuicio de las acciones de reintegro (art. 1287). Si el daño ha sido originado por la interrupción del viaje, deberá ser determinado en razón del trayecto total (art. 1295).

Finalmente, debe recordarse que son nulas las cláusulas que se hayan convenido, cuando limiten la responsabilidad del transportista por muerte o daños corporales (art. 1292).

892. Responsabilidad por el equipaje

Establece el artículo 1289, inciso d), que el transportista está obligado a llevar el equipaje del pasajero. Por ello, debe garantizar además la indemnidad del mismo (art. 1291), con las limitaciones que establece el artículo 1293. En efecto, dicha norma remite a la responsabilidad por transporte de cosas, del que nos ocuparemos en el número 898. Sin embargo, vale la pena aclarar aquí algunas cuestiones.

a) La responsabilidad del pasajero en el embalaje de las cosas

Es responsabilidad del pasajero el acondicionamiento del equipaje para su traslado (art. 1290, inc. d)]; en razón de lo cual, si el deterioro o pérdida de la cosa se debe a una falencia en el acondicionamiento, el transportista podrá eximirse de responsabilidad aduciendo el hecho de la víctima. Al ser este argumento una defensa que rompe la relación de causalidad, es carga del transportista probar o demostrar el inadecuado embalaje.

b) Limitación de la responsabilidad del transportista

Existen en el Código Civil y Comercial diversas normas que limitan la responsabilidad del transportista por el traslado del equipaje del pasajero, a saber:

i) *Objetos de valor*. Como ya hemos señalado, el pasajero debe declarar frente al transportista los bienes de valor extraordinarios que despache, eximiendo a éste de responder en caso de que omita tal declaración (art. 1294, párr. 1°).

ii) *Equipaje de mano*. Los bienes que quedan en custodia de los pasajeros están exentos de la responsabilidad del transportista, excepto que se destruyan por negligencia de este último (art. 1294, párr. 2°).

iii) *Limitación de responsabilidad en transportes especiales*. El artículo 1310 autoriza al transportista a limitar su responsabilidad en un instrumento aparte y sin que ello sea pactado como cláusula general del contrato, en los supuestos en los que se transporten cosas frágiles, animales o elementos que requieran de un especial cuidado. La limitación solo puede consistir en excluir el deber de indemnidad; en este caso, el transportista solo responde en caso de destrucción o deterioro a causa de su propia negligencia.

893. Responsabilidad del pasajero

En los supuestos en los que el pasajero incumpla las obligaciones que le impone el artículo 1290, el transportista podrá: a) suspender la ejecución del contrato, negándose a continuar con el transporte; b) resolver el contrato por incumplimiento del pasajero y hacer valer las penalidades pactadas en el contrato; c) demandar los daños que el incumplimiento del pasajero cause.

§ 3.— Transporte de cosas

894. Partes

Son parte en el contrato de transporte de cosas, el cargador y el transportista o porteador. El destinatario de las cosas solo tiene acciones contra el transportista luego de que las cosas hayan llegado a destino, o que se haya vencido el plazo para que le entreguen las cosas y siempre que pague al transportista los créditos derivados del transporte (art. 1304).

a) Cargador

Conforme al artículo 1296, *el cargador debe declarar el contenido de la carga, identificar los bultos externamente, presentar la carga con embalaje adecuado, indicar el destino y el destinatario, y entregar al transportista la documentación requerida para realizarlo. Si se requieren documentos especiales, el cargador debe entregarlos al porteador al mismo tiempo que las cosas a transportar*. El incumplimiento de estas

obligaciones por parte del cargador lo hará responsable frente al transportista o frente a terceros por los daños que sufran (art. 1297).

b) Porteador

El transportista debe trasladar los bienes que le son entregados por el cargador y entregarlos al destinatario en el tiempo y forma indicados en la carta de porte (véase nro. 897) o en la guía si no existiere aquella. Deberá además cobrar los créditos que le haya encomendado el cargador contra la entrega de la cosa (art. 1309).

895. Documentación

El contrato de transporte puede quedar plasmado en dos documentos, en la carta de porte o, en su defecto, en la guía.

a) Carta de porte

La carta de porte es el documento que el cargador entrega al porteador, en el que se detallan las cosas entregadas para su transporte, destinatario, dirección del mismo y demás condiciones del contrato de transporte. La emisión de este documento es, además, prueba de la recepción de la carga por parte del transportista (art. 1298). El cargador puede, a su vez, exigir la entrega de un segundo ejemplar de esta carta de porte, que no es más que una copia de la carta que él entregó, suscripta por el porteador (art. 1299). Este segundo documento, añade la norma citada, es transmisible por endoso (a menos que haya sido librado de forma nominativa). Este segundo ejemplar dará derecho a su poseedor a disponer de la carga, pudiendo darle nuevas instrucciones al transportista, las que deberán ser anotadas en el instrumento y suscriptas por éste (art. 1303). Cualquier estipulación pactada entre el cargador y el transportista, que no esté contenida en este segundo ejemplar de la carta de porte o en la guía (que veremos seguidamente), no es oponible a los terceros de buena fe, portadores de ellas (art. 1301).

b) Guía

En caso de que el cargador no emitiera carta de porte, puede exigirle al transportista la expedición de una guía (o recibo de carga), la que deberá contener los mismos elementos que la carta de porte (art. 1300). La guía conferirá a su poseedor legítimo iguales derechos que los otorgados por la segunda carta de porte (art. 1303).

c) Ausencia de documentos

Si el porteador no ha emitido segunda carta de porte, ni guía, solo el cargador tiene el derecho a modificar las instrucciones dadas al transportista, asumiendo los costos y daños que dichas modificaciones causen (art. 1302).

896. Obligaciones del cargador

Conforme al artículo 1296, el cargador está obligado a: a) declarar el contenido de la carga; b) identificar los bultos externamente; c) presentar la carga con embalaje adecuado; d) indicar el destino y el destinatario; e) entregar al transportista la documentación requerida para realizarlo. Si se requieren documentos especiales, el cargador debe entregarlos al porteador al mismo tiempo que las cosas a transportar.

El incumplimiento de alguna de estas obligaciones habilita al transportista a suspender la ejecución del contrato, a resolverlo por culpa del cargador y a reclamarle los daños en los términos del artículo 1297.

Sin embargo, frente a los equipajes mal acondicionados, solo puede eximirse de responsabilidad si pactó la limitación de responsabilidad en los términos del artículo 1310, en tanto, al ser el transportista un experto en su materia, el nivel de cuidado en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo es mayor.

Además, debe el cargador abonar el precio del transporte si no se hubiese convenido que deba ser pagado por el destinatario.

897. Obligaciones del transportista

La obligación principal del transportista se encuentra estipulada en el artículo 1305, párrafo primero, que establece que *el transportista debe poner la carga a disposición del destinatario en el lugar, en el plazo y con las modalidades convenidas en el contrato o, en su defecto, por los usos*. Además, deberá entregar las cosas en el mismo estado en que las recibió, entendiéndose que ellas estaban sanas y bien embaladas si no efectuó reserva alguna (art. 1306). Por tal presunción de buen estado, es que la propia norma dispone que el destinatario no está obligado a recibir cosas con daños que impidan el uso o consumo que le son propios.

Cabe añadir, que el transportista tiene derecho a exigir, contra la entrega de la carga, la entrega del segundo ejemplar de la carta de porte o la guía (art. 1301, *in fine*).

A su vez, el Código Civil y Comercial ha brindado soluciones para los supuestos de retardo o imposibilidad de cumplimiento, tanto en el transporte (art. 1307) como al momento de la entrega (art. 1308).

a) Imposibilidad o retardo en el transporte

Si hay imposibilidad en iniciar o continuar con la ejecución del transporte por causas ajenas al porteador, este debe: a) requerir instrucciones al cargador o al tenedor de la carta de porte o guía; b) custodiar la carga. Puede suceder que el transportista no pueda pedir instrucciones, en cuyo caso deberá depositar la carga con el fin de preservarla; si, en cambio, la carga es perecedera o sujeta a deterioro, puede venderla, en cuyo caso debe entregar su valor al cargador o tenedor de los documentos (art. 1307).

La pregunta que surge en el último caso es si el transportista debe al cargador el valor de las cosas, o el precio que haya recibido por la venta de ellas. Entendemos que el transportista está disponiendo de los bienes del cargador en situaciones excepcionales, por lo que deberá entregar al cargador el precio obtenido, en tanto éste sea acorde al de mercado en las circunstancias en las que se procedió a la venta.

b) Impedimentos para la entrega

Si el destinatario no puede ser encontrado o éste se rehúsa a recibir las cosas, el porteador debe requerir instrucciones al cargador y actuar de igual manera que la estipulada para el supuesto de impedimento o retardo en la ejecución del transporte (art. 1308).

¿Qué ocurre si el transportista no prueba que el retraso en el traslado de las cosas obedezca a una causa ajena a él? Pierde una parte del flete proporcional al retraso, lo que implica que pierde el total del flete si el tiempo insumido es el doble del plazo en el que debió cumplirse. Y, además, el cargador o, en su caso, el destinatario, podrán reclamar los mayores daños causados por el atraso (art. 1285).

898. Responsabilidad del transportista

Al igual que lo establecido para el transporte de personas, la responsabilidad del transportista, también surge del artículo 774, inciso c), en tanto se asume un compromiso por un resultado eficaz. Desde este punto de partida, el Código Civil y Comercial se ocupa particularmente de algunos supuestos de responsabilidad específica del porteador.

a) Responsabilidad por el cobro de créditos

Señala el artículo 1309 que el transportista es responsable frente al cargador por los créditos que debía cobrar al destinatario y omitiera hacerlo. Además, si el destinatario debía abonar los costos del transporte, y el transportista no los reclamó y entregó las

cosas, no tendrá acción para el cobro contra el cargador, aunque mantendrá la acción contra el destinatario.

b) Responsabilidad por la entrega de las cosas

El transportista debe entregar los bienes al destinatario sin más pérdidas o deterioros que los ya existentes o los derivados de la propia cosa (art. 1312); tal sería el caso de la pérdida de peso de animales transportados. Pero el transportista responderá por las disminuciones que excedan la pérdida natural, y por toda otra disminución que el cargador o el destinatario prueben que no ha ocurrido por la naturaleza de la cosa o que —por las circunstancias del caso— no pudo alcanzar la magnitud comprobada.

La regla es, por lo tanto, que el transportista responde por los daños sufridos por la cosa transportada, a menos que tal daño se deba a un vicio propio de ella (art. 1286, párr. 2º).

La norma citada dispone, antes, que el transportista de cosas excusa su responsabilidad probando la causa ajena, lo cual debe ser interpretado en el contexto del artículo 1722, lo que implica que, en verdad, esa causa ajena está dada por la culpa del damnificado, el caso fortuito y el hecho del tercero por quien no deba responder (arts. 1729 a 1731).

El buen estado de las cosas y su adecuado embalaje se presume (art. 1306), y es el transportista el que debe efectuar las reservas del caso para eximirse de responsabilidad.

El porteador puede además, en los casos de transporte de animales o de cosas mal embaladas, frágiles, o que requieran un cuidado especial, limitar su responsabilidad a la pérdida parcial o total de dichos bienes en caso de que obrare con negligencia (art. 1310). Esta limitación debe hacerse en un instrumento separado de la carta de porte o guía, o del contrato de transporte en sí mismo, y no puede ser una cláusula general del mismo. Toda otra limitación de la responsabilidad será nula si el transportista se dedica a ello como actividad profesional (artículo 1313).

Finalmente, si se trata de un supuesto de transportes sucesivos o combinados a ejecutar por varios transportistas, se aplican los principios enunciados más arriba (nro. 891), esto es que cada uno de ellos responde por los daños producidos durante su propio recorrido. Y si el transporte es asumido por varios transportistas en un único contrato, o no se puede determinar dónde ocurrió el daño, todos ellos responden solidariamente sin perjuicio de las acciones de reintegro (art. 1287).

c) Cuantificación del daño

El daño a reparar, en caso de pérdida o menoscabo de las cosas transportadas, es el del valor que ellas tendrían al momento de ser entregadas al destinatario (art. 1311).

899. Responsabilidad del cargador

El artículo 1316 es claro en establecer que el transportista conserva el derecho al cobro del precio por el transporte —o a una proporción de éste—, con más el reembolso de los gastos efectuados para cumplir con el contrato, si éste no se puede efectuar por hechos del cargador, del portador del segundo ejemplar de la carta de porte, la guía, o el destinatario. En este sentido, entendemos que si la responsabilidad de la inejecución es causada por el destinatario, el cargador será responsable frente al transportista con sustento en la teoría de la conexidad contractual, sin perjuicio de las acciones de regreso pertinentes.

§ 4.— Extinción del contrato

900. Extinción del contrato

El contrato de transporte de cosas se extingue por: a) la entrega de las cosas al destinatario, b) por la imposibilidad de continuar con el transporte y la venta de las cosas en el supuesto del artículo 1307, c) por la entrega de las cosas a otro transportista para que continúe con el transporte.

a) Entrega de las cosas al destinatario

Tanto el destinatario como el transportista tienen el derecho recíproco de exigirse la revisión de las cosas antes de la entrega (art. 1314). Si existen averías o deterioros en las cosas, se aplicará lo que ya hemos señalado respecto de la responsabilidad del transportista. A su vez, el destinatario puede rehusarse a realizar la revisión requerida por el porteador; en este caso, el transportista queda liberado de toda responsabilidad, excepto que haya obrado con dolo.

Una vez recibidas las cosas por el destinatario y abonadas las sumas debidas al transportista, quedan extinguidas las acciones derivadas del contrato de transporte, excepto aquellas derivadas del dolo de las partes. A su vez, el destinatario tendrá cinco días a contar desde la recepción para detectar daños en las cosas no reconocibles al momento de la entrega y efectuar el reclamo al porteador, siendo éste un plazo de caducidad, luego del cual no se podrá ejercer reclamación alguna (art. 1315).

b) Imposibilidad de continuar con el transporte y venta de las cosas. Remisión

Nos remitimos a lo dicho en el número 897.

c) Entrega de las cosas a un tercer transportista

Si el transportista no acepta que en la carta de porte figure un destino distinto que el del nuevo transportista, sus obligaciones concluyen entregando la cosa al nuevo transportista. Si está a su cargo la contratación del nuevo transportista, solo responderá en caso de negligencia en la contratación (art. 1317). Asimismo, los transportistas sucesivos tienen derecho a hacer figurar en la carta de porte (o en un documento separado) el estado de entrega de las cosas, y el último de ellos —el que entregue la cosa al destinatario— será el representante de sus antecesores para el cobro de sus créditos y el ejercicio de las acciones respecto de la carga (art. 1318).

§ 1.— Cuestiones generales

901. Metodología

El Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) legisla en forma separada la representación del mandato, por lo cual es necesario tener en claro qué significa cada una y la relación que puede existir entre ambos institutos. El apoderamiento como tal se lo contempla junto con la representación.

El Código de Vélez Sarsfield trataba conjuntamente mandato, representación y apoderamiento, sin distinción alguna, lo cual respondía al modelo legislativo vigente al tiempo de su sanción.

La diferencia en este punto entre un sistema legislativo y otro es relevante desde que la representación ha sido desarrollada en el Libro Primero (Parte general), título IV (Hechos y actos jurídicos), capítulo 8, artículos 358 a 381. Ello significa que su regulación es aplicable a todos los hechos y actos jurídicos, sin perjuicio de disposiciones especiales previstas para aspectos específicos, como lo son la representación legal de incapaces (arts. 26, 100, 677) y la orgánica (arts. 158, 170, inc. h)); esta última propia de las personas jurídicas en general y las sociedades en particular (arts. 58, 128, 136, 143, 157, 268, ley 19.550).

El nuevo criterio legislativo está en línea con las recomendaciones efectuadas en diversos encuentros de derecho civil, el derecho extranjero (los Principios de Unidroit, el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos —Academia de Pavía—, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos —comisión dirigida por LANDO y BEALE—) y los anteriores proyectos de Código (BIBILONI, LLAMBÍAS, y los de los años 1987, 1993 y 1998).

Ya sea que se trate de mandato con o sin representación, es necesario tener presente que el Código considera como única representación verdadera y propia aquella que requiere la *contemplatio domini*. Esto importa la manifestación o la conciencia, tanto para el representante como para el tercero con quien realiza el acto jurídico, que el asunto del cual se trata no es del representante, sino de aquel por quien él actúa. La singular importancia que esto tiene es que el representante solo se desempeña como tal sin que, en principio, pretenda quedar vinculado en forma personal por el acto que realiza por su representado. Ello se aprecia con claridad en el artículo 366, en tanto prescribe que *cuando un representante actúa dentro del marco de su poder, sus actos obligan directamente al representado y a los terceros. El representante no queda obligado para con los terceros, excepto que haya garantizado de algún modo el negocio*.

Sin perjuicio de ello la *contemplatio domini* puede ser expresa o tácita. La primera tiene lugar cuando el representante manifiesta que actúa en nombre de otro, más allá de que pueda o no individualizarse al representado. La tácita es la que resulta de las circunstancias del caso por hechos concluyentes.

902. Relación entre los conceptos de mandato y representación

Hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra (art. 1319). La persona que se obliga a realizar los actos se denomina mandatario y aquella en cuyo interés los hará será el mandante.

La definición legal de mandato se sustenta en su esencia, en que es la actuación de una persona en interés de otra. Esta actuación puede hacerse de dos formas diferentes. Una de ellas, la más frecuente, es en nombre del mandante, representándolo, de modo

que al gestionar un acto por el mandante, el tercero sabe que se vincula con este último y no con el mandatario. Esta modalidad es el mandato con representación.

Otra diversa es el mandato sin representación, en el cual, si bien el mandatario también actúa en interés del mandante, frente al tercero lo hace en nombre propio, como si el negocio le perteneciera a él; el tercero desconoce la existencia del referido mandato, al menos en lo que al acto celebrado se refiere.

La representación voluntaria puede conferirse mediante un contrato de mandato, pero no todo mandato confiere representación. Esta hace al modo en que se ejerce el mandato y a los efectos que produce.

Como regla, los actos jurídicos entre vivos pueden celebrarse por medio de representante (art. 358), lo que trae como consecuencia que *los actos celebrados por el representante en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento, producen efecto directamente para el representado* (art. 359; en igual sentido, art. 366).

Se advierte con claridad que la representación es un medio para la celebración de un acto jurídico, que puede originarse en una disposición legal, en la voluntad de quien la otorga o resultar de un régimen orgánico propio de las personas jurídicas (art. 358).

El Código no brinda una definición de representación, pero podemos afirmar que es la actuación de una persona en interés de otra, a la cual sustituye en uno o más actos jurídicos y se la admite o es impuesta, según el caso, por razones de interés general. Se dice que la actuación del representante es *alieno nomine*, es decir, por cuenta ajena.

En principio todos los actos jurídicos pueden realizarse por medio de un representante; por excepción la ley exige que algunos de ellos sean otorgados en forma personal por el titular del derecho, tal como ocurre con el matrimonio (art. 418). En tal sentido el artículo 358 prescribe que *Los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, excepto en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho. La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica. En las relaciones de familia la representación se rige, en subsidio, por las disposiciones de este Capítulo* (cap. 8).

Se advierte que se contemplan diversas formas de representación: a) la voluntaria, que tiene lugar por voluntad de una persona que instituye a otra como representante, para uno o más actos y a tal efecto le confiere un poder para actuar en su nombre; b) la legal, que comprende la de los padres respecto de sus hijos menores, cuando ejercen la responsabilidad parental (arts. 677 y ss.); la de los tutores y los curadores (arts. 100 y ss.); y la de algunos funcionarios públicos, como ocurre con los asesores o defensores de menores y de ausentes; c) la orgánica, de aplicación a los supuestos de las personas jurídicas (arts. 141 y ss.) las cuales actúan por medio de sus órganos.

Los actos celebrados por el representante en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento, producen efecto directamente para el representado (art. 359). Esto responde al principio de heteroeficacia, por el cual los efectos del acto no recaen sobre la persona del representante sino del representado y ello de modo directo. Esto es así, en tanto lo actuado lo sea dentro de las facultades conferidas, ya sea por la ley o por el acto que instituyó la representación.

El Código regula diversos aspectos de la representación, tales como sus alcances, clases, obligaciones, modos de extinción, entre otros. En cuanto aquí interesa, deben tenerse presente las disposiciones correspondientes a la representación voluntaria, la cual *comprende sólo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo. Los límites de la representación, su extinción, y las instrucciones que el representado dio a su representante, son oponibles a terceros si éstos han tomado conocimiento de tales circunstancias, o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión* (art. 362).

En lo referente a la forma (art. 363), capacidad de la partes (art. 364), vicios del acto celebrado en representación (art. 365), imputación de la actuación (art. 366), representación aparente (art. 367), actos consigo mismo (art. 368), ratificación, su oportunidad y manifestación (arts. 369, 370 y 371), obligaciones y deberes del representante (art. 372), obligaciones y deberes del representado (art. 373), copia (art. 374), poder conferido en términos generales y facultades expresas (art. 375), responsabilidad por inexistencia o exceso en la representación (art. 376), sustitución (art. 377), pluralidad de representantes (art. 378), apoderamiento plural (art. 379), extinción (art. 380) y oponibilidad a terceros (art. 381) su profundización corresponde al estudio de la parte general del Código, sin perjuicio de lo cual haremos la consideraciones que resulten adecuadas para la comprensión del mandato con representación.

903. Antecedentes históricos

En el derecho romano el mandato era un contrato en virtud del cual una persona se comprometía a realizar gratuitamente una cosa a favor de otra. El carácter esencial del contrato era su gratuidad; desde el momento en que había un salario estipulado, dejaba ser mandato. El mandatario solo tenía derecho a que le reembolsaran los gastos que había realizado.

En el derecho romano primitivo no se conocía la idea de la representación. La persona que actuaba para otro adquiría para sí los derechos y luego los transfería al mandante. Este procedimiento no solo era largo y complicado, pues exigía dos operaciones sucesivas, sino que suponía el peligro de que la persona que actuaba en beneficio de la otra cayera en insolvencia en el intervalo que corría entre la celebración de los dos actos, con lo cual el mandante quedaba privado de sus derechos. Se ideó entonces el expediente de las *acciones útiles*. La segunda operación se consideraba subentendida en el acto y sin necesidad de que aquella se llevara a cabo efectivamente, el interesado tenía las acciones útiles fundadas en la equidad, que le permitían obtener de la contraparte el cumplimiento de sus obligaciones. De ahí a la idea de la representación no hay sino un paso.

904. Caracteres

El mandato es un contrato cuya finalidad es la colaboración, dado que se lo celebra para que por su intermedio se realicen otros actos jurídicos, colaborando así con las actividades del mandante.

Se caracteriza por ser bilateral, normalmente es no formal y, por regla, es oneroso. También se ha dicho que es preparatorio ya que hace posible la conclusión de los actos jurídicos que se encargan por su intermedio.

905. a) Forma

En cuanto a la forma, en principio el mandato no tiene que observar ninguna en particular. No obstante, ella puede resultar impuesta por el acto para el cual se ha otorgado el mandato con representación (art. 363). Vale la aclaración porque en el mandato sin representación el tercero no tiene conocimiento de que existe un mandato, por lo cual la accesión en la forma no cumpliría ninguna finalidad. En otras palabras, si el mandato es sin representación resulta incompatible que se aplique esta disposición, pues ante el tercero el mandatario actúa como si el acto lo hiciera en interés propio. Ello no obsta a que a los fines probatorios entre mandante y mandatario lo aconsejable es que se instrumente por escrito.

Es importante tener en cuenta la relación que en este caso se establece entre el mandato y la representación, porque en virtud de esta última se impone al mandato cierta forma en determinados casos. La cuestión no se limita a los supuestos que resultarían del artículo 1017, más allá del alcance que se pueda dar al inciso c), en tanto

refiere *todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública*, pues en sentido estricto un mandato para realizar una compraventa de un inmueble no sería accesorio de esta, en tanto la precede; lo accesorio requiere de la existencia previa de lo principal. Sin perjuicio de tal observación, lo dispuesto por el artículo 363 tiene como consecuencia que si el mandato se otorga para realizar un acto o actos que se formalizarán por escrito, en ese caso aquel debe tener forma escrita. Ese es el caso del mandato que se confiera para actuación judicial, respecto del cual, el Código Civil y Comercial elimina la exigencia de escritura pública que contenía el Código Civil de Vélez (art. 1184, inc. 7º). De todos modos, al momento subsisten normas procesales locales (v.gr., art. 47, Cód. Proc. Civ. y Com.) que conservan la exigencia de escritura pública para el poder judicial. De todos modos, parte de la jurisprudencia ha resuelto que aquello era correcto a la luz de lo que establecía el Código de Vélez, pero que ahora ya no puede mantenerse tal exigencia. El fundamento de esta línea conceptual radica en que la regulación de los requisitos de validez de los contratos tiene su ámbito legislativo específico, que es el propio de la legislación civil y comercial que en virtud del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso de la Nación. En consecuencia, las provincias no pueden legislar sobre tales aspectos imponiendo otras condiciones al régimen contractual.

906. b) Onerosidad

El Código Civil y Comercial sigue el criterio que tenía el artículo 221 del Código de Comercio derogado en cuanto al carácter oneroso del mandato (art. 1322). Por el contrario, el artículo 1871 del Código Civil de Vélez establecía una presunción de gratuidad, la cual no era absoluta, pues aun sin estar pactada la retribución, si el objeto del mandato eran atribuciones o funciones que por ley se imponían al mandatario o trabajo atinente a su profesión o modo de vivir, debía considerarse oneroso.

En cuanto al modo de retribuir la tarea del mandatario, a falta de acuerdo la remuneración es la que establecen las disposiciones legales o reglamentarias aplicables, o el uso. A falta de ambos, debe ser determinada por el juez (art. 1322).

En este sentido, el citado artículo establece el orden que debe observarse en la determinación de la retribución: primero lo pactado, en segundo lugar las normas positivas aplicables o el uso y, a falta de todo ello, será establecida por vía judicial.

Si se trata del desempeño de la abogacía, corresponde atender a lo dispuesto por las leyes que regulan el ejercicio de la profesión en la respectiva jurisdicción, las que contienen ciertas normas de orden público y por lo tanto, no disponibles para las partes (v.gr., ley 27.423).

¿Cuándo debe pagarse la retribución? Salvo que se haya pactado en contrario, el mandatario puede exigirla una vez que haya cumplido el mandato, con independencia de que el tercero, con el cual contrató, cumpla la prestación debida.

La retribución es debida al mandatario cualquiera que sea el resultado de su gestión, salvo pacto en contrario. Ello sin perjuicio de que si ella se hubiera fijado en un porcentaje sobre el provecho resultante para el mandante, el resultado influirá de modo directo sobre su monto.

En el caso en que el mandatario no haya cumplido la gestión, carece de derecho a la retribución, aunque fuera impedido por una razón de fuerza mayor que no sea el hecho del propio mandante.

Si se presenta un conflicto de intereses, y a raíz de ello el mandatario obtiene un beneficio personal no autorizado por el mandante, pierde su derecho a la retribución (art. 1325). Por otra parte, si el mandato se extingue sin culpa del mandatario, éste tiene derecho a la retribución proporcional al servicio cumplido (art. 1328, inc. d).

907. Actos que pueden realizarse por mandato

Como principio general, todos los actos jurídicos pueden celebrarse por medio de un mandatario, con excepción de aquellos para los cuales la ley exige que sean otorgados en forma personal por el interesado. Ejemplo de actos que no pueden ser realizados por mandatario son los de contraer matrimonio (arts. 418 y 422) o hacer testamento (art. 2465).

§ 2.— Elementos del contrato

908. Sujetos

Tanto las personas humanas (arts. 22 y ss.) como las jurídicas (arts. 141 y ss.; art. 2º, ley 19.550) tienen la posibilidad de celebrar contrato de mandato y de ser mandantes o mandatarias. En cuanto a las personas jurídicas, debe aclararse que el mandato solo puede otorgarse para posibilitar el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación. Además, si la persona jurídica es mandante, el mandato debe ser conferido por quien ejerza su representación legal, conforme a las normas que regulen su existencia y funcionamiento (art. 158).

909. Consentimiento

El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella (art. 1319, párr. 2º).

El Código establece, por lo tanto, que el mandato puede ser conferido de modo expreso o tácito.

En general, el consentimiento en el mandato no queda plasmado en un único acto, a modo de declaración de voluntad común, como ocurre en otros contratos. Sin embargo, no hay impedimento para ello. Lo habitual es que se exteriorice de modo expreso por medio de un acto en el cual el mandante otorga el apoderamiento y ello es aceptado por el mandatario en forma tácita mediante el efectivo ejercicio de las facultades recibidas. Es el caso de aceptación tácita.

No solo la aceptación puede darse de modo tácito sino el mandato en sí. En efecto, el Código dispone que esto ocurre cuando una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo. Es una aplicación en particular de los principios en materia de manifestación de la voluntad (arts. 262, 263 y 264).

Nada de ello incide en la formación del consentimiento, el cual habitualmente precede en forma verbal al acto en el cual queda plasmado el mandato, por cuanto nadie faculta a otra persona (para que esta actúe en interés de aquel) porque sí, a la espera de que el mandatario lo acepte o no; esta realidad no puede ser desconocida al momento de analizar esta institución. Así, a modo de ejemplo, se puede decir que es habitual que una persona, luego de consultar un caso judicial con un abogado, acuerde que le conferirá un mandato para el mejor ejercicio de las tareas encomendadas. Luego, ese día u otro después, se instrumenta por escrito, lo cual aparecerá como manifestación unilateral, pero que en verdad tiene por causa un acuerdo bilateral previo.

Otra cuestión es la representación aparente legislada en el artículo 367. En este supuesto la apariencia no está referida al mandato en sí mismo, sino al poder de representación. La situación implica que el tercero entiende que se encuentra tratando

con un representante cuando en verdad no lo es. En este supuesto, el papel del representado es decisivo, pues determina la creación de la apariencia. Ya sea con sus actos, ya sea por omisiones, contribuye a generar un escenario en el cual el tercero puede creer razonablemente que está interactuando con un representante. Ante la pasividad del representado, consciente de ello, se equipara al representante aparente con un verdadero representante; se entiende que ha otorgado tácitamente poder suficiente (art. 367). Es un supuesto en el cual debe estarse a la apariencia, en protección de los terceros de buena fe.

El mandato tácito tampoco debe confundirse con la gestión de negocios, prevista por el Código Civil y Comercial en el Libro Tercero (Derechos personales), título V (Otras fuentes de las obligaciones), capítulo 2, artículos 1781 a 1790, ni mucho menos con el empleo útil (art. 1791).

Las diferencias que pueden señalarse entre la gestión de negocios y el mandato son las siguientes: i) en cuanto al acto jurídico en sí, la gestión es un acto unilateral en tanto el mandato es bilateral y de fuente contractual; ii) la gestión de negocios puede tener por objeto actos materiales o jurídicos, en cambio en el mandato solo se admite como tal un acto jurídico; iii) la gestión debe consistir en realizar un acto útil en beneficio del gestionado; iv) la gestión la realiza el gestor por propia iniciativa, sin mediar encomienda alguna del gestionado.

910. Capacidad

Con relación al mandante, si el mandato tiene por objeto actos de administración, basta con que tenga capacidad para administrar sus bienes; en cambio, si tiene por objeto actos de disposición, se requiere que el mandante tenga capacidad para disponer. Si bien, hoy en día, los recaudos de tales capacidades son sustancialmente iguales, quedan casos en los que se mantiene la diferencia, como ocurre con los emancipados, quienes pueden administrar libremente sus bienes pero tienen restricciones para disponerlos (arts. 27, 28 y 29).

Algo más compleja es la situación del mandatario.

El mandato puede ser conferido a una persona incapaz, pero ésta puede oponer la nulidad del contrato si es demandado por inejecución de las obligaciones o por rendición de cuentas, excepto la acción de restitución de lo que se ha convertido en provecho suyo (art. 1323).

La incidencia de la incapacidad del mandatario puede ser analizada desde dos perspectivas; una en su relación con el mandante y otra referida a los efectos que produce entre éste y el tercero.

En el caso de que el mandato haya sido otorgado a un incapaz, ello no afecta la validez de los actos que el mandatario celebre con el tercero. El fundamento radica en que en el mandato (cuando es con representación) la vinculación tiene lugar entre el mandante y el tercero, por lo cual la capacidad del mandatario no tiene, en principio, relevancia. No obstante lo establecido en ese sentido por el artículo 1323, la situación solo parece factible en temas de poca entidad, pues no es razonable encomendar a alguien la realización de negocios cuya comprensión excede sus posibilidades. Es una figura de posible aplicación en relaciones familiares o de similar confianza, imaginable en orden a actos jurídicos simples; sin embargo, el precepto no contiene límites, por lo que puede darse en otras situaciones.

La validez del vínculo concertado por el mandatario no podrá ser cuestionada ni por el mandante ni por el tercero, quienes quedarán obligados en los términos de lo pactado.

En cuanto al mandatario, en su relación con el mandante, podrá invocar la nulidad del contrato si fuera demandado por inejecución de las obligaciones o por rendición de cuentas. El mandatario solo estará obligado a restituir aquello que haya resultado en su

provecho (art. 1323), lo cual resulta concordante con el principio general en materia de nulidad del contrato por incapacidad de una de las partes (art. 1000).

La regla por la cual los incapaces pueden ser mandatarios tiene una larga tradición jurídica, y se explica porque como el mandatario, cuando obra con representación, lo hace en nombre del mandante, el acto se reputa ejecutado por éste, quien debe tener la capacidad requerida por la ley para el acto del cual se trate.

Por ello cuando el poder ha sido otorgado a favor de un incapaz, el mandante está obligado por todos los efectos de la ejecución del mandato, tanto respecto del mandatario como de los terceros con los cuales éste hubiera contratado. Esto significa que la ley autoriza a las personas capaces a valerse de un mandatario incapaz, pero deben hacerlo a su propio riesgo.

En lo que se refiere a que el mandatario no puede ser demandado por incumplimiento de las obligaciones, es necesario considerar dos cuestiones. La primera vinculada con las obligaciones del mandatario hacia su mandante, la cual se encuentra alcanzada por los términos del artículo 1323, como ya hemos visto. La segunda se configura cuando el mandatario incapaz actuase sin representación, en cuyo caso lo hace en interés del mandante pero en nombre propio (art. 1321). Este caso está regido por el artículo 388 que dispone que la nulidad relativa solo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece; y, excepcionalmente, puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Con otras palabras, el mandatario incapaz puede alegar la nulidad del acto jurídico, pero el tercero solamente lo podrá hacer si fuera de buena fe y hubiera experimentado un perjuicio importante.

911. Objeto

El objeto del contrato se rige por las reglas generales para todos los contratos (arts. 1003 y ss.). Consiste en que el mandatario realice uno o más actos jurídicos en interés del mandante, con la vasta extensión que el concepto de estos últimos implica (*acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas*, art. 259). No se encuentran comprendidos como objeto del mandato el encargo de realizar actos materiales; ellos se rigen por las normas correspondientes a los contratos de servicios, de obra o de trabajo, entre otros, según la clase de actos materiales a realizar. Pese a ello, el mandato no pierde su naturaleza de tal por la circunstancia que el mandatario se obligue a ciertas prestaciones que no sean propiamente actos jurídicos, en tanto sean accesorias y subordinadas a la principal.

A su vez, cada mandato tendrá un contenido diverso en orden a la finalidad con la cual se lo haya conferido. Así, podrá ser otorgado a favor de un abogado para que represente al mandante en un juicio (poder especial) o en cualquier clase de juicios (poder general); o a favor de otra persona para administrar uno o más bienes, para venderlos, para comprar otros, etcétera.

También habrá que tener en cuenta que hay actos jurídicos que no pueden celebrarse a través de mandatario. Así, por ejemplo, la facultad para testar es indelegable (art. 2465). Tampoco se puede contraer matrimonio por mandatario; si dos personas que están domiciliadas en lugares lejanos uno de otro quieren casarse, deberán cumplir con los recaudos del llamado matrimonio a distancia (art. 422).

912. Mandato con representación

Cuando se trata de un mandato conferido con representación, es decir, en aquellos casos en que el mandatario lo hace en nombre del mandante, son de aplicación los artículos 362 y siguientes (art. 1320). La disposición es lógica por cuanto la representación tiene sus normas propias que no pueden ser ajenas a esta clase de mandato, pues aquella (la representación) está en su naturaleza, a diferencia de lo que ocurre en el mandato sin representación.

Una cuestión relevante es que, aun cuando el mandato no confiera poder de representación, las disposiciones que regulan a esta última se aplican a las relaciones entre mandante y mandatario, salvo aquellas que resulten modificadas en el capítulo 8, que regula el contrato de mandato (art. 1320, párr. 2º).

Sin perjuicio de la diferencia entre representación y mandato, lo cierto es que la mayor parte de los mandatos se confieren con representación, salvo cuando la intervención del mandante en el negocio se quiere ocultar ante terceros, circunstancia en la cual habrá que prestar especial atención a que, por medio de tal proceder, no se pretenda burlar derechos de terceros, como ocurre en ciertos supuestos de ocultamiento de bienes para que no queden comprendidos dentro de la sociedad conyugal o en fraude de acreedores, en particular el Fisco o los controles de lavado de dinero. En cualquiera de los dos supuestos (sea el mandato con representación, sea sin representación), el mandatario actúa en interés del mandante. Cuando ha sido otorgado con representación, el mandatario actúa, asimismo, en nombre del mandante, de modo tal que el tercero sabe que establece el vínculo jurídico con este último. En cambio, si no hay representación, el tercero no establece ningún vínculo con el mandante, sino que toda su relación jurídica queda circunscripta a él y al mandatario, cuya condición de tal debe ignorar.

913. Mandato sin representación

La diferencia entre el mandato con representación o sin ella se configura en dos aspectos: a) En el primer caso la actuación del mandatario es en nombre y por cuenta del mandante; en el segundo obra en nombre propio aunque en interés del mandante. b) El nexo obligacional, correspondiente al acto para el cual se extendió el mandato, en el primer supuesto tiene lugar entre el mandante y el tercero (art. 359), en tanto en el segundo es entre el tercero y el mandatario. En virtud de ello, si el mandante no otorga poder de representación, el mandatario actúa en nombre propio pero en interés del mandante, quien no queda obligado directamente respecto del tercero, ni éste respecto del mandante (art. 1321). En este caso la percepción del tercero es que el mandatario no actúa como tal sino por sí y en su propio interés; se desconoce la existencia del mandato.

Cabe añadir que en los artículos 1335 a 1344 se regula el contrato de consignación al cual se lo define como un mandato sin representación para la venta de cosas muebles, y que las normas del mandato son de aplicación supletoria al contrato mencionado (art. 1335, *in fine*).

914. Subrogación

No obstante lo señalado en el punto precedente, el Código establece que tanto el mandante como el tercero pueden subrogarse en los derechos del mandatario que ha actuado sin representación; la previsión parece razonable, pues en definitiva son respectivamente titulares de intereses propios (art. 1321, 2ª parte). Por lógica, para que pueda tener lugar tal subrogación, resulta condición indispensable que, con posterioridad a la celebración del acto, el tercero tome conocimiento que la persona con la cual contrató no lo hacía en interés propio sino de otra que era su mandante.

Si el tercero ignora que su contraparte es un mandatario, por ser un mandato sin representación, el mandatario no se puede excepcionar ante aquel invocando su

carácter de tal. En tanto se exteriorice esa situación, el mencionado tercero podrá actuar en forma indistinta contra ambos.

§ 4.— Deberes del mandatario

915. Obligaciones del mandatario

Es necesario analizar los diversos aspectos que hacen a la relación interna que se establece entre mandante y mandatario, como partes del contrato de mandato. Sin perjuicio del respeto al principio de la autonomía de la voluntad, el Código Civil y Comercial (arts. 1324, 1325, 1327 y 1328) mantiene las obligaciones que contemplaba el Código Civil de Vélez. Además, cuando el mandato es con representación, el mandatario deberá observar también lo dispuesto por los artículos 362 y siguientes (art. 1320), en especial el artículo 372.

El detalle de las obligaciones contenidas en los artículos 372 y 1324 coinciden parcialmente. Ambas normas están ordenadas a la preservación de los intereses del mandante, los que han de primar en todo momento.

Como pauta general de actuación, el mandatario debe observar una conducta que preserve los derechos del mandante, con especial cuidado para no generarle ningún daño. Tiene el deber de actuar de la mejor forma posible, para que los actos que realice en ejercicio del mandato sean del mayor provecho para su mandante.

El desempeño del mandatario presenta dos aspectos, que constituyen una regla de oro: hacer todo lo conducente al buen resultado del mandato y abstenerse de todo aquello que pudiera perjudicarlo.

Esto significa que el mandatario ha de cumplir las obligaciones a su cargo en los términos en que se haya obligado con el mandante; respetará los principios generales del Código y, en su caso, los que impongan la contratación o los actos que esté realizando en ejercicio del mandato, de conformidad con la naturaleza del negocio que constituya el objeto del mandato. En todo momento debe observar la buena fe (arts. 9º, 729, 961 y 1061).

Para el buen desempeño debe cumplir las instrucciones que hubiere recibido del mandante. Este desempeño implica tener en cuenta dos parámetros. Uno subjetivo, que es el actuar como lo haría con los negocios propios; otro objetivo, configurado por el deber de observar las reglas de su profesión o bien los usos del lugar de ejecución, según sea el caso (art. 1324, inc. a).

Cuando los representantes lo hacen en forma profesional, lo normal es que sean ellos quienes a su vez aconsejen a su mandante sobre cómo proceder, en orden al mejor provecho de lo encomendado, debiendo luego ajustarse a las instrucciones que reciba de aquel.

El ejercicio profesional del mandato lleva a lo que se ha denominado "mandatarios-empresarios"; en tales casos la voluntad del mandante aparece desdibujada, porque es el profesional quien por su conocimiento orienta la ejecución del mandato.

También se presenta el caso en el cual se dan las instrucciones propias del mandato con motivo de otra contratación, que es un contrato marco, en el que constan las instrucciones al mandatario. Estas se hallan predispuestas por el mandatario, incluso en formularios a los cuales se encomienda, por ejemplo, a un banco a contratar un seguro de vida con motivo de un préstamo; o con una entidad emisora de tarjeta de crédito por

el mismo concepto. Desde ya que estas instrucciones deberán observar las normas del derecho del consumidor, contenidas en los artículos 1092 a 1122, en la ley 24.240 (y sus modificatorias), como así también lo dispuesto por los artículos 984 a 989, referidos a contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

La aplicación de las normas de defensa del consumidor implica, con carácter inderogable, que cuando el mandato es otorgado por adhesión a cláusulas generales predispuestas por el mandatario y más allá de lo indicado en el respectivo formulario, no tendrán validez las que sean liberatorias de su responsabilidad, y la interpretación siempre lo será en la forma más favorable al consumidor (arts. 985, 986, 987, 988, 989, 1094, 1095, 1117 a 1122).

La responsabilidad del mandatario frente al mandante reviste carácter subjetivo, pues se sustenta en la culpa o en el dolo en que haya incurrido en su obrar (arts. 1721 y 1724). Sin embargo, cuando la relación entre mandante y mandatario sea de consumo, en los términos de los artículos 1092 y 1093 y normas concordantes de la Ley de Defensa del Consumidor, la responsabilidad del mandatario, como proveedor del servicio, será de carácter objetivo (art. 40, ley 24.240).

En cualquiera de ambos supuestos, el incumplimiento del mandatario a sus obligaciones, ya sea por culpa o por dolo, o eventualmente con base objetiva según lo arriba señalado, provoca el deber de resarcir los daños que haya ocasionado al mandante.

El buen cumplimiento del ejercicio del mandato impone al mandatario diversas obligaciones de hacer y de no hacer, las que analizaremos a continuación.

916. a) Empeño en el ejercicio

Es una obligación esencial impuesta al mandatario, la de cumplir los actos comprendidos en el mandato, conforme a las instrucciones dadas por el mandante y a la naturaleza del negocio que constituye su objeto, con el cuidado que pondría en los asuntos propios o, en su caso, el exigido por las reglas de su profesión, o por los usos del lugar de ejecución (art. 1324, inc. a)). Tal cumplimiento debe serlo con observancia de las instrucciones recibidas, en lugar y tiempo propios, al negocio que constituye el objeto del mandato. Ha de circunscribirse a los límites del encargo, con el esmero que pondría en sus propios negocios y en su caso según las exigencias que establezca el ejercicio de la respectiva profesión.

También debe llevar a cabo todos aquellos actos que, aunque no se hubieran previsto en forma expresa sean esenciales para el cumplimiento del mandato.

Debe obrar con diligencia y discreción, preservando el interés del mandante lo mejor que sepa y pueda. Ha de ajustarse no solo a los límites aparentes del mandato originario, sino también a las instrucciones reservadas, si las hubiere.

917. b) Circunstancias sobrevinientes

En caso de surgir cualquier circunstancia sobreviniente que razonablemente aconseje apartarse de las instrucciones recibidas, debe dar aviso inmediato al mandante requiriéndole nuevas instrucciones o la ratificación de las anteriores; asimismo debe adoptar las medidas que sean indispensables en protección de los intereses de aquel (art. 1324, inc. b)).

En este precepto se contempla cualquier circunstancia que sobrevenga a las instrucciones recibidas que, analizadas de modo razonable, aconsejen apartarse de aquellas. Si esto ocurriera, el mandatario, además de informarlo de inmediato al mandante, debe requerirle nuevas instrucciones o bien que aquellas le sean confirmadas. Sin perjuicio de ello, debe adoptar las medidas indispensables y urgentes que las mencionadas circunstancias exijan en orden a la adecuada protección de los intereses del mandante. La comunicación podrá realizarla por cualquier medio, en virtud

del principio general sobre libertad de formas que establece el artículo 284, en cuanto a la exteriorización de la voluntad. Pese a ello, será conveniente que el mandatario adopte la vía que resulte pertinente para su ulterior prueba, en previsión de que se suscite un conflicto con el mandante.

918. c) Conflicto de intereses

La conducta que debe observar el mandatario, regida por la buena fe, impide, en principio, que el mandato subsista cuando los intereses de las partes sean incompatibles. Por ello debe informar sin demora al mandante de todo conflicto de intereses y de toda otra circunstancia que pueda motivar la modificación o la revocación del mandato (art. 1324, inc. c)). El fundamento y razón de este criterio es la posibilidad cierta de que se genere un peligro para el mandante con motivo de la actuación de su mandatario. El mandante, así informado, podrá adoptar el criterio que estime más conveniente a sus intereses y disponer lo adecuado en relación al mandato conferido. Ínterin, el mandatario debe hacer primar los intereses del mandante por sobre los suyos o bien renunciar. Si en el desempeño del cargo obtuviere un beneficio no autorizado por el mandante, pierde el derecho a la retribución (art. 1325).

919. d) Reserva

El mandatario tiene la obligación de mantener reserva, es decir, conservar en secreto toda la información que adquiera con motivo del mandato que, por su naturaleza o circunstancias, no está destinada a ser divulgada (art. 1324, inc. d)). La información que adquiera con motivo del mandato debe ponerla a disposición del mandante. La reserva no rige cuando la información ha sido obtenida para ser divulgada, pues en tal caso no hacer esto último implicaría un incumplimiento del mandato.

Se trata de obligaciones que derivan del deber de fidelidad, lealtad y reserva contemplado para el representante en el artículo 372, inciso a), pero que resultan de ineludible aplicación a todo mandato.

920. e) Recepción de valores. Información. Exhibición de documentos

El mandatario debe dar aviso al mandante de todo valor que haya recibido en razón del mandato, y ponerlo a disposición de aquel (art. 1324, inc. e)); entregarle las ganancias derivadas del negocio, con los intereses moratorios, de las sumas de dinero que haya utilizado en provecho propio (art. 1324, inc. g)); informar en cualquier momento, a requerimiento del mandante, sobre la ejecución del mandato (art. 1324, inc. h)); exhibir al mandante toda la documentación relacionada con la gestión encomendada y entregarle la que corresponde según las circunstancias (art. 1324, inc. i)).

La información que el mandatario debe brindar al mandante tiene que ser clara y precisa; debe comprender todo lo que haya recibido en virtud del ejercicio del mandato; comprende documentación de todo tipo, valores, dinero, las ganancias o cualquier otro efecto. Esta obligación encuentra sustento en que el mandante es el titular del negocio que ha encomendado al mandatario.

El deber no se agota con la información en sí misma, sino que se integra con la puesta a disposición del mandante de todo aquello que el mandatario hubiera recibido, procediendo a su custodia y conservación hasta que se realice la entrega a aquel. A su vez, la entrega comprende todo lo que hubiese recibido del mandante y asimismo de terceros; respecto de estos, claro está, en cuanto lo recibido lo sea con motivo del mandato. La devolución no comprende lo recibido del mandante que se haya consumido para el cumplimiento del mandato.

Si lo recibido de un tercero lo fuese sin causa, el mandatario puede restituirlo a aquella persona de quien lo recibió, pues ello no genera perjuicio al mandante desde que éste carece de derecho a la cosa. Siempre limitado a este último supuesto, la ausencia de

daño obsta al reclamo por el mandante. Claro está que la prueba sobre la ausencia de causa, por ende de derecho del mandante, será una carga del mandatario.

El mandatario no está obligado a entregar las instrucciones que haya recibido del mandante, pues ello es para el mandatario la prueba relativa a cómo ha desempeñado el mandato.

Si lo que se debe restituir son sumas de dinero y el mandatario las usara en su provecho, sin autorización del mandante, deberá abonarle los correspondientes intereses moratorios. En razón de que el mandatario ha lucrado en beneficio propio con dinero del mandante, no estando facultado para ello, sería justo que los intereses los debiera desde que los aplicó de tal modo. Pese a ello, el Código se refiere a intereses *moratorios*, por lo cual, más allá de la fecha en que el mandatario los hubiese aplicado, solo los deberá desde que se encuentre en mora en su entrega (arts. 768, 886 y 887).

El mandatario que ha utilizado el dinero del mandante en provecho, sin estar autorizado a ello, ha incurrido en un incumplimiento a sus obligaciones, por lo cual es pasible de una acción por reparación de los daños que haya causado a su mandante (arts. 1737 y ss.).

Aun no dándose el supuesto de utilización del dinero en provecho propio, la omisión de su oportuna restitución confiere al mandante el derecho a exigir intereses. Sin embargo, en este caso, al no hallarse establecido por el Código en forma expresa el momento en que debe hacerse la entrega de lo principal, entendemos que será necesario constituir en mora al mandatario; ello en tanto no esté previsto el plazo de entrega en el contrato.

En cualquier caso, la obtención de un beneficio no autorizado por el mandante, con motivo del desempeño del cargo, hace perder al mandatario su derecho a la retribución (art. 1325).

921. f) Rendición de cuentas

El mandatario debe rendir cuentas al mandante por el desempeño y el resultado de su mandato; la rendición tendrá lugar en las oportunidades convenidas o al final del mandato (arts. 1324, inc. f], 860, incs. a] y c], y 861). Más allá de la previsión legal no se puede pasar por alto que el mandante es el titular del negocio, por lo cual nada obsta a que pueda exigir en cualquier momento una rendición parcial de las cuentas hasta tal requerimiento, sin que por ello se vea afectada la vigencia del mandato. Esto puede suceder cuando el mandato se refiera a un negocio de ejecución continuada, supuesto en que será exigible también al concluir cada uno de los períodos o al final de cada año calendario, sin perjuicio de la que corresponda a la finalización de aquel (art. 861).

Tampoco obsta la previsión legal al derecho del mandante de requerir información sobre lo encomendado en todo momento.

Para mejor comprensión, recordamos que se entiende por cuenta la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque consista en un acto singular. Su rendición consiste en ponerlas en conocimiento de la persona interesada (art. 858), en este caso del mandante.

La rendición debe realizarse conforme a lo dispuesto por el artículo 859, por lo cual ha de cumplir con los siguientes requisitos: i) ser hecha de modo descriptivo y documentado; ii) incluir las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión; iii) acompañar los comprobantes de los ingresos y de los egresos, excepto que sea de uso no extenderlos, y iv) concordar con los libros que lleve quien las rinda.

La rendición de cuentas puede hacerse en forma privada, pues en el caso la ley no dispone que deba serlo ante un juez (art. 860, párr. final). Está sujeta a la aprobación

del mandante, la cual puede ser expresa o tácita. Es tácita si no es observada en el plazo convenido o en su defecto, en el de treinta días de presentadas en debida forma. Sin embargo, puede ser observada por errores de cálculo o de registración dentro del plazo de caducidad de un año de recibida (art. 862).

En supuestos en que el mandato comprende relaciones de ejecución continuada, si la rendición de cuentas del último período es aprobada, se presume que también lo fueron las rendiciones correspondientes a los periodos anteriores (art. 863).

Salvo estipulación en contrario, las cuentas deben rendirse en el domicilio del mandatario y los gastos que generan son a cargo del mandante (art. 1334).

No existe en el caso del mandato impedimento para que el mandante libere al mandatario de rendir cuentas, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de representación legal en materia de tutela (art. 131) y curatela (art. 138), en las cuales esa obligación es de orden público.

922. g) Prohibición de contratar en provecho propio

En materia de mandato, el Código no reedita la prohibición contenida en el artículo 372, inciso e), que impide al representante —como regla— adquirir por compraventa o actos análogos los bienes de su representado. Sin embargo, tal restricción tiene plena vigencia cuando el mandato es con representación, pues se aplica la norma citada por remisión del artículo 1320. Si el mandato fuera sin representación, y a pesar de que el citado artículo 1320 dispone que *se aplican las disposiciones citadas a las relaciones entre mandante y mandatario, en todo lo que no resulten modificadas en este Capítulo*, no parece haber inconveniente en que el mandatario adquiera un bien de su mandante, pues si bien ha obrado en interés de este último, actuó en nombre propio.

Los artículos 1324, inciso c), 1325 y 372, inciso e), tienen por finalidad preservar los intereses del mandante ante el posible conflicto. Por ello se impone al mandatario el deber de posponer los suyos en la ejecución del mandato, o renunciar.

Como lo hemos mencionado, ante el posible conflicto de intereses, el mandatario debe informar de inmediato al mandante, e ínterin reciba nuevas instrucciones, posponer sus intereses o renunciar al mandato. De todos modos la renuncia no deberá ser intempestiva, pues en tal caso responderá por los daños causados (art. 1332).

Del mismo modo, si el mandato es con representación, *nadie puede, en representación de otro, efectuar consigo mismo un acto jurídico, sea por cuenta propia o de un tercero, sin la autorización del representado. Tampoco puede el representante, sin la conformidad del representado, aplicar fondos o rentas obtenidos en ejercicio de la representación a sus propios negocios, o a los ajenos confiados a su gestión* (art. 368).

Resulta cuestionable que los aspectos atinentes a conflictos de intereses se presenten como diferenciados, porque ya sea que el mandato confiera o no representación, el tratamiento debe ser igual, pues en ambos casos se debe preservar el interés del mandante.

En definitiva, el conflicto de intereses, cualquiera que sea la modalidad del mandato, debe valorarse bajo las normas específicas de los artículos 368, 372, inciso e), 1324, inciso c), y 1325, y las previsiones generales sobre la buena fe (arts. 9º, 729 y 961), ya que esta constituye una directiva general del ordenamiento que debe ser tenida en cuenta por el juez al tiempo de resolver las relaciones entre mandante y mandatario.

No obstante la restricción legal, no puede olvidarse que el mandante puede autorizar expresamente el acto o, llegado el caso, confirmarlo (arts. 944, 958 y 962). Además, recordando que *como regla* el apoderado no puede adquirir bienes de su representado (art. 372, inc. e)) y que lo verdaderamente relevante es que exista conflicto de intereses (art. 1325, párr. 1º), la ausencia de tal conflicto permite al mandatario adquirir bienes del mandante. Sería el caso en que éste faculte al mandatario a vender un automóvil de su

propiedad en la suma de \$ 100.000; no se ve obstáculo alguno en que el mandatario lo compre en esa suma o en una superior.

A modo de sanción, el artículo 1325, segundo párrafo, dispone que si el mandatario, en el desempeño del cargo, obtiene un beneficio no autorizado por el mandante, pierde su derecho a la retribución. Si bien no se aclara, la pérdida podrá ser total o parcial, a criterio del mandante. El concepto de beneficio no se limita a una suma de dinero sino a cualquier ventaja de contenido patrimonial.

§ 5.— Deberes del mandante

923. Obligaciones del mandante

El mandante tiene la obligación de actuar de modo tal que el mandatario no vea obstaculizado su desempeño, pues así lo impone el deber de buena fe. Se genera un deber de colaboración hacia su contraparte, poniendo a su disposición lo que se demande a tal fin. En tal sentido, ha de proveer lo adecuado para que el mandatario pueda afrontar los gastos necesarios, a los fines de cumplir con su cometido, puesto que éste no está obligado a satisfacerlo con su propio peculio. Si se tratase de gastos módicos y el mandatario estuviera en condiciones de hacerlo, su omisión constituiría culpa grave, al igual que si omitiera solicitarlos en tiempo oportuno para que el mandante pueda proveérselos del mismo modo. Para que la omisión de cumplir el mandato pueda excusarse en la falta de provisión de los recursos, parece razonable que medie constitución en mora al mandante.

También debe retribuir la actuación del mandatario, máxime —conforme al artículo 1322— cuando el mandato se presume oneroso.

Asimismo, deberá indemnizar al mandatario en aquellos casos en que el ejercicio del mandato le haya causado un daño, en tanto la causa del perjuicio no le sea imputable (arts. 1721, 1724, 1737, 1739, 1740).

En orden a especificar los referidos deberes, el artículo 1328 dispone que el mandante está obligado: *a) suministrar al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandato y compensarle, en cualquier momento que le sea requerido, todo gasto razonable en que haya incurrido para ese fin; b) indemnizar al mandatario los daños que sufra como consecuencia de la ejecución del mandato, no imputables al propio mandatario; c) liberar al mandatario de las obligaciones asumidas con terceros, proveyéndole de los medios necesarios para ello; d) abonar al mandatario la retribución convenida. Si el mandato se extingue sin culpa del mandatario, debe la parte de la retribución proporcional al servicio cumplido; pero si el mandatario ha recibido un adelanto mayor de lo que le corresponde, el mandante no puede exigir su restitución.*

924. a) La extensión de la indemnidad

Constituye una obligación del mandante mantener al mandatario indemne de todo reclamo formulado por terceros con motivo del ejercicio de su función, como así también de los daños que ello le hubiera ocasionado, siempre que no fuesen imputables al propio mandatario (art. 1328, inc. b)). La reclamación al mandatario por parte del tercero contratante aparece con mayor nitidez en el mandato sin representación porque, como se recordará, allí el tercero entiende haber contratado con aquél y no con el mandante; por lo tanto todo reclamo habrá de dirigirlo a la persona del mandatario. Pero, aun si el

mandato fuera con representación, de igual modo pesa sobre el mandante la obligación de indemnidad (art. 373, inc. d).

El artículo 1328, inciso a), además de establecer que el mandante debe suministrar al mandatario los medios necesarios para ejecutar el mandato, lo obliga a compensar los gastos en que hubiera incurrido el mandatario a tal fin. La norma se refiere a todo gasto razonable, por lo cual aquellos que puedan considerarse excesivos no deben ser reembolsados. Tampoco existe impedimento para cuestionar los gastos cuando el mandante no los considere razonables, solo que pesará sobre él probar tal circunstancia. Quedan excluidos los gastos que se hayan originado con motivo de una actuación reprochable del mandatario.

Puede ocurrir que el mandatario realice una erogación sin que el mandante le hubiera provisto los fondos, en cuyo caso éste deberá afrontar los intereses respectivos, desde que el monto fue pagado, salvo pacto en contrario o que lo imponga la ley para la clase de mandato que se trate.

Para requerir el resarcimiento de los gastos y el correspondiente reembolso, no es necesario esperar la oportunidad de la rendición de cuentas, por cuanto no constituye una obligación que derive de la naturaleza del contrato, que quien actúa por mandato deba financiar los gastos de su mandante.

En materia de indemnidad, se ha seguido el criterio del artículo 1951 del Código Civil de Vélez, el cual establecía la obligación del mandante de liberar al mandatario de las obligaciones que hubiere contraído a su nombre, respecto de terceros, para ejercer el mandato. Este deber puede cumplirse en forma directa para con el tercero o bien proveyéndole al mandatario los fondos o cosas necesarias para exonerarse (art. 1328, inc. c)).

La indemnidad debe ser plena o íntegra (art. 1740), por lo cual comprende no solo la obligación principal asumida por el mandatario para llevar a cabo el mandato, sino también las accesorias. En el mandato sin representación, la obligación de indemnidad adquiere una mayor extensión, por cuanto el mandatario queda más expuesto a las acciones de terceros, en tanto el mandante permanecerá a salvo de ellas, pues el tercero desconoce su existencia como tal.

925. b) El pago de la retribución

El modo y cuantía de la retribución que debe pagar el mandante (art. 1328, inc. d)) será la pactada por las partes, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes de aranceles profesionales que resulten de aplicación al caso. En su defecto podrá recurrirse a la determinación judicial. Puede establecerse una suma determinada de dinero, un porcentaje de la utilidad que produzca el negocio o combinar ambos elementos, sin perjuicio de otras posibilidades.

Si el mandato se extingue sin culpa del mandatario, el mandante debe pagar la parte de la retribución proporcional al servicio cumplido, a menos que las partes hubiesen convenido otra cosa. Asimismo, puede presentarse la situación en la cual al tiempo de extinguirse el mandato, por causa que no sea su agotamiento y sin culpa del mandatario, éste hubiera percibido un adelanto mayor que la parte ejecutada, en cuyo caso el mandante no puede exigirle su restitución (art. 1328, inc. d)).

En cuanto al derecho de retención del mandatario por lo que le sea debido con motivo del mandato, nada obsta a ello en virtud de la previsión genérica de los artículos 2587 y siguientes.

§ 6.— Contingencias del mandato

926. Pluralidad de mandantes

Cuando se da el caso de dos o más personas que confieren mandato a un mismo mandatario, para un objeto de interés común, se plantea la cuestión relativa a si las obligaciones de los mandantes respecto de aquél son o no solidarias, pues la actuación de mandatario no es en beneficio individual de cada uno de los mandantes, sino de todos en conjunto. El artículo 1328 nada dice sobre este tema, por lo cual corresponde ajustarse al principio general según el cual la solidaridad debe resultar de modo inequívoco de la ley o del título constitutivo de la obligación, máxime cuando el artículo 828 no permite presumirla.

Por otra parte, el Código no contempla el supuesto en que sobrevenga incompatibilidad de intereses entre diversos mandantes respecto de un mismo mandatario, más allá de que el contrato de mandato haya tenido lugar en un solo acto o en diversos. Se trata del caso de un conflicto de intereses entre los diversos mandantes, no del mandatario con ellos. El mandatario tiene la obligación de hacer saber a sus mandantes de la circunstancia que se ha presentado y del conflicto de intereses suscitado para que ellos adopten el criterio que estimen mejor para sus derechos. La situación así planteada no produce la extinción de pleno derecho del mandato ya que la ley no lo prevé tal consecuencia.

927. La relación entre el mandante y el tercero contratante

Bajo la expresión *relación externa* se comprende el vínculo que se establece entre el mandante y el tercero con quien el mandatario ha celebrado el acto. La consecuencia directa del mandato con representación es que el mandante queda obligado con los mismos alcances que resultarían de su actuación personal; así es, en tanto el mandatario haya obrado dentro de los límites del mandato, con las salvedades que en materia de representación, se hallan contempladas por los artículos 369 y 1320, si el mandato revistiera esta especie.

Si el mandato se ha conferido sin representación, quien queda obligado frente al tercero es el mandatario y no el mandante. Pese a ello, el Código autoriza al mandante a ejercer por vía subrogatoria la acción que el mandatario tenga contra el tercero y, del mismo modo, a éste a promover la que tenga el mandatario contra el mandante (art. 1321).

928. Actuación del mandatario en caso de mandato a varias personas

El principio general que establece el artículo 1326 es que cuando el mandato es otorgado a más de un mandatario, cada uno de ellos puede actuar en forma indistinta. Solo cuando se establezca expresamente que el ejercicio deberá serlo de modo conjunto, cabrá exigir este último proceder.

No obstante, en el mandato sin representación, el mandatario actúa en nombre propio, por lo cual la previsión no parece factible si se piensa en actuación sucesiva en un mismo negocio.

Los actos celebrados en violación a la exigencia de actuación conjunta deben considerarse actos celebrados sin mandato, por lo cual deberá aplicarse el criterio que establece el artículo 376 para la representación (art. 1320). Esa norma dispone que *si alguien actúa como representante de otro sin serlo, o en exceso de las facultades*

conferidas por el representado, es responsable del daño que la otra parte sufra por haber confiado, sin culpa suya, en la validez del acto; si hace saber al tercero la falta o deficiencia de su poder, está exento de dicha responsabilidad.

En cuanto a la responsabilidad en los casos de pluralidad de mandatarios, el Código Civil de Vélez establecía que no había solidaridad de los representantes (art. 1920), principio que podía considerarse genérico para la representación. El nuevo Código no se expide sobre la cuestión en forma expresa, pese a lo cual un adecuado criterio de interpretación nos lleva a pensar que el caso debe resolverse en los mismos términos de la norma derogada, pues el principio general es que la solidaridad deriva de la ley o de la voluntad de las partes, pero en tanto esté contemplada en forma expresa o bien resulte de la propia naturaleza de la obligación. Por lógica, cuando se encuentre pactada, cada uno de los representantes responde por la totalidad de los daños que haya sufrido el representado por el incumplimiento, con independencia de cuál de ellos haya sido el que causó el perjuicio (arts. 827/829). En síntesis, ante la falta de previsión expresa en materia de mandato y representación, por aplicación de los principios generales del régimen de solidaridad, esta no se impone en supuestos de pluralidad de mandatarios.

929. Sustitución del mandato

El mandatario puede sustituir en otra persona la ejecución del mandato y es responsable de la elección del sustituto, excepto cuando lo haga por indicación del mandante (art. 1327, 1ª parte). Es decir, el mandato recibido puede ser objeto de sustitución, mediante la cesión que el mandatario haga de sus facultades a un tercero, lo cual puede hacerse de modo total o parcial. En la materia rige la autonomía de la voluntad (arts. 377, 958, 962 y 1327) debiéndose estar a aquello previsto por el mandante. Sin embargo, este último puede omitir toda mención sobre este aspecto o bien autorizarla en forma expresa a favor de persona determinada o a determinar por el mandatario. También puede prohibirla.

De lo dicho se desprende que el principio general es la posibilidad de sustituir salvo disposición contractual en contrario. Esta previsión específica contenida en el artículo 1327 prima sobre lo dispuesto por el artículo 776 referido a la incorporación de terceros en las obligaciones de hacer y por el artículo 1070 que regula el subcontrato. En efecto, más allá de que el mandato por lo general implica una relación de especial confianza, el artículo 1327 es una norma especial que prevalece sobre las dos últimas de carácter general.

En cualquier caso de sustitución, el mandante tiene la acción directa contra el sustituto prevista en los artículos 736 y concordantes, pero no está obligado a pagarle retribución si la sustitución no era necesaria (art. 1327, 2ª parte).

Los efectos que produce la sustitución son diversos según los casos.

Cuando el mandatario sustituye el mandato en favor de la persona indicada por el mandante, no incurre en ninguna responsabilidad por mal desempeño del sustituto (art. 1327, 1ª parte); a esto se lo denomina cesión o sustitución del mandato. El mandatario queda fuera de la relación jurídica originaria con su mandante, pues su lugar es ocupado por el sustituto indicado por este último. Por tal razón, el mandatario no tiene ninguna obligación de vigilancia respecto del obrar del sustituto; al realizar tal designación, solo ha cumplido la voluntad de quien lo investió.

Si el mandante prohíbe la sustitución, la actuación del sustituto no determina responsabilidad sino la invalidez del acto celebrado por este último, en términos idénticos a los previstos para el caso de actuación sin representación o en exceso de ella (art. 376) y hace responsable al falso mandatario por los daños que hubiera producido al tercero. Se trata de una nulidad relativa, pues no se advierte impedimento para una eventual confirmación de lo actuado por parte de aquel que hubiera sido mandante.

Además de los dos supuestos anteriores (cuando el mandante prohíbe la sustitución o cuando lo autoriza designando, a la vez, el sustituto), hay otros dos: cuando el mandante autoriza la sustitución pero no designa el sustituto, y cuando no hubiera dado autorización alguna para sustituir. Bajo el sistema del Código Civil de Vélez, el mandatario respondía por la actuación del sustituto, porque se le imponía un deber de vigilar a este último. En el régimen del Código Civil y Comercial la cuestión no se presenta clara. Veamos.

El artículo solo establece que el mandatario responde por la actuación del sustituto cuando no fue autorizado a sustituir, o cuando la sustitución era innecesaria para la ejecución del mandato. Y antes, la misma norma dispone que el mandatario es responsable de la elección del sustituto. La primera impresión que la norma arroja es que solo existiría una responsabilidad *in eligendo* en cabeza del mandante en los casos dados. Sin embargo, pensamos que la interpretación que debe darse es otra. Veamos.

Ya hemos dicho que si el mandante indica la persona en quien el mandatario puede sustituir, este último no incurre en ninguna responsabilidad por el mal desempeño del sustituto (art. 1327, 1ª parte). Ahora bien, a nuestro entender, el Código diferencia, además, dos supuestos: i) que el mandante haya autorizado al mandatario a sustituir — aunque sin indicar el nombre del sustituto—; ii) que el mandante no haya autorizado a sustituir, guardando silencio. En el primer caso, la responsabilidad del mandatario es *in eligendo*, exclusivamente, conforme lo que dispone el indicado artículo 1327, 1ª parte. En cambio, en el segundo caso, la responsabilidad del mandatario es *in vigilando*, pues el mandatario responde directamente por la actuación del sustituto cuando no fue autorizado a sustituir (art. 1327, 3ª parte). Y esta misma responsabilidad se da también, conforme a la norma precedentemente citada, cuando la sustitución —a pesar de estar autorizado para hacerla— es innecesaria para la ejecución del mandato. De todas formas, hubiese sido preferible que en ambos casos (se haya dado facultades para sustituir sin indicar el nombre del sustituto, se haya guardado silencio sobre esta cuestión) el mandatario no quede desvinculado, sino que se haga responsable por el adecuado desempeño del sustituto. Es decir, que cumpla con un deber de vigilancia sobre la actuación de quien lo sustituye en el ejercicio del mandato.

En el caso de que la sustitución derivase de la exclusiva voluntad del mandatario, lo cual implica que decide tanto la sustitución como la persona del sustituto, no parece existir obstáculo para que así como confirió el mandato lo revoque, con los mismos efectos que tendría si lo hiciera su mandante. Tal era la previsión que contenía el Código Civil de Vélez. La solución es razonable dado la responsabilidad que le cabe al mandatario por la actuación de quien lo ha sustituido.

Cuando se trata de una sustitución a favor de la persona indicada por el mandante, el mandatario no podrá revocarla.

§ 7.— Fin del mandato

930. Extinción del mandato

Cualquiera que sea la causa por la cual se extinga el mandato, no se verán afectados los actos realizados por el mandatario dentro de los límites de su apoderamiento. A su vez, producida la extinción no será posible celebrar ningún acto que obligue al

mandante, en la medida en que se pruebe que el tercero conocía o debía conocer aquella cesación.

El artículo 1329 enumera las causales de extinción del mandato. Las analizaremos en el orden previsto por dicho precepto.

a) Por el transcurso del plazo por el que fue otorgado, o por el cumplimiento de la condición resolutoria pactada

Cuando se ha establecido la vigencia temporal del contrato, operado su vencimiento se produce de pleno derecho la extinción del vínculo contractual. A partir de ese momento los actos que realice el mandatario no tendrán efecto alguno respecto del mandante, salvo su ulterior ratificación. Es carga de quien lo invoque probar que el acto se ha celebrado luego de vencido el plazo, pese a que el régimen del Código Civil y Comercial no lo indica de modo expreso como lo hacía el artículo 1961 del Código Civil de Vélez.

También puede ocurrir que el mandato se haya condicionado a la producción de un hecho futuro e incierto que, de producirse, opere su resolución (art. 343). Frente a esta resolución no se verán afectados los actos que el mandatario hubiese celebrado en el ejercicio regular de su mandato, pues los efectos de aquella condición operan solo hacia el futuro, sin que pueda pactarse lo contrario, dado la naturaleza de este contrato (arts. 346 y 348).

b) Ejecución del negocio para el cual fue dado

Si se ha conferido mandato para un acto o para ciertos actos, una vez que estos han sido llevados a cabo, se agota su objeto. La consecuencia es la extinción de la relación contractual. Puede ocurrir que la sola celebración de un negocio no extinga el mandato cuando se ha encomendado al mandatario cumplir con las obligaciones que de él se deriven. Por otra parte, el mandato puede otorgarse para que el mandatario celebre un número indeterminado de actos; tal el caso de los poderes de administración. Siendo así, la extinción no se producirá por la celebración de los actos, sino por otras causales, como pueden ser un plazo, la revocación, la renuncia, la muerte y la quiebra de mandante o del mandatario.

c) Por revocación del mandante

El Código Civil y Comercial contempla la revocación por el mandante, quien por cierto es el único que puede ejercerla. Aquí la revocación es la decisión unilateral del mandante de dar por concluido el mandato (art. 1077). La norma encuentra su justificación en que el mandante, salvo el supuesto de mandato irrevocable, es el titular del negocio o negocios encomendados al mandatario.

Además, en el mandato subyace una vinculación de confianza, por lo cual, si esta se viera modificada, el mandante puede ponerle fin al contrato. La confianza puede originarse en el conocimiento directo de la persona del mandatario o por sus referencias profesionales. Si tal confianza se ve afectada, es lógica consecuencia que exista plena libertad para revocar; lo contrario implicaría que el otorgamiento de un mandato se transformase en una verdadera enajenación de los derechos en él comprendidos.

La revocación implica un derecho potestativo, que se configura por medio de una expresión unilateral de voluntad, modal y recepticia; esto último desde que produce efectos a partir de que llega a conocimiento del mandatario.

Este medio de extinción escapa al principio general que impide dejar sin efecto un vínculo jurídico por la sola voluntad de una de las partes sin que medie una justa causa y sin que de ello se derive una obligación indemnizatoria. Así se posibilita que la vinculación se extinga por el solo interés de quien originó el acto.

La revocación puede tener lugar, ya se trate de un mandato oneroso como si se hubiera establecido su gratuidad. En ambos casos, frente a la revocación se aplicará lo

dispuesto por el artículo 1331; esto es que el mandante debe indemnizar al mandatario los daños causados.

Respecto de la forma de la revocación, no hay una predeterminada, pero sin dudas convendrá que lo sea por un medio certero y que facilite su prueba. No descartamos que pueda configurarse de modo tácito, en cuyo caso será necesario demostrar que se han materializado actos inconfundibles, inequívocos, que den certeza de esa decisión unilateral del mandante y que el mandatario tenía conocimiento de ellos. Deberá considerarse que se produjo la revocación tácita cuando el mandante realiza directamente el negocio que había encomendado al mandatario, pero ello debe ser analizado conforme a las características del caso, porque una regla fija puede ocasionar una decisión arbitraria. En efecto, cuando se trata de un mandato para celebrar actos de cierta clase, aunque indeterminados, la celebración de un acto de esa categoría por el mandante no necesariamente implicará la revocación del mandato, pues ello no sería incompatible con que el mandatario realice otros actos similares. Podrá existir revocación tácita también, y según el caso, cuando el mandante designe un nuevo mandatario para el mismo acto.

La informalidad de la revocación en materia de mandato no impone para su ejercicio respetar la forma en la cual fue otorgado ni siquiera exigiendo un instrumento de la misma naturaleza, aunque pueda resultar conveniente a los efectos probatorios.

Se trata de un acto unilateral autorizado por la ley sin que requiera justa causa ni, por regla, un tiempo de preaviso, sin perjuicio de que como todo acto jurídico deba observar el principio de la buena fe (arts. 9º, 729 y 961). Es necesario tener presente que si el mandato fue dado por plazo indeterminado, el mandante debe dar aviso al mandatario, adecuado a las circunstancias, so pena de tener que indemnizar los daños que cause su omisión (art. 1331, *in fine*).

No se establece en el Código un plazo de preaviso; solo se indica que debe ser adecuado a las circunstancias. Tanto en el caso que no diere el preaviso o no fuese el adecuado, el mandante deberá responder ante el mandatario por los daños que le haya ocasionado.

La potestad que tiene el mandante de revocar el mandato es amplia y no existe obligación de expresar la causa por la cual lo haga; solo deberá hacerlo observando la buena fe, principio que rige no solo al tiempo de celebrarse, interpretarse y ejecutarse el mandato sino también al tiempo de su extinción.

Como excepción a aquella extensa facultad aparece la cláusula por la cual se confiere al mandato el carácter de irrevocable, que analizaremos más adelante.

En cualquiera de los casos de revocación contemplados por el artículo 1331, el mandatario tiene, además, derecho a la parte proporcional de la retribución, pues lo contrario violaría la doctrina del artículo 1794, sobre enriquecimiento sin causa. Podrá retener los adelantos no consumidos en el ejercicio de la representación y hasta el límite de la retribución que se le adeude (art. 2587).

La revocación también produce la extinción del mandato sustituto cuando éste haya sido designado por el mandatario de origen a su solo arbitrio (submandato), no así si la sustitución se realizó a favor de persona designada por el mandante.

d) Renuncia del mandatario

El mandatario puede dar por concluido su mandato en todo tiempo, sin que para ello se le exija fundamentarlo en una justa causa. Se trata de una declaración unilateral aunque de carácter recepticio, que no debe ser intempestiva. En caso contrario, el mandatario deberá responder por los daños y perjuicios que ocasione al mandante (arts. 1329, inc. d], y 1332), más allá del carácter oneroso o gratuito que revista el mandato.

La comunicación de la renuncia no será intempestiva cuando lo sea con la antelación razonable para permitirle al mandante que retome los asuntos, que constituyen el objeto del mandato, ya sea en forma directa o por medio de otro mandatario. Es un deber fundado en el principio de buena fe (arts. 9º, 729, 961) y, ante su no observancia, el mandatario deberá resarcir los daños y perjuicios que su conducta haya ocasionado (art. 1332).

El carácter adecuado de la anticipación debe analizarse conforme a las circunstancias del caso; será adecuado en la medida en que el mandante pueda reasumir sus negocios, sin que aquella le ocasione un daño. La razonabilidad queda librada a la apreciación judicial, según las características y siguiendo las reglas de la sana crítica impuestas por los ordenamientos procesales.

El mandatario debe continuar sus funciones hasta el vencimiento del plazo que haya indicado en la respectiva comunicación, salvo que ello le cause un grave perjuicio.

Si existe una justa causa, ella podrá autorizar una conducta diversa y solo en la medida que dicha causa lo exija.

La existencia o no de justa causa puede tener relevancia para determinar la obligación del renunciante de resarcir los daños que su renuncia pueda ocasionar. Aquella puede consistir en la imposibilidad sobreviniente de ejecutar el mandato —cualquiera que sea su origen o naturaleza—, la enfermedad del mandatario, su necesidad de ausentarse, conflicto de intereses con el mandante, falta de provisión de los fondos necesarios, etcétera.

La expresión "intempestiva y sin causa justificada" (art. 1332) pareciera indicar que no es posible renunciar si no hay justa causa. Entendemos que el sentido de la norma es contemplar los casos que dan lugar a indemnización y no limitar la renuncia. En efecto, si la renuncia es intempestiva y sin causa justificada, sin dudas da lugar a una reparación a favor del mandante. Ahora bien, si es intempestiva, pero existe una justa causa que impida continuar con el mandato, la renuncia no debe dar lugar a indemnización cuando de no ser así produciría un daño al mandatario, todo lo cual también debe ser analizado en cada caso en particular, conforme a las exigencias de la buena fe.

El Código no impide que se pacte el carácter irrenunciable del mandato, pero aun en tal supuesto entendemos que resultaría válida la renuncia si mediara justa causa. Pese a la inexistencia de una norma que obligue en tal sentido, la limitación a la voluntad del mandatario solo se justificaría en el caso de que el mandato se hubiese conferido por darse los tres requisitos para que sea irrevocable (art. 1330) y por las mismas razones, pues resulta de la propia índole del negocio. Sin perjuicio de ello, se ha afirmado que no resulta admisible esta renuncia anticipada al derecho de renunciar, pues implicaría someter al mandatario a una relación que se hubiese vuelto insostenible o de muy difícil cumplimiento.

La renuncia, al igual que la revocación, produce efectos solo hacia el futuro, sin que se vean afectados en modo alguno los actos cumplidos por el mandatario en el ejercicio regular del mandato.

e) Muerte o incapacidad del mandante

A los efectos de la conclusión del mandato, el Código Civil y Comercial equipara los efectos de la muerte y la incapacidad. Para que tal equiparación sea posible y aunque el artículo 1329, inciso e), no lo diga, debe mediar declaración judicial de incapacidad conforme a lo establecido por los artículos 31 y siguientes. Si el mandante fallece o se lo declara incapaz, ello determina la extinción del mandato, ya que se trata del sujeto en cuyo interés se lo ha otorgado, y a los efectos de este contrato, tanto la muerte como la incapacidad son hechos ante los cuales no se puede permanecer indiferente. En el primer caso el "interés" comprendido en el objeto del mandato pasa a ser de los

herederos; por tanto, ya no cuenta la voluntad del mandante sino la de éstos en cuanto a la designación o no de alguien que los represente. Para el supuesto de incapacidad sobreviniente del mandante, el Código establece que deberá designarse un curador (art. 138).

Ahora bien, pese a la conclusión del contrato por muerte o declaración de incapacidad del mandante, el mandatario debe continuar con la gestión de los negocios a su cargo, aunque limitado a los actos que no admitan demora, y ello hasta tanto los herederos o en su caso el representante que corresponda por ley, lo tomen a su cargo. La omisión del mandatario en este sentido, lo hará responder por los daños que de ello se deriven (CS, 10/8/1995, "Khorozian, Antonio c. Carnago, Romualdo E. y otro", LL Online, AR/JUR/4335/1995).

Una aplicación clara de este supuesto tiene lugar en materia de mandato judicial, respecto del cual se impone al apoderado la obligación de continuar en el ejercicio de su función hasta que los herederos de aquel o sus representantes legales tomen intervención en el juicio, en el plazo y demás modalidades establecidas por los Códigos Procesales, aspecto en el cual tienen primacía sobre la ley sustancial.

Por otra parte, y aunque la muerte del mandante produce la extinción del mandato con los alcances hasta aquí mencionados, debe tenerse presente que si el mandato fue otorgado con representación, ese mandato *...subsiste en caso de muerte del representado siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero* (art. 380, inc. b), 2ª parte). Esto es así en virtud del negocio que subyace al mandato en tales casos y que constituye la causa por la cual se lo ha extendido. Un supuesto frecuente es la extensión del mandato al comprador de inmueble por boleto de compraventa para que pueda escriturar la propiedad a su nombre, es decir, del mandatario, o de una tercera persona que designe. Configura un caso de mandato especial irrevocable en los términos del artículo 1330, en el cual el fallecimiento del mandante no produce su extinción y cuyos alcances deben ser interpretados con carácter restrictivo en orden al acto para el cual fue otorgado.

Por otra parte, y en lo que hace a la relación interna entre mandante y mandatario, el principio por el cual el mandato concluye por el fallecimiento de cualquiera de ellos, reconoce excepciones; una de ellas es que resulta necesario que el mandatario haya sabido o podido saber la cesación del mandato (SC Buenos Aires, 14/12/1993, "Rolfi de Safi, María c. Provincia de Buenos Aires", LL Online, AR/JUR/597/1993).

Cuando se trata de la incapacidad del mandante, el mandato se extingue, sin perjuicio de la actuación que le corresponda a su curador. Si el mandante recuperase su capacidad, ello no puede ser considerado como un hecho que haga renacer el contrato de mandato extinguido.

f) Muerte o incapacidad del mandatario

El mandato también se extingue por la muerte o incapacidad del mandatario. Las obligaciones que éste ha asumido no pueden ser cumplidas por sus herederos, por cuanto el mandato se confiere en virtud de sus condiciones personales o por razones de confianza. En este sentido el mandato es un contrato *intuitu personae*.

Pese a la referida imposibilidad, los herederos, representantes o asistentes de mandatario, que conozcan la existencia del mandato, deben anotar de inmediato al mandante, para que éste pueda actuar en consecuencia.

Cuando se trata de un poder irrevocable, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto, durante la vigencia del Código Civil de Vélez, que queda resuelto después de la muerte del mandatario si los herederos fuesen menores o hubiese otra incapacidad (CS, 10/10/1996, "Barilá, Antonia", LL Online, AR/JUR/767/1996; LL 1998-D-888).

Los herederos, representantes o asistentes que tengan conocimiento del mandato deben dar pronto aviso al mandante y tomar en interés de éste las medidas que sean requeridas por las circunstancias (art. 1333). La referencia a representante o asistentes del mandatario se encuentra regulada en forma general para las personas con restricciones a la capacidad en los artículos 31 y siguientes.

La previsión que aquí se comenta no se contradice con lo dispuesto por el artículo 1323, que admite que un incapaz sea mandatario, por cuanto en este caso se contempla la incapacidad sobreviniente (art. 1333).

g) Declaración de muerte presunta del mandante o del mandatario; declaración de ausencia del mandatario

El artículo 1320, párrafo 2º, dispone que aun cuando el mandato no confiera poder de representación, se aplican los artículos 362 y siguientes (referidos a la representación voluntaria) a las relaciones entre mandante y mandatario, en todo lo que no resulten modificadas en el capítulo que regula el contrato de mandato. Ahora bien, el artículo 380, incisos e) y f), dispone justamente que el poder se extingue por la declaración de muerte presunta de las partes o por la ausencia del representante. Por lo tanto, no existiendo norma alguna en el capítulo dedicado al mandato referida a la declaración de muerte presunta del mandante o del mandatario, y a la declaración de ausencia del mandatario, cabe aplicar el referido artículo 380 y tener por extinguido el contrato de mandato cuando se dan tales supuestos.

h) Quiebra del mandante o del mandatario

Al legislarse la extinción del mandato, el artículo 1329 no menciona como causal la declaración de quiebra. De cualquier modo y más allá de las diversas consideraciones que podrían hacerse sobre el tema, en cuanto la diferente situación en que en los hechos queda situado el deudor, según sea el mandante o el mandatario, análisis que excede el objeto de esta obra, lo cierto es que en virtud de lo establecido en forma expresa por el artículo 147 de la Ley de Concursos y Quiebras (ley 24.522 y modificatorias), que como ley especial prevalece incluso sobre el Código Civil y Comercial, la declaración de quiebra produce la extinción del mandato.

Además, no debe olvidarse que en el mandato con representación, la extinción viene impuesta también por la vía del artículo 380, inciso g), por cuanto al cesar esta última por lógica consecuencia se extingue el respectivo mandato representativo.

Respecto del mandato sin representación, cabe aplicar el artículo 380, inciso g), por las mismas razones dadas en el subpunto anterior; por lo tanto, el mandato se extingue por la quiebra del mandante o del mandatario. Sin embargo, la cuestión no es tan lineal cuando se trata del supuesto del mandante fallido en un contrato de mandato sin representación. Es que, más allá de lo que establece la norma citada, es razonable presumir en este caso que los terceros desconocen el vínculo que existe entre mandante y mandatario, por lo cual el efecto de la causal solo va a producirse si cualquiera de ellos (mandante o mandatario) deciden poner de manifiesto el mandato. Si nadie lo hace, el mandatario seguirá actuando ante terceros a su nombre, pero en interés del mandante fallido, quedando obligado personalmente frente al tercero.

931. Mandato irrevocable

El mandato puede convenirse expresamente como irrevocable en los casos del inciso b) y c) del artículo 380 (art. 1330, párr. 1º).

Al contemplar el mandato irrevocable, el Código remite a las disposiciones que regulan la representación con igual carácter en el artículo 380. La irrevocabilidad se establece como un régimen de excepción al principio general por el cual el mandato puede ser revocado en todo momento. Para ello se establecen condiciones especiales.

En primer lugar, el mandato es irrevocable cuando ha sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y tercero, o común a representante y representado, o común a representado y un tercero. En estos casos, el mandato no se extingue por la muerte del mandante (art. 380, inc. b]).

En segundo lugar, el mandato puede ser conferido con carácter irrevocable, para lo cual debe ser dado para actos especialmente determinados, limitados por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y tercero, o común a representante y representado, o común a representado y un tercero. Este mandato se extingue si transcurre el plazo fijado; y, puede ser revocado si existe justa causa (art. 380, inc. c]).

No se han contemplado en forma expresa los efectos de la quiebra sobre el mandato irrevocable, cuando éste reúne las condiciones exigidas por el artículo 380, inciso c), con independencia de lo dispuesto en el inciso g) de dicha norma. En los poderes irrevocables, en sentido estricto, la vigencia del mandato no tiene relación con la confianza sino con un negocio subyacente en el cual los intereses del mandante ya han sido satisfechos y desde otro punto de vista el mandatario tampoco es un acreedor de aquel, pues con el otorgamiento del poder en tales condiciones fue desinteresado con anterioridad a la declaración de la quiebra.

La incapacidad sobreviniente de las partes y la ausencia del mandatario tampoco afectan el mandato irrevocable, pues si subsiste pese a la muerte, con mayor razón deberá subsistir en situaciones que afectan en menor medida a las partes.

932. Mandato para ser cumplido después de la muerte del mandante

El mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad (art. 1330, párr. 2º). Si el mandato es otorgado, pero su objeto es para ser cumplido después de la muerte del mandante, solo será válido si se ajusta a las disposiciones que rigen los testamentos en el Código Civil y Comercial (Libro Quinto, título XI, arts. 2462 y ss.).

CAPÍTULO XXVII - GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS SIN MANDATO

§ 1.— Noción previa sobre los llamados cuasicontratos

933. Antecedentes históricos

En la Roma clásica ya se había observado que ciertas obligaciones legales tenían una estrecha analogía con otras de fuente contractual. Por tal motivo, a su respecto se decía que eran "como derivadas de contrato" (*quasi ex contractu*). Sin embargo, no se las llegó a reconocer como categoría hasta las Institutas de Justiniano, las cuales admitían cuatro fuentes: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. En los cuasicontratos aparecían la gestión de negocios, el empleo útil, el pago de lo indebido.

Esta idea de cuasicontrato se encuentra desprestigiada en la actualidad, por cuanto en la esencia del contrato está el acuerdo de voluntades; si no lo hay, el origen de la obligación es distinta, razón por la cual aparece lógica la metodología adoptada por el Código Civil y Comercial en cuanto contempla la gestión de negocios como una fuente de obligaciones diversa de las contractuales (arts. 1781 y ss.).

La diferencia de fuente no constituye un obstáculo para que existan, en cuanto a los efectos, ciertas similitudes. Así se presenta el caso de la gestión de negocios y el mandato.

Los llamados cuasicontratos son en verdad obligaciones nacidas de la ley, o bien, de un acto de voluntad unilateral.

§ 2.— Cuestiones generales de la gestión de negocios sin mandato

934. Concepto

Hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente (art. 1781).

Frente a esta figura cabe cuestionarse en qué medida merece ser protegida por la ley. Para brindar una respuesta adecuada, es preciso tener en cuenta que constituye un peligro alentar una conducta que significa inmiscuirse en los negocios o los bienes de terceros. Por otro lado, cabe ponderar que en general esa intervención se encuentra inspirada por un propósito noble que es impedir un daño al dueño del negocio o de los bienes.

Como consecuencia de lo expresado, la regulación legal de la institución comprende una doble preocupación: necesidad de evitar una intromisión molesta o dañosa en los negocios ajenos, resguardando la esfera de intimidad y libertad de toda persona; necesidad de no perjudicar a quien ha realizado una gestión útil para otra persona.

Dado que la gestión de negocios es una actuación unilateral del gestor, que la asume por iniciativa propia, éste se encuentra en cierta inferioridad de derechos respecto de un mandatario, pero le confiere más derechos que los que surgirían del simple enriquecimiento sin causa (arts. 1794 y 1795).

Tanto en la gestión de un negocio ajeno como en el caso del mandato, se actúa en beneficio de un interés de otra persona, el del dueño de la cosa; en el primer caso, este último no ha dado ninguna orden para ello y lo contrario ocurre en el segundo supuesto.

La existencia o no de orden por parte del dueño resulta de suma importancia, por lo cual las consecuencias no son idénticas, lo que hemos de ver más adelante. Empero, en cualquiera de los dos casos quien gestiona realiza actos o gestiones por cuenta de un tercero y por ello está obligado a poner en su tarea la misma diligencia.

La similitud de ambos institutos, salvo en cuanto a la gestación, es muy grande, a punto tal que las normas del mandato se aplican supletoriamente a la gestión de negocios (art. 1790). Además, si el dueño del negocio ratifica la gestión, aunque el gestor crea hacer un negocio propio, se producen los efectos del mandato, entre partes y respecto de terceros, desde el día en que aquella comenzó (art. citado). Todo esto nos lleva a apartarnos del método del Código y tratar este tema a continuación del mandato.

935. Gestión de negocios y mandato tácito

En ciertos casos la distinción con el mandato es muy sutil; así ocurre si se quiere diferenciar la gestión de negocios del mandato tácito. En efecto, si bien lo habitual es que la gestión de negocios se realice sin conocimiento previo del dueño, requisito este último que —cabe destacar— no exige el artículo 1781, es posible que aquél la conozca, sin que por ello se convierta en un mandato tácito. Ello pese a que el mandato tácito consiste en dejar obrar a quien está realizando algo en nombre del dueño.

En la teoría la distinción es clara, pues el mandato es un contrato que supone la entrega de instrucciones por parte del mandante, más allá de que no se encuentren documentadas, atento a la libertad formal que existe a su respecto.

En el caso de la gestión no hay una orden del dueño, sino que el gestor actúa por su propia iniciativa. Esta diferencia teórica es simple, pero en la práctica puede resultar difícil establecer su distinción. En orden a cómo resolver la cuestión caben diversas soluciones:

a) Para algunos autores, si el dueño del negocio está enterado de la realización de la gestión desde su comienzo, hay mandato; si se entera luego de empezada, hay simple gestión de negocios (SALVAT, SEGOVIA, COLOMBO). El criterio parece cuestionable, porque la ratificación equivale al mandato (art. 1790, párr. 2º) y además, tiene lugar con posterioridad a la iniciación de la gestión.

b) Para otros hay mandato tácito cuando el gestor ha obrado en nombre de otro, en tanto que habrá gestión si se ha obrado para otro pero sin invocar su nombre (ACUÑA ANZORENA). Este criterio nada aporta, pues tanto el mandato como la gestión de negocios pueden cumplirse en nombre propio o del dueño del negocio, por lo cual no hay posibilidad de diferenciación por esta vía.

c) Compartimos la opinión por la cual el criterio de la distinción está en el artículo 1319, tercera parte (similar al art. 1874 del Código Civil de Vélez; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, 10ª ed. actual. por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, t. II, nro. 1793), según el cual habrá mandato tácito cuando el dueño del negocio, *pudiendo impedir* lo que otro está haciendo por él, guarda silencio. Por el contrario, si lo sabe, pero no puede impedirlo, hay gestión. Resultan supuestos de gestión la situación en la cual se encuentran los incapaces que —estando mentalmente dotados de comprensión— carecen de aptitud legal para obrar ante la acción de un tercero; o de las personas que por cualquier motivo se encuentran en una imposibilidad de hecho de oponerse, como ocurriría con quien no puede actuar porque está sufriendo las amenazas o la violencia del gestor o de un tercero; o de quien se encuentra ausente y aunque avisado de la gestión, tiene dificultades para adoptar por sí las medidas que convienen a la defensa de sus intereses, sea porque carece de elementos de juicio suficientes y no puede dar instrucciones a su apoderado, sea porque la distancia le impide elegir una persona apta y de confianza para encargarle el negocio.

936. Requisitos de la gestión de negocios

Para que exista gestión de negocios, deben darse los siguientes requisitos:

- a) Inexistencia de mandato, representación legal u obligación contractual (art. 1781).
- b) Actuación espontánea u oficiosa del gestor (art. 1781).
- c) Actuación en negocio ajeno por un motivo razonable (art. 1781).
- d) Inexistencia de voluntad de hacer una liberalidad (art. 1781), en razón de lo que dispone el artículo 1785.
- e) Que se trate de un acto o de una serie de actos, jurídicos o simplemente materiales, a diferencia del mandato que solo admite por objeto actos jurídicos. Ello es así, pues ninguna limitación impone el Código al regular la gestión de negocios.
- f) Que no medie oposición del dueño del negocio. En el caso que, pese a la oposición del titular, el gestor realizara el negocio, solo tendrá contra aquel la acción por

enriquecimiento sin causa. Sin embargo, aunque exista la mentada oposición el gestor podrá continuar actuando, aunque bajo su responsabilidad, cuando lo haga también por un interés propio (art. 1783, inc. a).

g) Que la gestión resulte útil, elemento este que justifica la existencia de la figura. La utilidad debe ser juzgada al inicio de la gestión, aunque el beneficio no subsista al momento de concluirla (art. 1785).

h) Que se trate de un asunto lícito (art. 279).

i) Que no se trate de un acto personalísimo, ya que nadie puede sustituir legítimamente al interesado.

937. Naturaleza y fundamento

Como hemos mencionado más arriba, por mucho tiempo se consideró a la gestión de negocios como un cuasicontrato, pero esta teoría ha sufrido el descrédito. Otro sector del pensamiento jurídico considera que las obligaciones del gestor resultarían de su propio acto voluntario, en tanto que las del dueño son impuestas por la ley. Esta última teoría parece describir con mayor realismo la fuente jurídica de las obligaciones; y solo cabe añadir que la ley impone obligaciones al dueño del negocio por motivos de equidad y para estimular el sano espíritu de solidaridad social que pone de manifiesto aquella persona que se encarga espontáneamente y, como regla, sin retribución, de un negocio ajeno con el deseo de evitar un daño al dueño.

En el esquema legislativo del Código Civil y Comercial, la gestión de negocios ajenos sin mandato se encuentra gobernada por sus propias normas, constituyéndose en una fuente autónoma de obligaciones que tiene efectos propios. En los aspectos no regulados expresamente se aplican en forma supletoria las disposiciones del mandato (art. 1790, párr. 1º).

938. Capacidad

El gestor de negocios debe tener capacidad para contratar, pues de lo contrario no podría obligarse válidamente por las consecuencias de su gestión. Ahora, si de todos modos la gestión es realizada por un incapaz y de ella le resultare al dueño algún beneficio, éste responderá en la medida de tal ventaja recibida.

La gestión de negocios efectuada por un incapaz de obligarse no le genera obligaciones, sino en la medida de su enriquecimiento.

En cuanto al dueño del negocio, no necesita capacidad para resultar obligado por las consecuencias de la gestión, pues esta no requiere su consentimiento sino que las obligaciones le son impuestas por ley. Será el gestor quien quede obligado personalmente frente a terceros (art. 1784) y solo se liberará de las obligaciones en tanto el dueño ratifique la gestión o asuma las obligaciones, siempre que con tal proceder no afecte a terceros de buena fe (art. citado).

§ 3.— Obligaciones del gestor

939. Principio general

Las obligaciones del gestor se encuentran enumeradas en el artículo 1782 y son las siguientes.

940. a) Aviso

El gestor debe *avisar sin demora al dueño del negocio que asumió la gestión, y aguardar su respuesta, siempre que esperarla no resulte perjudicial* (art. 1782, inc. a)]; además, debe *continuar la gestión hasta que el dueño del negocio tenga la posibilidad de asumirla por sí mismo, o en su caso, hasta concluirla* (art. 1782, inc. c]). Desde ya nada impide que esta intervención del dueño sea realizada a través de su representante legal, en caso de que lo tuviera, o de un mandatario.

La finalidad de esta obligación es permitir que el gestionado (es decir, el dueño del negocio) tome conocimiento de lo actuado por el gestor y resuelva qué quiere hacer al respecto. Luego de ello el gestor debe esperar las instrucciones que aquel le imparta; esto es así, a menos que la espera trajese un perjuicio a los intereses del dueño del negocio. El gestionado podrá dar instrucciones o hacerse cargo de su negocio por sí o por medio de un representante.

El gestor no puede abandonar la gestión asumida, sino que debe conducirla hasta su fin, excepto que el dueño se encuentre en condiciones de atenderla por sí mismo. Esta obligación cesa con la ratificación por el gestionado o bien cuando le prohíba al gestor continuarla.

941. b) Actuación en favor de la voluntad del dueño

El gestor debe *actuar conforme a la conveniencia y a la intención, real o presunta, del dueño del negocio* (art. 1782, inc. b]). El gestor debe actuar como lo haría el gestionado y según el interés de éste en el caso. No se trata de una valoración en abstracto, sino "real" o "presunta"; esto último, por cuanto el gestor puede, o bien, no conocer inicialmente al gestionado, o bien, conociéndolo, no saber cuál es su pensamiento respecto al negocio en cuestión.

942. c) Información adecuada

El gestor debe *brindar al dueño del negocio información adecuada respecto de la gestión* (art. 1782, inc. d]). La previsión resulta absolutamente lógica, pues es a aquél a quien interesa principalmente la gestión por ser el titular del interés en juego. La información debe ser completa a efectos de que el dueño disponga de los datos necesarios para adoptar las decisiones que mejor estime.

943. d) Rendición de cuentas

El gestor debe rendir cuentas al dueño a la finalización de la gestión (art. 1782, inc. e]). Al igual que un mandatario, el gestor debe rendir cuentas al gestionado por su desempeño y el resultado de la gestión, atendiendo a que este último es el titular del negocio.

La cuenta consiste en una descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque se trate en un acto singular. Su rendición consiste en ponerlas en conocimiento de la persona interesada (art. 858), que, en el caso que estamos ponderando, es el gestionado. Es aplicable a la gestión de negocios lo que hemos dicho respecto de la rendición de cuentas en el contrato de mandato, y allí nos remitimos (nro. 921). Solo hemos de señalar que nada impide que el gestionado libere al gestor de esta obligación.

943-1. e) Muerte del gestor

Los herederos deben hacer los actos urgentes (arts. 1790 y 1333).

§ 4.— Responsabilidad del gestor

944. Responsabilidad con relación al gestionado

Se ha elegido aplicar un factor de atribución subjetivo. En consecuencia, la responsabilidad del gestor debe considerarse con relación a la culpa, al caso fortuito, a la delegación de la gestión y al supuesto de pluralidad de gestores.

945. a) Responsabilidad por culpa

El gestor responde por su culpa en el ejercicio de la gestión (art. 1786). Para su evaluación debe tenerse en cuenta la diligencia que haya puesto en lo actuado, la que debe ser apreciada tomando como referencia concreta su actuación en los asuntos propios. Para ello han de tenerse como pautas, entre otras, si se trata de una gestión urgente, si procura librar al dueño del negocio de un perjuicio y si actúa por motivos de amistad o de afección. Se advierte por la expresión, *entre otras*, que las circunstancias indicadas son meramente enunciativas, por lo cual no cabe descartar otros parámetros que el juez pueda tener en cuenta al tiempo de resolver.

En consecuencia, el gestor será culpable cuando no haya obrado diligentemente, lo cual será juzgado considerando su actuación en los asuntos propios. Por lo tanto, a tenor de lo que dispone el artículo 1786, aunque la conducta no haya sido conforme a la esperable de una persona prudente o razonable, pero condice con la conducta habitual del gestor, éste queda eximido de responder por los perjuicios causados. Es una previsión cuestionable, pues no parece justificado que quien se inmiscuyó en un negocio ajeno sin hacerlo con un patrón de conducta esperable en esas circunstancias para cualquier persona, se vea liberado de responsabilidad por la culpa incurrida. Tal vez lo razonable sería que se viese exento si demostrase que los perjuicios habrían sido mayores si su gestión no hubiera tenido lugar, o aplicar directamente los conceptos que brinda el artículo 1724.

En contrario se ha afirmado que en estos supuestos parece excesivo imponer al gestor, que ha obrado con un espíritu noblemente altruista, una diligencia mayor que la que utiliza en sus propios negocios (BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, cit., t. II, nro. 1809).

Sin perjuicio de las pautas que fija el artículo 1786, la culpa debe encuadrarse en lo previsto por el artículo 1724, según el cual consiste en *la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo, y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión*.

946. b) Caso fortuito

El Código Civil y Comercial establece la responsabilidad del gestor ante el gestionado aun en el supuesto de caso fortuito, cuando se presentan los siguientes supuestos:

a) Si actúa contra su voluntad expresa (art. 1787, inc. a)). Esto aparece justificado desde que es evidente que el dueño del negocio no deseó que la gestión se llevase adelante. Tampoco tendrá en tal caso derecho a remuneración o reintegro de gastos.

b) Si emprende actividades arriesgadas, ajenas a las habituales del dueño del negocio (art. 1787, inc. b)). Es lógico, pues en función del modo de actuar del gestionado, éste nunca hubiera encarado ese negocio y por tanto jamás le hubiera resultado el daño derivado de la gestión.

c) Si pospone el interés del dueño del negocio frente al suyo (art. 1787, inc. c)). En verdad se trata de un supuesto que no responde al instituto de la gestión de negocios ajenos, pues es propio de esta que se actúe en favor de los intereses del dueño y no de los propios del gestor.

d) Si no tiene las aptitudes necesarias para el negocio, o su intervención impide la de otra persona más idónea (art. 1787, inc. d)). En el caso, la culpa radica en la imprudencia de llevar a cargo actos para los cuales el gestor no resultaba ser la persona indicada, sea por desconocimiento del tema, sea porque —aun siendo hábil para ello— había otra persona que resultaba más competente.

Es decir, frente a los supuestos indicados, la responsabilidad del gestor por el daño que sufra el gestionado no queda eximida ni siquiera por el caso fortuito. Solamente se exige de tal responsabilidad en la medida en que la gestión haya resultado útil al dueño, en cuyo caso, su prueba pesa sobre el gestor; se trata del beneficio que el gestionado haya obtenido de la gestión.

El hecho de que el artículo 1787 haga referencia al daño ocasionado al dueño por el caso fortuito y que, simultáneamente, se mencione un beneficio, no necesariamente importa una contradicción. En efecto, puede haber un daño en un aspecto, y a la vez, resultar un beneficio por otro lado; en este caso, el gestor tiene derecho a una suerte de compensación, la que entendemos podrá determinar o no un saldo a favor de una u otra parte. No cabe perder de vista el carácter altruista de la gestión de negocios que permite contraponer sendos aspectos.

Se aprecia que en los supuestos enumerados media una grave imprudencia del gestor, por lo cual es justo que la ley extreme la severidad con él. Pese a ello, aun en tales casos debe permitírsele ser eximido de responsabilidad, por caso fortuito, si prueba que el perjuicio habría ocurrido de todos modos, aunque no hubiese realizado la gestión, situación que preveía de modo expreso el artículo 2295 del Código Civil de Vélez, y que si bien no es reproducida en el Código Civil y Comercial, cabe aplicar similar solución, pues puede ser considerada un uso o práctica en los términos del artículo 1º del referido Código. Ocurre que en ese supuesto nada puede exigírsele al gestor desde que no ha mediado daño. En verdad, es una derivación de los principios generales en materia de responsabilidad por daño. Por otra parte, de no aceptarse la postura señalada, nos enfrentaríamos a un sistema de responsabilidad objetiva, totalmente ajeno a la idea de culpa recogida en el artículo 1786.

947. c) Delegación de la gestión

El Código Civil de Vélez contemplaba la responsabilidad del gestor por los actos realizados por la persona a quien hubiera encomendado la gestión (art. 2292), disposición que no contiene el Código Civil y Comercial. De todos modos, no hay duda alguna de su responsabilidad, pues sin perjuicio de los principios generales en materia de responsabilidad, al caso resulta aplicable lo contemplado por el artículo 1327 para el contrato de mandato, por ser una norma supletoria de la gestión de negocios (art. 1790).

948. d) Gestión conjunta

Si la gestión es hecha conjuntamente por varios gestores, la responsabilidad es solidaria (art. 1788, inc. a)), lo cual marca una diferencia sustancial con el Código Civil de Vélez, para el cual era simplemente mancomunada (art. 2293).

949. Responsabilidad frente a terceros

El gestor queda personalmente obligado frente a terceros. Sólo se libera si el dueño del negocio ratifica su gestión, o asume sus obligaciones; y siempre que ello no afecte a terceros de buena fe (art. 1784).

La prescripción legal es clara y responde a uno de los principios de la gestión de negocios ajenos: el gestor no tiene representación del gestionado, por lo que no puede obligarlo.

Cuando se produce la ratificación, el dueño queda obligado frente a los terceros desde el día en que comenzó la gestión (arts. 1789 y 1790).

El artículo 1789 enumera tres supuestos en que el gestor quedará liberado y la obligación pesará sobre el gestionado. El primero consiste en la ratificación realizada por el dueño, quien acepta lo gestionado de tal modo. El segundo se da cuando el gestionado asume las obligaciones que pesaban en cabeza del gestor. Si el gestor actuó en nombre propio, entabla una relación jurídica con el tercero; por ello, a fin de que sea desvinculado, es necesario que el gestionado asuma las respectivas obligaciones como propias (arts. 1785, inc. b], y 1789). Por último, se contempla el caso en que la gestión haya sido conducida "útilmente", utilidad que —cabe recordar— debe ser valorada al comienzo de la gestión (art. 1785, párr. 1º). Nos referiremos a la utilidad en el número siguiente.

En cualquiera de los tres supuestos, las relaciones entre las partes quedan regidas por las reglas del mandato, cualesquiera que sean las circunstancias en que se hubiere emprendido la gestión (art. 1790) y los efectos son retroactivos al día en que ella se inició.

En ningún caso ello afecta el derecho de terceros de buena fe, por lo cual, ante estos el gestor no se verá liberado en tanto tal exoneración los perjudique. En tal hipótesis, consecuentemente, los terceros de buena fe tendrán acción tanto contra el dueño del negocio que ha ratificado la gestión o asumido la obligación, como contra el gestor.

§ 5.— Obligaciones del dueño del negocio

950. Enumeración

En principio, el dueño del negocio, en tanto ratifique la gestión o asuma las obligaciones del gestor, queda sometido a las propias de un mandante (arts. 1789 y 1790).

El Código requiere, en cuanto a la gestión, que sea "conducida útilmente", aunque la ventaja que debía resultar no se haya producido o haya cesado (art. 1785). La utilidad alude a idoneidad en la forma de conducir el negocio. En tal caso el gestionado se encuentra obligado:

a) A reembolsar al gestor el valor de los gastos necesarios y útiles, con los intereses legales desde el día en que fueron hechos (art. 1785, inc. a)).

b) A liberar al gestor de las obligaciones personales que haya contraído a causa de la gestión (art. 1785, inc. b)). Se torna lógica la solución en la medida de la utilidad de la gestión. No se justifica que el gestor se encuentre vinculado por un asunto ajeno si su proceder ha sido útil al dueño del negocio.

c) A reparar al gestor los daños que, por causas ajenas a su responsabilidad, haya sufrido en el ejercicio de la gestión (art. 1785, inc. c)). Se ha estimado prudente, dado el fundamento de solidaridad, equidad o altruismo que impregna al instituto en análisis, dejar incólume al gestor por su actuación. Lógicamente, se exceptúa del resarcimiento aquellos daños que se originen por causas atribuibles a él. Se ha producido un cambio

notable con respecto al artículo 2300 del Código Civil de Vélez que prohibía la indemnización de los perjuicios ocasionados al gestor.

d) A remunerarlo, si la gestión corresponde al ejercicio de su actividad profesional, o si es equitativo en las circunstancias del caso (art. 1785, inc. d)). Se ha adoptado una postura contraria a la asentada en el Código Civil de Vélez, cuyo artículo 2300 negaba cualquier tipo de remuneración.

Los alcances de estas obligaciones son similares a los que debe cumplir un mandante (arts. 1789, 1790, 1328). Sin embargo, la equiparación de las obligaciones del dueño del negocio con las del mandante no es total. El gestor, en principio, no tiene derecho a retribución salvo que sea profesional y haya actuado como tal al realizar la gestión, o que resulte equitativo en las circunstancias del caso (art. 1785, inc. d)).

También puede suceder que el dueño no se vea obligado a responder ante el gestor en cuanto su rol de titular del negocio y en virtud de la ratificación o asunción de las obligaciones, sino en virtud del principio enriquecimiento sin causa (arts. 1794 y 1795); es decir, solo en la medida del beneficio que le ha reportado la gestión, juzgado al momento de su terminación.

En la hipótesis en que los dueños sean dos o más personas, y a diferencia de lo que establecía el artículo 2299 del Código Civil de Vélez, su responsabilidad es solidaria (art. 1788, inc. b)).

§ 6.— Comparación con otras instituciones

951. Con el mandato

Tanto en un supuesto como en otro, una persona toma a su cargo la gestión de negocios ajenos; en ambos, el gestor o el mandatario, según el caso, tiene la obligación de obrar con diligencia y la de rendir cuentas. El dueño del negocio debe pagarle al gestor los gastos incurridos por la gestión, liberarlo de las obligaciones contraídas en su provecho y, si no cumple, éste tiene en su favor el derecho de retención (art. 2587), al igual que un mandatario.

Sin embargo, hay diferencias esenciales que derivan de la diversa naturaleza de una y otra institución. Así, el mandato supone un contrato, un acuerdo de voluntades; la gestión es un acto unilateral que no requiere el consentimiento del dueño. Por consiguiente: a) el gestor está obligado a continuar su gestión hasta su fin o hasta que los interesados puedan proveer a ella (art. 1782, inc. c)), en tanto que el mandatario puede renunciar al mandato (art. 1329, inc. d)); b) el gestor no tiene derecho a retribución, salvo el supuesto de actuación propia de su profesión o si es equitativo en las circunstancias del caso (art. 1785, inc. d)), en tanto que el mandatario sí lo tiene como regla, pues se presume la onerosidad del mandato (art. 1322); c) el gestor no tiene derecho a que se le indemnicen los perjuicios sufridos, salvo aquellos que hayan tenido lugar con motivo de la gestión, pero por causas ajenas a su responsabilidad (art. 1785, inc. c)), en tanto que sí los puede reclamar el mandatario, a menos que le sean imputables a este último (art. 1328, inc. b)); d) para que la gestión obligue al dueño, debe ser útilmente conducida, es decir, con habilidad en el negocio (art. 1785), en tanto que el mandatario queda cubierto siempre que haya obrado dentro de los límites del mandato, sea o no útil la gestión (art. 1324, inc. a)); e) el mandato termina con la muerte del mandante (art. 1333), la gestión no termina con la muerte del dueño del negocio

(art. 1783); f) finalmente, el mandato solo puede tener por objeto actos jurídicos, en tanto que la gestión también puede referirse a actos materiales.

952. Con el enriquecimiento sin causa

Ambas instituciones tienen estrechos puntos de contacto, por cuanto están inspiradas en la equidad. Pero mientras que en el enriquecimiento sin causa, la acción del empobrecido tiene como límite el beneficio experimentado por la otra parte, en la gestión el beneficio final no interesa, con tal de que ella haya sido útilmente emprendida; es decir, el dueño queda obligado más allá del enriquecimiento subsistente. El enriquecimiento sin causa es de efectos más reducidos, pero tiene alcance más amplio: de ahí que cuando el gestor no puede hacer jugar en su provecho las reglas de la gestión, siempre tiene a su alcance el recurso del enriquecimiento.

§ 7.— Conclusión de la gestión

953. Causales

El Código Civil y Comercial establece que la gestión concluye cuando el dueño le prohíbe al gestor continuar actuando. El gestor, sin embargo, puede continuarla, bajo su responsabilidad, en la medida en que lo haga por un interés propio (art. 1783, inc. a)). También se extingue la gestión cuando el negocio concluye (art. 1783, inc. b)).

Además de estos dos supuestos, la gestión también concluye cuando el dueño del negocio asume por sí la actividad que desarrollaba el gestor (art. 1782, inc. c)).

§ 8.— Empleo útil

954. Concepto

Ubicado entre la gestión de negocios y el enriquecimiento sin causa —aunque sin duda más vecino a éste— el empleo útil existe cuando alguien, sin ser mandatario ni gestor de negocios, hiciese gastos en utilidad de otra persona (art. 1791). Para precisar el concepto, conviene deslindarlo cuidadosamente de las instituciones antes aludidas.

955. a) Distinción con la gestión de negocios

A diferencia de la gestión, no interesa la intención con que se haya realizado el gasto; aunque se lo hiciera creyendo que se trata de un negocio u obligación propia, hay acción por empleo útil. El empleo útil, por lo menos en nuestro derecho positivo, se refiere solamente a gastos de dinero, y no a servicios prestados, a diferencia de la gestión de negocios, que con frecuencia consiste precisamente en un servicio.

956. b) Distinción con el enriquecimiento sin causa

Mientras que el enriquecimiento sin causa supone un beneficio subsistente, la acción de empleo útil puede intentarse aun cuando la utilidad llegase a cesar (art. 1791). Salvo,

claro está, que la cesación de la utilidad ocurriere por culpa del propio autor del gasto, en cuyo caso mal podría pretender su reintegro.

957. Gastos funerarios

La institución de que ahora nos ocupamos tiene su aplicación más frecuente e importante en materia de gastos funerarios. Dispone el artículo 1792 que entran en el concepto de empleo útil *los gastos funerarios que tienen relación razonable con las circunstancias de la persona y los usos del lugar*.

Por consiguiente, es menester tomar en consideración la fortuna del causante, su posición social, su actuación pública. Si se trata de un menor, habrá que tener en cuenta la fortuna y posición social de su familia.

Quien ha realizado los gastos funerarios, debe dirigir su acción de reintegro contra los herederos del difunto (art. 1793, inc. b)); es claro que ellos atenderán esta deuda en proporción a sus respectivas porciones hereditarias, haya dejado o no bienes el causante.

958. Gastos en beneficio de la cosa de otro

Según el artículo 1793, incisos a) y c), el acreedor tiene derecho a demandar el reembolso: *(i) a quien recibe la utilidad; y (ii) al tercero adquirente a título gratuito del bien que recibe la utilidad, pero sólo hasta el valor de ella al tiempo de la adquisición*. Cabe aclarar que al inciso b) de este artículo, nos hemos referido en el número anterior.

Se trata de una mera aplicación del principio general del empleo útil. Solo cabe agregar que el que realizó el gasto perdería su acción si la utilidad cesó por su culpa.

El artículo 1793, inciso c), establece que si la transmisión fue a título gratuito, podrá demandar el reembolso de los gastos del que tiene el bien, pero solo hasta su valor al tiempo de la adquisición, no influyendo al respecto las posteriores mejoras naturales o artificiales que recibiese la cosa. Esto implica que si los bienes mejorados se encuentran en poder de un tercero, a quien se hubiera transmitido su dominio por título oneroso, el dueño del dinero empleado no tendrá acción contra el adquirente de esos bienes. La ley distingue así, con toda lógica, entre la adquisición por título oneroso y por título gratuito.

En el último caso, no hay acción contra el subadquirente, porque se supone que si la cosa se benefició con el gasto, el subadquirente habrá pagado ese mayor valor al comprarla (supuesto de seguridad jurídica dinámica). En la primera hipótesis, en cambio, es equitativo que el que recibe una liberalidad, pague el empleo útil que lo beneficia (hipótesis de seguridad jurídica estática); pero su responsabilidad no puede ir más allá del valor que la cosa tenía en el momento de la transferencia del dominio.

Cabe preguntarse si el que realizó el gasto tiene acción también contra el que transmitió el dominio. Si la transmisión fue a título oneroso, ninguna duda cabe de que sí la tiene; él era el dueño de la cosa en el momento de realizarse el gasto, a él benefició el empleo útil y seguramente trasladó el mayor valor adquirido por la cosa al precio convenido. Más dudosa es la solución cuando la transmisión ha sido a título gratuito. Pensamos, sin embargo, que no puede negarse al que realizó el gasto el derecho a dirigir su acción contra quien era dueño en el momento de realizarse el gasto. La acción derivada del empleo útil tiene carácter personal, y no sería posible que el dueño de la cosa se eximiese de responsabilidad enajenando o destruyendo la cosa. En otras palabras: el que ha empleado útilmente el dinero tiene un derecho de opción entre dirigir su demanda contra el enajenante o el adquirente por título gratuito; y aun pensamos que nada se opone a que demande a ambos conjuntamente (hipótesis de litisconsorcio pasivo facultativo).

CAPÍTULO XXVIII - CONTRATO DE CONSIGNACIÓN

§ 1.— CUESTIONES GENERALES

959. Concepto

Como una primera aproximación al tema, podemos decir que la consignación se caracteriza por ser un contrato en el que el consignatario recibe del consignante un bien mueble, con el objeto de venderlo a su propio nombre y rinda luego los resultados de su operación.

El contrato de consignación —o comisión como lo definía el derogado Código de Comercio— es un contrato en virtud del cual una persona (consignatario) actuando por cuenta de su mandante (consignante), realiza *a nombre propio* negocios determinados. Se advierte de la norma derogada que en la consignación la persona consignataria va a desempeñar tales negocios, obrando *a nombre propio* o bajo su propia razón social. Puede entonces resaltarse en esta relación jurídica un mandato implícito en el negocio, de allí que el Código Civil y Comercial va a definirlo en el artículo 1335 de la siguiente forma: *Hay contrato de consignación cuando el mandato es sin representación para la venta de cosas muebles.*

Más allá de que la norma citada remite supletoriamente a las normas del mandato, tenemos en la consignación a una parte (consignatario) obligándose a realizar uno o más actos jurídicos (venta de cosas muebles) en interés de otra (consignante). La operación de venta se va a realizar a nombre del consignatario (mandatario) y, por tanto, la relación jurídica se establece entre éste y el tercero contratante, permaneciendo el mandante (consignante) ajeno a dicha relación, por lo cual no existe relación jurídica alguna entre éste y el tercero contratante.

960. Partes del contrato

Las partes del contrato son:

- i) El consignante, consignador o mandante, generalmente el propietario o productor de las cosas objeto del contrato.
- ii) El consignatario o mandatario, quien recibe los efectos en "consignación" para proceder a su venta por su cuenta y a su nombre.

961. Naturaleza jurídica

Desde vieja data se sostenía que el contrato de consignación es un mandato en el cual el mandatario obra en su propio nombre, pero por cuenta del mandante, es decir, un mandato sin representación, aspecto que se plasma en el artículo 1335. O sea que, conforme sostiene FONTANARROSA (*Derecho comercial argentino. Parte general*, cap. XVI, ps. 319 y ss.), se da una actuación en nombre propio y en interés ajeno, en donde las consecuencias del negocio recaen en el consignatario, quien está vinculado

por una doble relación: con los terceros con quienes contrata, por una parte, y por la otra, con el consignante, pero entre éste y aquellos terceros no existe relación directa alguna.

De lo expuesto, puede válidamente afirmarse que la persona del consignante (titular del interés) no puede desplazar a la del consignatario, y sea o no conocida su identidad, el vínculo obligacional concertado nace, se desarrolla y muere entre el tercero y la persona del consignatario, por lo que el tercero no tendrá relación jurídica, ni acción alguna contra el consignante, salvo que el consignatario le haya efectuado cesión de derechos.

962. Diferencias con la compraventa

Importa destacar la diferencia de este contrato con la compraventa. En esta estamos ante un contrato en el que una parte se obliga a entregar a otra una cosa, transfiriéndole con la tradición la propiedad de la cosa y comprometiéndose el adquirente a abonar el precio acordado.

En la consignación, en cambio, al perfeccionarse el contrato, la entrega de la cosa o la mercadería no produce la transferencia de la propiedad de ella al consignatario, quien por ello deberá tenerla identificada y distinguida de las propias. La transferencia del dominio se hace a favor del tercero, quien adquiere la cosa por intermedio del consignatario. Por ello, la consignación no reviste nunca el carácter de venta.

963. Características

De las normas del capítulo 9, título IV, Libro Tercero, del Código Civil y Comercial, podemos fijar ciertas características y recaudos para la configuración del contrato de consignación.

Sus principales características son:

a) El contrato debe calificarse como un contrato *nominado* (art. 970) y *típico*.

b) Es además un contrato *consensual*, *oneroso* y *bilateral* (arts. 966 y 967), pues se perfecciona por el solo acuerdo de partes y genera obligaciones a cargo de ambas partes, presumiéndose siempre su onerosidad (arts. 1322 y 1342).

c) Es también un contrato *no formal* pues no requiere de un documento especial para su celebración (arts. 969 y 1015), no obstante, podemos entender que el Código Civil y Comercial establece una suerte de paralelismo de las formas al disponer que la formalidad exigida (sea legalmente o por decisión de las partes) para la celebración del contrato regirá también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que estas versaren sobre estipulaciones accesorias o secundarias o exista disposición legal en contrario (conf. art. 1016). Si bien en algún momento se consideró que no podía instrumentarse un contrato de consignación a través de una factura (factura en consignación) en la que se fija un precio, plazo de pago, etc., entendemos que con las disposiciones de los artículos 1124 y 1145, nada impide que así ocurra y se produzcan a su respecto todos los efectos que indica la segunda norma precedentemente citada.

d) También en este aspecto podemos expresar que el contrato de consignación puede ser acordado expresa o tácitamente, al igual que el mandato, lo que se corrobora con la norma del artículo 1319.

e) Es un contrato *conmutativo* (art. 968) pues las prestaciones son ciertas y determinadas, y se corresponden presuponiendo un equilibrio entre ellas.

f) Es un contrato que usualmente podemos calificar *de ejecución continuada*, ya que su finalidad es producir efectos por un lapso más o menos prolongado de tiempo, que puede estar o no predeterminado en el acuerdo y surgirá del negocio o negocios que conformen su objeto (art. 887).

Podemos también entender que la consignación impone ciertos recaudos como:

- i) La consignación es indivisible: Tal como dispone el artículo 1336, aceptada en un parte se considera aceptada en el todo.
- ii) El consignatario como mandatario actúa siempre en nombre propio. Tal como dispone el artículo 1337, el consignatario queda directamente obligado hacia las personas con quienes contrata, sin que estas tengan acción contra el consignante, ni éste contra aquellas.
- iii) Debe tener por objeto actos de venta de cosas muebles individualmente determinadas.

Podemos distinguir la consignación de la venta, como ya hemos adelantado, en que en esta la propiedad de las cosas pasa del vendedor al comprador, mientras que en la consignación, la propiedad de las cosas no vendidas sigue siendo del consignante o consignador.

Así entonces, dado que el consignante o consignador conserva el título de propiedad de la mercadería no liquidada por el consignatario, la misma debe ser incluida en el inventario del consignador al cierre de libros y en cuenta separada; y en los libros del consignatario deberá existir un inventario de esta mercadería como de pertenencia de tercero (consignante o consignador).

Podemos también distinguir la consignación —en cuanto a su operatoria— del contrato de distribución, pues si bien ambos se manejan de manera autónoma en la colocación de bienes, son contratos de colaboración y aprovisionamiento, y la ganancia es un sobre precio o una comisión; deben distinguirse en cuanto el distribuidor actúa en nombre propio y por su cuenta, mientras que el consignatario actúa en su nombre, pero por cuenta de un tercero (el consignante o mandante). El distribuidor no informa al principal de sus operaciones con terceros (su clientela), mientras que el consignatario debe comunicarle al principal la venta a terceros. Finalmente, el distribuidor compra las mercaderías para su reventa, mientras que el consignatario recibe los productos del principal, pero no paga por ellos salvo lo dispuesto en el artículo 1344 que analizaremos al final del presente.

964. Formación del contrato

Como expresáramos respecto de las características del contrato, el comisionista tiene la obligación de avisar al consignante su aceptación o rechazo de la consignación, de allí que —en razón de la indivisibilidad de la consignación— aceptada en parte, se entiende aceptada en todo (art. 1336).

La aceptación de la comisión puede ser expresa o tácita. La aceptación expresa se explica por sí misma. La aceptación tácita ocurre cuando el consignatario recibe el encargo o las cosas y comienza a cumplirlo de conformidad con las órdenes e instrucciones impartidas por el mandante o consignante, siendo de aplicación tanto la norma del artículo 1338 como la genérica del mandato (art. 1319) por la cual la ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa.

El Código de Comercio derogado había dispuesto que si el consignatario rehusaba la consignación propuesta, tenía el deber de dar aviso al consignante dentro de las 24 horas o por el segundo correo; y si no lo hacía así, se lo consideraba responsable de los daños y perjuicios que originara la omisión de dar aviso oportunamente. Esta norma no ha sido recogida por la reforma, pero entendemos —fuera del referido plazo— que el deber de toda persona, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado y adoptar las medidas razonables para que se produzca ese daño (art. 1710, incs. a) y b)) imponen al consignatario dar ese aviso con razonable urgencia, siempre y cuando el negocio encargado fuese de los que, por su oficio o modo de vivir, acepta regularmente (art. 1324, *in fine*). La omisión del aviso dará derecho al consignante para reclamar los daños que la falta de notificación oportuna pudiera producir.

§ 2.— DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

965. Derechos y obligaciones de las partes

Más allá de las disposiciones particulares que el capítulo 9 indica, son de aplicación a la consignación, los deberes y derechos de las partes que el Código fija para el mandato, o sea, se aplicarán las normas del capítulo 8 por expresa remisión del artículo 1335, *in fine*.

966. Deberes y prohibiciones del consignatario

Son deberes u obligaciones y prohibiciones del consignatario las siguientes:

i) *Dar cumplimiento al mandato o consignación*. Aceptada la encomienda, expresa o tácitamente, queda obligado a cumplirla conforme a las instrucciones y órdenes del consignante y a la naturaleza del negocio hasta que esté concluido.

Si el consignante no hubiera impartido instrucciones al consignatario sobre cómo ejecutar la manda o estuviera en la imposibilidad de recibirlas o se le hubiera autorizado para obrar según su criterio, deberá ejecutar la operación con el cuidado que pondría en sus propios asuntos o el exigido por las reglas de su profesión o según los usos del lugar de ejecución (art. 1324, inc. a)).

Ello implica que le es vedado al consignatario actuar en forma absolutamente discrecional, sino que deberá ajustarse, en la ejecución de los actos, negocios y operaciones encargadas, a actuar con la diligencia que pondría en sus propios negocios, a las reglas de su profesión y a los usos y costumbres de la plaza donde actúa.

El consignante establece el precio base por el cual quien la recibe debe venderla, por lo que —conforme jurisprudencia de vieja data— si enajenara la mercadería consignada a precio inferior al pactado o al de mercado, ello traería aparejada la responsabilidad del consignatario de conformidad con el artículo del derogado Código de Comercio, por la diferencia de precio (CCom. Cap., 29/12/1934, LL 11-923, fallo 5572), pauta que estimamos comprendida en el vigente artículo 1338.

Es de aplicación al caso lo determinado por el artículo 1324, inciso b), sobre mandato, en cuanto a que el consignatario deberá dar inmediato aviso al consignante de cualquier circunstancia sobreviniente que le lleve razonablemente a apartarse de las instrucciones recibidas, debiendo adoptar las medidas indispensables y urgentes.

Si el consignatario realizara la venta o la compra sin autorización previa de su mandante, el acto sería nulo, pero de nulidad relativa, por tanto, confirmable por el consignante o mandante.

ii) *Deber de información*. Tal como indicaba el derogado Código de Comercio, el consignatario debe comunicar todas las noticias convenientes sobre las negociaciones que tiene a su cargo para que éste pueda confirmar, reformar o modificar sus órdenes. Esto implica que el consignante, en todo momento, esté en conocimiento del verdadero estado de la gestión encomendada; de modo tal de tener un panorama cierto, real y claro del estado de sus negocios.

Una disposición semejante no la contiene el Código Civil y Comercial, más allá de lo mencionado en cuanto al deber de avisar sobre las circunstancias que lleven a apartarse de la manda al consignatario, pues a la luz del artículo 1324, inciso h), solo estaría

obligado el consignatario a informar sobre la ejecución del mandato a requerimiento del consignante.

La inobservancia del deber de información responsabiliza al comisionista por los daños que resulten, extendiéndose a aquellos emergentes de nuevas órdenes que pudiera impartir el comitente en la ignorancia del verdadero estado de la gestión encomendada o de la conclusión del negocio.

Entendemos que el consignatario está obligado a dar aviso al consignante de cualquier daño que sufrieron los efectos que obren en su poder con motivo de la ejecución del negocio, por lo que el incumplimiento del deber de información hará responsable al consignatario por los daños que se originen al principal (conf. arts. 1710, 1716 y 1749).

De allí también que, cuando el consignatario al recibir los efectos consignados para su venta, advirtiera que estos se encuentran averiados, con defectos, disminuidos o en estado distinto del que consta en los documentos de envío o remisión, deberá sin demora informar al consignante requiriendo instrucciones a su respecto y procediendo a constatar tales defectos.

iii) *Deber de conservación, reserva y confidencialidad.* El consignatario —como expresáramos— tiene el deber de conservar adecuadamente la cosa o mercaderías recibidas para el cumplimiento del encargo y es responsable por el buen estado de las mismas.

El consignatario tiene este deber de conservación que podemos incluir también dentro del deber de dar cumplimiento al encargo, siendo por ello responsable de la buena conservación de los efectos, ya sean estos los consignados, los que haya comprado o recibido en depósito; salvo caso fortuito o de fuerza mayor, o salvo que el deterioro proviniese de vicio propio de la cosa.

No solo responde del daño o deterioro de los efectos, sino también de la pérdida total, ya sea por destrucción, extravío o robo. Respecto de este último caso, en vigencia del Código de Comercio derogado se entendía que el consignatario era responsable de la cosa recibida, y que si pretendía eximirse de responsabilidad, no le bastaba probar el ilícito sufrido, sino que debía acreditar el debido cuidado puesto en la guarda, la seguridad que ofrecía el local. Esta pauta, entendemos, surge como obligación del consignatario a la luz del deber que le impone el artículo 1710, inciso b), de adoptar —conforme a las circunstancias— las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud.

El consignatario debe también mantener en reserva toda información que adquiera con motivo del mandato recibido que por su naturaleza o circunstancias no está destinada a ser divulgada (conf. art. 1324, inc. d))

iv) *Deber de informar las ventas y rendir cuentas.* El consignatario tiene el deber de informar las ventas de mercadería que va llevando a cabo, ya sea informando de cada operación o periódicamente según el encargo y los usos y costumbres del lugar.

En tal sentido y como todo sujeto que actúa en interés ajeno, está obligado, una vez concluido el mandato, a rendir cuenta detallada e instruida de todos los negocios y operaciones realizadas, cantidades entregadas y percibidas, reintegrando al consignante el sobrante de fondos o cosas que resulte en su favor (conf. arts. 1324, inc. f], y 864).

La rendición de cuentas debe efectuarse en las oportunidades convenidas o al final de cada año (art. 861) o, en su caso, al momento de la extinción del contrato o al agotarse los efectos entregados para su venta (conf. art. 1324 inc. f)).

La rendición de cuentas puede ser aprobada expresa o tácitamente. Hay aprobación tácita si no es observada en el plazo acordado o en el de treinta días de presentadas

las cuentas en debida forma. Las cuentas pueden ser observadas por errores de cálculo o de registración dentro del plazo de caducidad de un año de recibidas (art. 862).

En caso de retardo en el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas, el consignatario deberá responder por los intereses de los fondos que deba rendir (conf. art. 1324, inc. g)) y de los daños que pudieran sufrir las cosas no negociadas.

No obstante, debe entenderse que el consignante debe justificar la entrega de las cosas o mercaderías y que el consignatario las recibió, para dar pie a la rendición de cuentas respectiva.

v) *Prohibiciones que pesan sobre el consignatario.* El consignatario tiene prohibido adquirir por sí o por intermedio de otra persona efectos cuya enajenación le haya sido confiada. En tal sentido, es tajante la disposición del artículo 1341 entendiendo que la prohibición se extiende durante todo el tiempo del contrato y a su conclusión sobre las cosas que hubieran quedado sin vender.

Si bien no resulta de un texto expreso, entendemos que al consignatario también le es prohibido retener las economías y ventajas que resulten de los actos, contratos y operaciones realizadas por cuenta del mandante, quien es el único beneficiario de ellas (conf. derogado art. 255, Cód. Com.; arg. art. 1324, incs. e) y g)).

El consignatario tiene prohibido actuar en conflicto de intereses (arts. 1324, inc. c), y 1325, y arg. art. 1341) por lo que entendemos que tampoco podrá mantener en su poder —para negociar— mercaderías de la misma especie, pertenecientes a distintos dueños consignantes.

Dado que tales cosas consignadas para la venta no son de su propiedad, no podrá mantenerlas sin identificar, debiendo retenerlas en depósito de modo tal que pueda distinguirse a quiénes corresponde esa propiedad. Así, en el inventario de bienes del consignatario deberán incluirse por separado aquellos que sean de su exclusiva propiedad, de aquellos otros recibidos de terceros en consignación para su venta y que siendo propiedad de esos terceros deben mantenerse fuera de cualquier afectación a los bienes del consignatario.

Si bien la norma del artículo 265 del derogado Código de Comercio no se ha visto incorporada al Código Civil y Comercial, entendemos que es de uso y costumbre, y natural y propio de la consignación, la obligación del comisionista de identificar perfectamente los efectos que obran en su poder con motivo de las comisiones encomendadas. Ello tiene una doble finalidad: en primer lugar, distinguir esos efectos de los que fueran propiedad del propio consignatario y, en segundo lugar, para diferenciar entre sí los efectos propiedad de los distintos consignantes. No obstante, también entendemos que esta obligación de identificar adecuadamente los artículos y mantener un inventario discriminando de los artículos propios, de aquellos del consignante, surge implícito de la norma del artículo 1344 al que nos referiremos en el número 971.

967. Derechos del consignatario

Son derechos del consignatario, los siguientes:

i) *Derecho al manejo de los términos del negocio o la venta.* El consignatario tiene —siguiendo las instrucciones recibidas— el derecho de conducir el negocio en atención a la realidad del mercado, a sus modalidades, usos y costumbres, actuando con el cuidado que pone en sus propios negocios y a las reglas de la profesión.

Concretada la operación por el consignatario, éste asume todas las responsabilidades emergentes de la operación ante el tercero con quien contrata (art. 1337), estando autorizado a otorgar los plazos de pago que sean de uso y costumbre en la plaza (conf. art. 1339).

Sin embargo, si el consignatario otorgara plazos contra las instrucciones del consignante o por términos superiores a los de uso y costumbre en la plaza, está directamente obligado al pago del precio o de su saldo en el momento en que hubiera correspondido (art. 1339).

Más allá de lo expuesto, también el consignatario será responsable ante el consignante por el crédito que hubiere otorgado a terceros con quienes haya contratado, sin las diligencias exigibles por las circunstancias o lo que es de uso y costumbre en el otorgamiento de créditos (art. 1340).

ii) *Derecho al recupero de los gastos necesarios o razonables para la ejecución del mandato.* El consignante debe suministrar al consignatario los medios necesarios para la ejecución del mandato de venta y reponerle, en el momento en que le sea requerido, todo gasto que razonablemente haya incurrido el consignatario para el cumplimiento del acuerdo (art. 1328, inc. a) y todo ello previo a la rendición de cuentas al final del negocio.

iii) *Derecho al cobro de la retribución (comisión).* El consignatario tiene el derecho a recibir por parte del comitente una remuneración, aun a falta de estipulación expresa.

Todo consignatario tiene el derecho al cobro de una comisión por el cumplimiento de su tarea. Si la misma no ha sido expresamente pactada, será la que sea de uso y costumbre en el lugar donde se hubiese ejecutado la consignación (art. 1342).

La comisión corresponde desde el momento en que el negocio se concertó, salvo que expresamente se pacte que no se cobrará. Por ende, si el consignante y el tercer comprador dejaron sin efecto la operación o acordaron determinados desistimientos, ello no puede dejar sin efecto la comisión debida al consignatario.

iv) *Derecho de retención.* El derogado Código de Comercio otorgaba al consignatario el derecho de retención sobre los efectos de la consignación que tuviera en su poder con motivo de la gestión encomendada y concluida.

Nada dice el capítulo 9 al respecto, pero entendemos que el consignatario está legitimado a ejercer ese derecho de retención por todos los créditos a su favor que fueren originados por el cumplimiento de la consignación como los gastos de transporte, de conservación y otros inherentes al ejercicio de la manda y las anticipaciones efectuadas antes, durante o después de la gestión, no solo por adelantos sino también por lo que el consignatario pague al adquirir cosas por cuenta del mandante.

Este derecho lo tiene el consignatario en función de lo normado por el artículo 2587 que lo faculta para conservar en su poder la cosa que deba restituir hasta el pago que se le adeude en razón de la cosa o del negocio, derecho que ejercerá sin necesidad de autorización judicial ni notificación previa del consignatario retenedor.

Este derecho trae como consecuencia que el consignatario no podrá ser compelido a entregar los efectos que recibió o adquirió en ejercicio de la encomienda, sin que previamente se le reembolsen sus anticipaciones, gastos, comisiones e intereses, si los hubiere.

El derecho de retención puede ser ejercido sobre los efectos en su poder y también sobre los que se hallen a su disposición, y aun aquellos cuya expedición se haya verificado a la dirección del consignatario.

La declaración de quiebra suspende el ejercicio del derecho de retención sobre los bienes pasibles de desapoderamiento, los cuales deben entregarse al síndico (art. 131, ley 24.522) transformándose la acreencia del consignatario en un crédito privilegiado, de conformidad con lo indicado en el artículo 241, inciso 5º, ley 24.522, privilegio que recae sobre el producido de los bienes de que se trate o sobre la garantía que lo sustituya. Si cesara la quiebra antes de la enajenación del bien objeto del derecho de retención, continuará el ejercicio del derecho de retención, debiéndose restituir los bienes desapoderados al consignatario acreedor, a costa del deudor.

v) *Derecho a la comisión de garantía*. Puede pactarse en este contrato una comisión extra, más allá de la ordinaria o común de este negocio. En el caso de haberse pactado este tipo de sobre remuneración llamada "*comisión de garantía*", correrá a cargo del consignatario el riesgo de la cobranza y quedará —conf. art. 1343— obligado a rendir cuentas y pagar al consignante el precio correspondiente en los plazos convenidos, aunque el consignatario no hubiere logrado el cobro del negocio.

968. Obligaciones del consignante

Son obligaciones a cargo del consignante, mandante o comitente:

a) El deber de anticipar y reembolsar los gastos que demande la consignación

La remisión del artículo 1335 a las disposiciones del mandato lleva naturalmente a la obligación que tiene el consignante de anticipar los gastos necesarios para la ejecución de lo encomendado (art. 1328, inc. a)], salvo pacto en contrario.

Cuando el consignatario hubiera anticipado esos gastos, será entonces obligación del consignante reintegrarlos junto con todos los otros desembolsos que hubiera debido hacer el consignatario con motivo de la ejecución del negocio.

Se incluye en esta obligación la de indemnizar al consignatario todos los daños que sufra como consecuencia de la ejecución del negocio que no sean imputables al propio consignatario (conf. art. 1328, inc. b)).

El derogado Código de Comercio traía al respecto una norma (art. 236) que disponía que aunque el consignatario no acepte ejecutar el negocio, si se trata de un comerciante que realice actos de comisión como profesión habitual, debe proveer a los gastos urgentes y necesarios para la conservación de los bienes y efectos recibidos. Se trata de un verdadero deber profesional que mantiene el Código Civil y Comercial, pues así lo dispone el artículo 1324, párrafo final, que resulta aplicable por la remisión establecida en el artículo 1335, *in fine*.

Es también común en la consignación el pacto sobre anticipo de gastos. Si bien el principio es que el consignante anticipe los medios necesarios para la ejecución del negocio (art. 1328, inc. a)], nada impide que en el contrato de consignación el consignatario se comprometa a anticipar los gastos necesarios para el desempeño del negocio, pactándose alguna forma de reembolso. En tal supuesto, no podrá exigir el adelanto de los gastos y queda obligado a cumplir lo pactado, sin poder alegar la falta de provisión de fondos.

b) Deber de abonar la retribución o comisión

Ni el mandato (art. 1322), cuyas normas son de aplicación supletoria a este contrato, ni la consignación (art. 1342) se presumen gratuitos.

Si no se hubiera pactado monto de comisión alguno, éste se determinará según los usos y costumbres del lugar de cumplimiento de la consignación.

Para el caso de que no existiera un uso o costumbre determinado en la plaza de cumplimiento de la consignación, corresponderá que la retribución se fije judicialmente (no está de más señalar que el derogado Código de Comercio disponía en el art. 256 que la cuestión se sometiera a la resolución de árbitros, lo que puede también ser pactado en el contrato de consignación). Si la consignación debiera ser cumplida en distintas plazas con distintos usos o costumbres, para fijar la retribución del consignatario, corresponderá fijarla en forma diferente para cada negocio, según el uso de cada una de las plazas donde, efectivamente, se realizó el acto encomendado.

Si no se hubiera cumplido la totalidad de la gestión encomendada, sin que medie culpa o dolo de parte del consignatario, el consignante (mandante) debe igualmente la retribución proporcionada a los actos cumplidos, o sea solo por los actos o negocios efectivamente realizados (conf. art. 1328, inc. d)). *A contrario*, si la encomienda no se

cumple en su totalidad por culpa o dolo del consignatario, carecerá éste de derecho al cobro de retribución.

c) Obligación de respuesta oportuna

Como contrapartida del deber de información que tiene el consignatario a la luz de las normas del mandato (art. 1324, incs. b], e] y h]), se impone al consignante la necesidad de una respuesta oportuna, pues si así no lo hiciera, se podrá presumir que aprueba la conducta del consignatario, aun cuando éste no hubiera dado cumplimiento estricto a las instrucciones recibidas o a los límites del mandato. Así lo disponía el artículo 246 del derogado Código de Comercio, solución que resulta aplicable en la actualidad por ser de uso y práctica (arg. art. 1º).

969. Derechos del consignante

Los derechos del comitente o consignante constituyen el reverso de las obligaciones, prohibiciones y responsabilidades del comisionista, en tanto que los derechos de éste configuran las obligaciones del comitente.

Se puede resaltar entonces que los derechos del consignante son:

a) Derecho a dar todas las instrucciones y órdenes conforme a la naturaleza del negocio que constituye el objeto de la consignación (art. 1324, inc. a]), entre las cuales la principal será la fijación del precio de las mercaderías.

b) Derecho a requerir al consignatario toda la información necesaria sobre el estado de las gestiones (art. 1324, incs. b] y c]).

c) Derecho a requerir al consignatario la entrega de todas las ganancias y utilidades derivadas del negocio (art. 1324, inc. g]).

d) Derecho a que se le rindan cuentas circunstanciadas y documentadas en las oportunidades convenidas o al concluir el negocio (art. 1324, inc. f]).

§ 3.— CUESTIONES FINALES

970. Duración y extinción del contrato

El contrato de consignación se constituye para uno o más negocios determinados. De allí entonces podemos expresar que durará el tiempo previsto o el necesario para el cumplimiento de los negocios acordados. En consecuencia, la extinción del contrato se producirá:

a) Por la ejecución del negocio o negocios para los cuales se acordó la consignación.

b) Por el transcurso del plazo de duración que se hubiere acordado.

c) Por muerte o incapacidad del consignatario.

d) Por revocación de la manda. En caso de revocarse sin justa causa, el consignante estará obligado a indemnizar al consignatario los daños causados (art. 1331).

971. Contrato de consignación y contrato estimatorio

El Código Civil y Comercial ha incorporado el artículo 1344, al cierre del capítulo 9 referido al contrato de consignación, que textualmente expresa: *Si el consignatario se obliga a pagar el precio en caso de no restituir las cosas en un plazo determinado, el consignante no puede disponer de ellas hasta que le sean restituidas. Los acreedores*

del consignatario no pueden embargar las cosas consignadas mientras no se haya pagado su precio.

Se incorpora a la legislación argentina una mínima regulación del contrato estimatorio y que se hallaba regulada en el Código Civil italiano en el artículo 1556 definiéndolo como el contrato por el cual una parte entrega a otra cosas o mercaderías, y si éste no las restituye dentro de un plazo convenido, está obligado a pagar el precio de las mismas. Entendemos, en verdad, que nuestro artículo 1344 regula —como alternativa— una cláusula estimatoria al contrato de consignación, sin que la norma importe una regulación autónoma de dicho contrato.

Mientras dure el plazo de restitución, el consignante no puede disponer de las mercaderías o, como expresa MESSINEO, hasta tanto no recupere su posesión.

Sin embargo, la norma legal argentina impide a los acreedores del consignatario proceder al embargo de las cosas o mercaderías mientras no haya abonado el precio.

Las particularidades del contrato estimatorio en el cual hay un precio y un plazo a cargo del *accipiens* (consignatario según nuestro Código), que algunos llaman "consignación para la venta" o "venta en consignación", no permiten asimilarlo totalmente a la consignación.

CAPÍTULO XXIX - CORRETAJE

§ 1.— CUESTIONES GENERALES

972. Nociones generales

Tal como expresara la doctrina y la jurisprudencia previa a la vigencia del Código Civil y Comercial, el corredor era un agente auxiliar del comercio que profesionalmente se interponía entre dos o más personas a efectos de facilitar la conclusión de un contrato y era un mediador entre oferta y demanda.

En función de ello, el corretaje podía ser definido como el contrato por el cual una parte encomendaba a otra y esta aceptaba procurar la conclusión de un determinado negocio jurídico a cambio de una retribución, agotándose su función en el acercamiento de las partes, siendo su retribución una comisión pactada como resultado de su trabajo y gestión eficaz.

El Código Civil y Comercial establece que *hay contrato de corretaje cuando una persona, denominada corredor, se obliga ante otra, a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes* (art. 1345).

El contrato de corretaje no genera entonces una relación de dependencia, ni es un acto de representación, no es un mandatario, pues actúa no solo en nombre propio sino

también por cuenta propia y no de un tercero, ni es un comisionista o consignatario, porque no celebra ningún negocio por sí mismo.

Su función —profesionalmente y sin relación de dependencia— es acercar a las partes, mediando entre la oferta de una parte y la demanda de la otra, aproximando la voluntad de ambas, actuando en los preliminares del negocio, pues van a ser las partes y solo ellas las que concluyan el negocio.

973. Formación del contrato. Recaudos para ejercer el corretaje

El contrato de corretaje se entiende concluido, si el corredor está habilitado para el ejercicio profesional del corretaje, por su intervención en el negocio, sin protesta expresa hecha saber al corredor contemporáneamente con el comienzo de su actuación o por la actuación de otro corredor por el otro comitente (art. 1346, párr. 1º).

Como se advierte, el contrato de corretaje tiene en una de las partes a un corredor, persona (humana o jurídica, art. 1346, párr. 3º) que requiere gozar de la habilitación que da la inscripción en la matrícula de la jurisdicción correspondiente. Consecuentemente, podemos expresar que quien pretenda ejercer la actividad de corredor o ser parte en tal calidad en un contrato de corretaje deberá inscribirse cumpliendo previamente los siguientes recaudos (art. 33, ley 25.028):

- a) Acreditar mayoría de edad y buena conducta.
- b) Poseer título universitario expedido o revalidado en la República.
- c) Acreditar su domicilio por más de un año en el lugar donde pretenda ejercer como corredor, aspecto que tiene por objetivo habilitar a quien conozca los negocios y empresarios del lugar.
- d) Constituir una garantía real o personal a la orden del organismo de control de la matrícula, garantía que será inembargable y responderá exclusivamente al pago de los daños que causare la actividad del matriculado, al de las sumas de que fuere declarado responsable y al de las multas que se aplicaren, debiendo en tales supuestos el interesado proceder a la reposición inmediata de la garantía, bajo apercibimiento de suspensión de la matrícula.
- e) Cumplir con los demás recaudos que indique la reglamentación local.

Expresamente indica la ley 25.028 (art. 33, *in fine*) que los que no cumplan con estas condiciones y ejerzan el corretaje, no tendrán acción para cobrar la comisión que pudiese corresponderles, ni retribución de ninguna especie.

974. Caracteres

De lo expresado hasta este momento, podemos señalar que los caracteres del contrato de corretaje son los siguientes:

- a) Se trata de un contrato bilateral por cuanto las partes se obligan recíprocamente (art. 966).
- b) Es consensual, pues se perfecciona por el solo consentimiento de las partes y aun con el silencio ante el actuar del corredor (conf. arts. 979 y 1346, párr. 1º).
- c) Es no formal, pues la ley no exige forma alguna para su validez (art. 969). El propio artículo 1346 permite advertir que para la existencia del contrato de corretaje basta la conformidad tácita de las partes, traducida en la simple aceptación de la intervención del corredor en el negocio, sin protesta ni reserva.

La circunstancia de que la ley 25.028 haya implementado la creación de carreras universitarias específicas para martilleros y corredores, no incide sobre el carácter formal o no formal del contrato, pero impone una específica calificación a la persona que pretenda actuar como corredor. Pero a su vez —tal como ha resuelto la jurisprudencia— esa imposición no descarta que otros profesionales, como los abogados, puedan

matricularse como tal, ya que la ley indica "títulos habilitantes con arreglo a reglamentaciones vigentes" (CNCom., sala C, 14/2/2003, "I.G.J. c. Marceillac", ED 204-173). Sí debe recordarse que la matriculación en una jurisdicción no extiende sus alcances a otras jurisdicciones.

d) Si bien se ha sostenido que es un contrato accesorio, por nuestra parte entendemos que es un contrato principal que tiene por objeto lograr la celebración de otros contratos, que pueden o no ocurrir, lo cual no lo hace accesorio, sino que lo califica como un *contrato de colaboración* que se esboza en distintas etapas. En una primera etapa, nace la relación de intermediación con la intervención del corredor profesional que lleva la propuesta; en una segunda etapa, lograda la conformidad de la otra parte interesada en el negocio propuesto, el corredor las pone en contacto para que concluyan el negocio, el cual —perfeccionado— da lugar al nacimiento del derecho a la comisión.

§ 2.— DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CORREDORES

975. Facultades de los corredores

Dada su tarea de vincular a las partes de un negocio, es lógico que la norma legal expresamente los faculte a llevar adelante determinadas tareas y acciones (art. 34, ley 25.028). Ellas son:

a) Poner en relación a dos o más partes para la conclusión de negocios, sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, subordinación o representación. No obstante, una de las partes podrá encomendarle que la represente en los actos de ejecución del contrato mediado. Acá se pone de relieve la tarea mediadora del corredor, la conclusión del contrato por las partes que ha allegado y la carencia de relación de subordinación jurídica o económica del corredor.

b) Informar sobre el valor venal o de mercado de los bienes que pueden ser objeto de actos jurídicos. Así se resalta el deber de adecuada información que debe brindar el corredor a su cocontratante y al tercero con quien puede llegar a vincularlo.

c) Recabar directamente de las oficinas públicas, bancos y entidades oficiales y particulares, los informes y certificados necesarios para el cumplimiento de sus deberes. Esta es una facultad que hace al deber de información (hablar claro) y a un completo *disclosure* de los términos y distintos aspectos del negocio que está mediando.

d) Prestar fianza o garantías por una o ambas partes. En efecto, puede hacerlo, ya por su cocontratante, ya por la obligación del tercero con quien lo vinculó en el negocio que estuvo mediando, ya por las obligaciones de ambas partes en la negociación en que actuó (art. 1349, inc. a)).

e) Finalmente, pueden recibir de una parte el encargo de representarla en la ejecución del negocio celebrado (art. 1349, inc. b)).

976. Deberes de los corredores

Más allá de las facultades que la ley reconoce al corredor para el desempeño de su tarea, también le impone determinados deberes u obligaciones que hacen a la protección del cocontratante y de los terceros con quienes pueda vincularse en el manejo del negocio.

El artículo 1347 del Código Civil y Comercial y los artículos 35 y 36 de la ley 25.028 disponen que el corredor debe:

a) Llevar libros generales y especiales a fin de dejar asiento exacto y cronológico de todas las operaciones concluidas con su intervención, transcribiendo sus datos esenciales en un libro especial de registro, rubricado por el Registro Público o por el órgano a cargo del gobierno de la matrícula en la jurisdicción. Se le aplican, en consecuencia, los artículos 320 y siguientes, por tratarse de una actividad profesional organizada, lo que le impone llevar el Libro Diario y el Libro de Inventarios y Balances, a más del auxiliar Caja si se hace necesario un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben registrarse, de modo que se permita la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas acreedoras y deudoras. Los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva, todo lo cual debe archivar en forma metódica y que permita su localización y consulta. En particular, debe llevar un Libro Manual y uno de Registro de todas sus operaciones.

b) Asegurarse —en el desarrollo de su tarea— de la identidad de las personas que intervienen en los negocios en que él media y de la capacidad legal de ellos para contratar.

c) Proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de mencionar supuestos inexactos que puedan inducir a error a las partes, en otras palabras tiene el deber de informar y de *full disclosure*, o sea, dar toda la información que hace al negocio que está mediando. En definitiva (conf. ley 25.028) debe: i) comprobar la existencia de los instrumentos de los que resulte el título invocado por quien vende cuando se trate de bienes registrables, y ii) recabar la certificación del registro correspondiente sobre la inscripción del dominio, gravámenes, embargos, restricciones y anotaciones que reconozcan aquellos, así como las inhibiciones o interdicciones que pudieran afectar al transmitente.

d) Comunicar a las partes —como consecuencia de lo anterior— todas las circunstancias que sean de su conocimiento y que de algún modo puedan influir en la conclusión o modalidades del negocio. Así, deberá informar todos los datos necesarios y adecuados para la formación del acuerdo de voluntades, en particular, las relativas al objeto y al precio de mercado.

e) Si se trata de negociaciones de mercaderías hechas sobre muestras, identificarlas y conservarlas hasta el momento de la entrega o mientras subsista la posibilidad de discusión sobre la calidad de las mercaderías entregadas.

f) En su caso (art. 35, ley 25.028), convenir por escrito con el legitimado para disponer del bien, los gastos y la forma de satisfacerlos, las condiciones de la operación en la que intervendrá y demás instrucciones relativas al negocio. Se debe dejar expresa constancia en los casos en que el corredor quede autorizado para suscribir el instrumento que documenta la operación o realizar otros actos de ejecución del contrato en nombre de aquel.

g) Mantener estricta confidencialidad de todo lo que concierne a las negociaciones en las que interviene, la que solo debe ceder ante requerimiento judicial o de autoridad pública competente.

h) Asistir, en las operaciones hechas con su intervención, a la firma de los instrumentos conclusivos y a la entrega de los objetos o valores, si alguna de las partes lo requiere.

977. Prohibiciones de los corredores

Con el fin de resguardar la transparencia de la labor del corredor, la ley ha fijado específicas prohibiciones.

En tal sentido, el artículo 1348, inciso a), ha dispuesto que le está prohibido adquirir por sí o por interpósita persona cualquier efecto cuya negociación le haya sido encargada.

La misma norma (inc. b)) prohíbe a los corredores tener cualquier clase de participación o interés en la negociación o en los bienes comprendidos en la negociación que le fuere encargada.

978. Derechos de los corredores

Como todo contrato bilateral, existe una reciprocidad de prestaciones, por lo cual, la tarea del corredor debe ser remunerada. Así es que el artículo 1350 dispone que tiene el derecho a percibir una *comisión* —remuneración— por los negocios en los que intervenga. Esta comisión puede estar estipulada en el contrato mismo, y si no hubiese sido pactada, corresponderá la que es de uso en el lugar de celebración del contrato o, en su defecto, la del lugar en que el corredor realiza su cometido principalmente.

Finalmente, si faltaran todas ellas, la comisión será fijada por el juez.

En el corretaje lo que se remunera es el resultado útil de la gestión encomendada con independencia de los trabajos o servicios prestados para el logro del negocio. El derecho a la remuneración o comisión lo es en razón de ese acto de acercamiento o promoción del negocio y su resultado.

La remuneración, sin embargo, se debe si la operación no se realiza por culpa de una de las partes, o cuando iniciada la negociación por el corredor, el comitente encargare la conclusión a otra persona o la concluyere por sí mismo.

Interviniendo un solo corredor, éste tendrá derecho a percibir retribución de cada una de las partes, o sea que todas las partes del negocio deben la remuneración o comisión, excepto pacto en contrario o protesto expreso de una de las partes contemporáneamente con el comienzo de la actuación del corredor (art. 1351). En este caso, la norma dispone que no existe solidaridad de las partes respecto del corredor.

Si interviene más de un corredor, cada uno solo tendrá derecho a exigir remuneración a su comitente (art. 1351, *in fine*); la compartirán quienes intervengan por una misma parte.

Más allá de lo expuesto, el Código Civil y Comercial ha previsto supuestos especiales en los que corresponde y en los que no corresponde el derecho a percibir comisión.

Así, el artículo 1352 dispone que, concluido el contrato, *la comisión se debe* siempre aunque:

- a) El contrato esté sometido a condición resolutoria y esta no se cumpla.
- b) El contrato no se cumpla, se resuelva, se rescinda o medie distracto.
- c) El corredor no concluye el contrato, pero ha iniciado la negociación y el comitente encarga su conclusión a un tercero, o lo concluye por sí en condiciones sustancialmente similares.

En cambio, el artículo 1353 establece que *la comisión no se debe* —y ello, aunque el contrato haya sido celebrado con la intervención del corredor— cuando:

- a) Está sometido a condición suspensiva y esta no se cumple.
- b) Se anula por ilicitud de su objeto, por incapacidad o falta de representación de cualquiera de las partes, o por otra circunstancia que haya sido conocida por el corredor.

Además, carece del derecho a comisión, cuando por culpa del mismo corredor se anulare o resolviera el contrato o se frustrare la operación y perderá el derecho a que se le reintegren los gastos, sin perjuicio de las demás responsabilidades a las que hubiere lugar (art. 38, ley 25.028).

979. Recupero de gastos

En el desarrollo de su tarea es normal que el corredor incurra en gastos a efectos de desarrollar su tarea. Este tema del recupero de gastos nos pone en colisión dos normas: la particular de corredores (ley 25.028) y el Código Civil y Comercial.

El Código, en su artículo 1355, ha dispuesto que las reglas sobre el contrato de corretaje no obsta a la aplicación de las disposiciones de leyes y reglamentos especiales de corredores.

En el anterior —art. 1354— dispone que *el corredor no tiene derecho a reembolso de gastos, aun cuando la operación encomendada no se concrete, excepto pacto en contrario*. Obvio es que lo pactado deja de lado el problema, pero la norma especial (ley 25.028) dispone que el corredor tiene además derecho a percibir del comitente el reintegro de los gastos convenidos y realizados, salvo pacto o uso contrario.

¿Cuál será de aplicación? Entendemos que las normas generales del Código "no pueden obstar" a la aplicación de la norma particular y, en tal sentido, será la ley 25.028 que primará en punto al derecho del corredor al recupero de los gastos efectuados con motivo del negocio encargado (conf. art. 963).

§ 3.— CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

980. Cláusulas especiales

En la contratación del corredor pueden darse alternativas que hacen al mejor desarrollo del encargo. Así, es viable la cláusula de exclusividad por la cual el requirente se ve impedido durante el plazo de vigencia del contrato o de la autorización a concretar el negocio directamente por sí o por medio de otro corredor.

Si dicha cláusula fuere violada por el requirente o vendedor dentro del plazo de vigencia de la autorización, el corredor mantendrá su derecho al cobro de la comisión.

981. Actuación de una persona jurídica

Expresamente el Código Civil y Comercial reconoce la posibilidad de que puedan actuar como corredores personas humanas o jurídicas. Se viabiliza así la posibilidad de las sociedades de profesionales, a pesar de lo que en su momento sostuvo la Inspección General de Justicia de la Capital Federal en su resolución general 7/2005, Libro III, título I, capítulo I, sección primera (art. 56), que *"no se inscribirá la constitución de sociedades o asociaciones bajo forma de sociedad cuyo objeto sea la prestación de servicios profesionales que requieran título habilitante extendido a personas físicas"*.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia dictada el día 30/11/2010, en el caso "Ghiano, Re y Asociados SA", adhiriendo (por mayoría) al dictamen de la procuradora fiscal de la Nación, entendió que si la ley 20.488 se interpretara literalmente en el sentido de que los profesionales de ciencias económicas solo pueden integrar asociaciones civiles, a la luz de lo determinado por el artículo 3º de la Ley General de Sociedades, sería una *interpretación irrazonable*, pues no puede considerarse que el legislador haya pretendido imponer esa forma asociativa *sin fines* de lucro a profesionales de ciencias económicas, como condición principal de viabilidad de su actividad en forma asociada.

Correspondía así —según la procuradora fiscal— reconocer un sentido general más amplio, lo cual se sustenta en la libertad de asociación reconocida por nuestra Constitución Nacional y el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Recientemente, la misma Inspección General de Justicia, en su nueva resolución general 7/2015 (art. 57) dispuso —siguiendo la citada doctrina de la Corte Suprema y encuadrándose dentro de la pauta del artículo 1346— que *podrán constituirse sociedades integradas exclusivamente por profesionales con título habilitante extendido a personas humanas que se asocien para ejercer actividades propias de sus incumbencias en el caso que se lo permitan las leyes que reglamenten su ejercicio quedando sujetos a dicha normativa*.

Han quedado así habilitados los corredores a constituir sociedades en tanto y en cuanto todos sus integrantes lo sean. Pero, además, entendemos que la resolución de la Inspección General de Justicia es cuestionable en su último párrafo, pues no puede limitarse esa facultad de asociarse que tiene base constitucional al hecho de que *lo permitan las leyes que reglamenten el ejercicio profesional*, habida cuenta de que la propia Constitución Nacional, en su artículo 19, establece que ningún habitante puede ser privado de lo que la propia Constitución o la ley misma no prohíben.

CAPÍTULO XXX - DEPÓSITO

§ 1.— Nociones generales

982. Concepto

Muchos son los contratos que obligan a una de las partes a guardar y conservar la cosa del otro. El mandatario debe guardar las cosas cuya administración le ha sido confiada; el contratista, las cosas que se ha comprometido a reparar; el comodatario las que se le ha prestado; el transportador las que lleva de un lugar a otro. Pero en todos estos casos la obligación de guarda es accesoria de otra principal, que constituye el verdadero objeto del contrato. En el contrato de depósito, en cambio, la finalidad esencial es precisamente la guarda de la cosa. Habrá, por tanto, depósito cuando una de las partes entrega a la otra una cosa con la sola finalidad de custodiarla hasta que aquella la reclame. Así lo define entonces el artículo 1356 al señalar que *habrá contrato de depósito cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos*.

983. Objeto

En nuestro derecho, la cosa objeto del depósito puede ser mueble o inmueble. Esta solución importa una anomalía en el derecho comparado; salvo contadas excepciones, las restantes legislaciones solo permiten el depósito de cosas muebles. VÉLEZ SARSFIELD defendía esta solución en la nota al artículo 2182 del anterior Código Civil, diciendo que no se encuentra razón para decir que una persona que cierra su casa y deposita en otra las llaves, no efectúa un depósito sino una locación de servicios, pues el objeto del acto ha sido depositar la casa, aunque subsidiariamente se exija algún servicio del que la recibe, y agrega que el secuestro judicial no es sino un depósito

(aunque no contractual) y nadie niega que puede ser de cosas inmuebles. A pesar de la indudable fuerza de la argumentación, parece preferible limitar la esfera de acción del contrato de depósito a las cosas muebles. Esta limitación, hoy generalmente aceptada, obedece a la estructura especial de este contrato, cuyas reglas tienen como finalidad asegurar la restitución de las cosas que serían susceptibles de desaparición.

984. Caracteres

El contrato de depósito tiene los siguientes caracteres:

a) Es en principio *oneroso*, pero puede ser gratuito si las partes lo acuerdan así (art. 1357). Aclara la norma, a su vez, que la gratuidad solo versa sobre la remuneración que le es debida por el depositante al depositario, pero que aun en estos supuestos, se le deben a este último los gastos *razonables* en los que incurra para la conservación del bien. Claramente, el requisito de *razonabilidad* será ponderado en última instancia por el juez en el caso concreto, pero entendemos que pueden servir como pautas de determinación las siguientes reglas: a) la relación entre el gasto y el valor del bien; b) el grado de necesidad del gasto respecto de la necesidad de su conservación. Cuando el depósito es oneroso, el depositante debe pagar la remuneración establecida por todo el plazo del contrato, a menos que se hubiese pactado su reducción si el depositante reclamase la restitución de la cosa antes del vencimiento del contrato (art. 1360, párr. 1º).

b) Se trata de un contrato *bilateral*, aun cuando fuese gratuito. En efecto, si bien las obligaciones recaen principalmente sobre el depositario, que debe cuidar de la cosa y luego restituirla al depositante, este último está obligado a entregar la cosa para su cuidado. Si el contrato fuese oneroso, el depositante deberá además pagar la remuneración convenida. Y, si fuera gratuito, deberá reintegrar los gastos efectuados por el depositario, si los hubiera (art. 1357).

c) Es un contrato *consensual*, pues basta el mero acuerdo de voluntades para que sea exigible.

d) Es un acto de *confianza* del depositante en el depositario. Esta confianza está en la raíz del contrato y, según hemos de verlo, gobierna sus efectos de una manera permanente.

985. Distinción con otros contratos

Hemos dicho ya, que en numerosos contratos una de las partes recibe de la otra una cosa que está obligada a guardar y conservar, sin que por ello sean depósitos, porque la obligación de guardar resulta accesoria de otra principal que es la que se tiene en mira al contratar; en tanto que en el depósito, la guarda y conservación es la obligación única o casi única. Ordinariamente, basta con esto para una clara distinción conceptual; pero con frecuencia, los contratos asumen formas atípicas en las que el encuadre jurídico no resulta sencillo. Debe considerarse que no hay depósito cuando una persona deja una cosa en casa de alguien, aunque sea con su consentimiento, si ella no ha contraído una obligación de guarda, tal como ocurre con el abrigo o el paraguas que deja en la percha el visitante, el cliente de un profesional (médico, abogado, etc.), o de una casa de comidas. Aunque es muy similar la situación de los efectos dejados por el obrero en la fábrica (ropa, bicicleta, etc.), la tendencia contemporánea a proteger el trabajo ha hecho prevalecer la solución de que el patrón debe considerarse responsable de su daño o extravío como un depositario. Pero habrá depósito si una de las partes ha asumido claramente una obligación de guarda, como ocurre cuando el propietario del cine, teatro, restaurante, club, etc., organiza un guardarropa con un empleado encargado de su cuidado, sobre todo si se entregan *tickets*.

Los depósitos hechos en los bancos por sus clientes están sujetos a las disposiciones específicas para el contrato de depósito bancario (arts. 1390, 1391 y 1392); así como

las cosas depositadas en las cajas de seguridad tendrán su regulación en los artículos 1413 a 1417. Nos remitimos a los números 1033/37 y 1043.

986. Distinción con el comodato

Más clara resulta la distinción con el préstamo de uso o comodato. En este contrato, la cosa se entrega para que la use el comodatario; es verdad que tiene que cuidarla, pero lo esencial es el uso. La diferencia se hace más borrosa cuando el depositante autoriza al depositario a usar la cosa que le da a guardar, pero aun así los conceptos son claros: el depósito tiene principalmente en mira el interés del depositante, cuyas cosas se dan a guardar; el comodato tiene en mira el interés del comodatario, a quien se lo autoriza a usar de la cosa. Además, el comodato es necesariamente gratuito, en tanto que el depósito es, por regla, oneroso. De estas diferencias esenciales surgen otras: la responsabilidad del depositario es más restringida que la del comodatario; el depositario puede ser obligado a devolver en cualquier momento la cosa depositada, en tanto que el comodatario puede conservarla hasta el plazo fijado en el contrato, salvo que el comodante funde su pedido de reintegro en una necesidad imprevista y urgente.

987. Diferencia con el mutuo

La diferencia con el mutuo o préstamo de consumo es más neta aún: en este contrato, la tradición de la cosa lleva envuelta la transferencia de la propiedad al prestatario, en tanto que el depositante conserva intacto el dominio. Sin embargo, en el depósito irregular, esta distinción esencial desaparece, porque también el depositario adquiere el dominio y debe restituir solo una cosa equivalente. Pero aún pueden señalarse algunas diferencias importantes: a) el depósito se celebra principalmente en interés del depositante, el préstamo principalmente en interés del que lo recibe; b) es verdad que si el préstamo y el depósito son onerosos, también el depositario y el prestamista tienen interés en el contrato, pero en el depósito, el que paga la retribución es el que entrega la cosa, en tanto que en el mutuo, es el que la recibe; c) el depositante puede exigir en cualquier momento la restitución de la cosa, en tanto que el prestamista tiene que atenerse a los plazos contractuales.

988. Distintas categorías de depósito

Según nuestro Código Civil y Comercial, el depósito puede ser *voluntario o necesario*. El primero es el que resulta del libre convenio de las partes (art. 1356); el segundo es el que se hace sin la posibilidad del depositante de elegir al depositario a causa de un hecho imprevisto que lo somete a una necesidad imperiosa; así como también el de los efectos introducidos por los viajeros en los hoteles y en los establecimientos o locales asimilables (arts. 1368 y 1375).

A su vez, el depósito voluntario puede ser *regular o irregular*. Es regular el que se hace de cosas que pueden individualizarse; irregular el de cosas fungibles que una vez entregadas no pueden individualizarse. Esta distinción tiene la mayor importancia porque el depositario irregular adquiere la propiedad de la cosa y puede disponer de ella, a diferencia de lo que ocurre en el depósito regular o típico (art. 1367). Si se entregare en depósito una cosa fungible, pero guardada en saco cerrado, será un contrato de depósito regular, pues la cosa está individualizada en el saco que la encierra.

989. Depósitos no convencionales

Las reglas sobre el contrato de depósito se aplican solo en forma subsidiaria, es decir, en defecto de la legislación especial, a los efectos de los depósitos constituidos por disposición de última voluntad, a los depósitos judiciales y a los de masas de bienes de los concursos y quiebra.

§ 2.— Formación del contrato

A.— CAPACIDAD

990. Principio general

En principio, tanto el depositante como el depositario deben tener capacidad para contratar. No se requiere que el depositante sea dueño de la cosa; puede depositar toda persona que tenga interés en su cuidado (mandatario, contratista de obra, transportador, etc.). Más aún, el artículo 1365 prohíbe al depositario requerirle al depositante la prueba del dominio.

B.— FORMA Y PRUEBA

991. Forma

La celebración del contrato de depósito no exige el cumplimiento de formalidad alguna. En consecuencia, puede hacerse aun verbalmente. Sin embargo, cuando el depositario es un propietario de las llamadas *casas de depósito*, está obligado a entregar recibo sobre las cosas recibidas, describiendo su naturaleza y características (art. 1377, inc. a)]. Esta formalidad, si bien no afecta a la existencia del contrato, tendrá repercusión sobre su prueba.

992. Prueba

El contrato de depósito no posee, en principio, normas específicas respecto de su prueba, por lo que se lo podrá probar por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción (art. 1019).

Sin embargo, y tal como hemos dicho en el punto anterior, el artículo 1377, inciso a), dispone la entrega al depositante —que deja sus bienes en una casa de depósito— de un recibo donde consten las cosas dejadas y su descripción. En este sentido, entendemos que en el contrato de depósito toma particular importancia el último párrafo del artículo 1019, que prohíbe la prueba de testigos para aquellos contratos que sean de uso instrumentar. Es que el contrato de depósito puede darse de diferentes maneras, y de acuerdo con tal tipología, será aplicable o no la exigencia de una prueba diferente a los testigos. Así, si estamos en un supuesto de depósito, en el que el depositario es comerciante y ejerce su actividad a través de una casa de depósito, o si el depositario contrata a su vez a otra persona extraña al depositante para que guarde la cosa, se aplica la prueba del artículo 1377, inciso a); empero, no cabría igual exigencia en los

casos de depósito necesario por situaciones imprevistas, o en los casos en el que el depositario es un familiar o alguien cercano al depositante, siendo en estos casos aceptable la prueba de testigos.

993. Omisión de entrega de recibo

¿Qué sucede en el caso de que el dueño de la casa de depósito omita entregar el recibo previsto en el artículo 1377, inciso a)? Entendemos que el depositante deberá acreditar la existencia de un contrato de depósito conforme a las normas generales (art. 1019). Acreditada la existencia del depósito, la omisión de la entrega de recibo configurará una presunción en contra del dueño de la casa de depósito, siendo válidas las manifestaciones que al respecto realice el depositante, siempre que tengan visos de verosimilitud. Así, si una persona alega haber dejado en depósito bienes que no se condicen con su capacidad económica, no podrá hacer valer la presunción a su favor *ipso iure* sino que tendrá que acreditar además la posesión de dichos bienes por cualquier medio de prueba.

994. Pérdida o destrucción del recibo

Si el depositante pierde el recibo o éste se destruye, podrá requerir al depositario una copia de él. Asimismo, para el caso de que pida la restitución de los bienes, deberá acreditar su entrega al depositario, mas no su titularidad dominial o derecho real alguno sobre estos (art. 1365).

§ 3.— Efectos

A.— OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO EN EL DEPÓSITO REGULAR

995. Enumeración

Conforme al artículo 1358, el depositario tiene las siguientes obligaciones: a) guardar y conservar la cosa que se le entrega, con la diligencia que usa para sus cosas o que corresponda a su profesión; b) abstenerse de usar la cosa depositada; c) restituirla al término del contrato o cuando el depositante lo exija, con sus frutos.

Además, si el depositario ejerce su actividad como comerciante mediante una casa de depósito, deberá, además de las obligaciones enunciadas: a) dar recibo por las cosas que les son entregadas para su custodia, en el que se describa su naturaleza, calidad, peso, cantidad o medida, y b) permitir la inspección de las cosas recibidas en depósito al depositante y a quien éste indique (art. 1376).

Entendemos además que, como obligación accesoria, tendrá que respetar y guardar secreto, no pudiendo, como parte de este deber, abrir o acceder a las cosas depositadas en cajas o bultos cerrados.

1.— Obligación de guarda

996. Alcance y contenido

La obligación esencial del depositario, aquella que constituye el objeto principal del contrato, es la guarda de la cosa. El depositario está obligado a poner en ella la misma diligencia que en el cuidado de las suyas propias o la que corresponda a su profesión (art. 1358). En el primer caso, la ley se aparta del criterio objetivo de culpa, para apreciarla en forma más benévola; para eximirse de responsabilidad, no es necesario que el depositario demuestre que obró como lo haría una persona diligente o un buen padre de familia; le basta con demostrar que no puso más esmero en el cuidado de sus propias cosas.

Pero distinta es la solución en el segundo caso, cuando el depositario actúa profesionalmente, a través de una casa de depósito. En dichos casos se aplica la regla del artículo 1376, en los cuales el titular solo se exime de responsabilidad si la cosa se pierde por la naturaleza de las cosas, un vicio que poseían o defectos en el embalaje (en el caso en que no hayan sido embaladas por el depositario). En estos casos, además, el caso fortuito solo funcionará como eximente si éste es ajeno al riesgo de la actividad. Así, si se da a una casa de depósito la custodia de determinados bienes de valor, su robo no exime de responsabilidad por caso fortuito.

El cuidado de la cosa debe ser personal, puesto que el depósito es una relación de confianza. El depositario no puede delegar en otro dicho cuidado, es decir, no puede depositar la cosa en un tercero, a menos de estar autorizado a hacerlo. Pero puede poner la cosa bajo la vigilancia de un dependiente directo, de cuya actuación el depositario responde ante el depositante.

Asimismo, el depositante puede pactar con el depositario que los bienes sean custodiados de una forma en particular (por ejemplo, un depósito de vinos, que deben conservarse en una sala refrigerada a una determinada temperatura). El incumplimiento de estas obligaciones dará lugar al depositante a pedir la restitución inmediata de los bienes y al cobro de los daños que dicho incumplimiento cause. Además, si por cuestiones excepcionales el depositario debe cambiar el modo en que se realiza la custodia de los bienes, debe dar inmediato aviso al depositante a los fines de que éste tome los recaudos del caso (art. 1362).

997. Caso fortuito

Como todo deudor de cuerpo cierto, el depositario que no lo restituye o lo restituye deteriorado, se presume culposo si no demostrare lo contrario. La fuerza mayor, más aún, la ausencia de culpa del depositario en la pérdida de la cosa, lo exime de responsabilidad, y tal pérdida debe ser soportada por el depositante (art. 1364). Las excepciones a esta regla son que el depositario haya tomado el caso fortuito a su cargo en el contrato, o que el acontecimiento haya sucedido por su culpa, o que haya ocurrido después de constituido en mora para restituir la cosa; empero, en este último caso, no responderá si demuestra que la cosa se hubiere perdido también en poder del depositante. Sin embargo, el caso fortuito, como eximente de responsabilidad, será considerado con un criterio más acotado en el caso de las casas de depósito, en tanto solo opera como ruptura de la relación de causalidad si el hecho es ajeno al riesgo de la actividad (art. 1376).

998. Gastos de conservación

Es necesario distinguir según el depósito sea oneroso o gratuito. En este último caso, el depositario está obligado a realizar los gastos razonables para la custodia y restitución la cosa, mientras que el depositante está obligado a reembolsárselos (art. 1357). Si, en cambio, el depósito es oneroso, y es necesario hacer gastos extraordinarios para la conservación de la cosa, el depositario está obligado a dar aviso inmediato al depositante, y a hacer los gastos razonables causados por actos que no puedan demorarse. Tales gastos corren por cuenta del depositante (art. 1360). Por lo demás, si el depositario gratuito está obligado —como se vio— a realizar los gastos razonables para la custodia de la cosa, con derecho a ser reembolsado; con mayor razón la misma obligación recae en el depositario oneroso.

Como el depositario no está obligado a asegurar la cosa, el depositante no responde por las primas del seguro, a menos que, ocurrido el siniestro, aquel le entregue (como es su obligación) la indemnización recibida. En este caso, en efecto, sería contrario a toda noción de equidad que el depositante se beneficie con el acto de previsión del depositario y no afronte el pago de las primas.

El depositario que no cumple con la obligación de avisar ni hace los gastos necesarios, debe indemnizar al depositante por los daños que resulten, en tanto, incumple una obligación legal contenida en los artículos 1357 y 1360.

2.— Obligación de no hacer uso de la cosa

999. Alcance

El depositario no puede usar la cosa depositada (art. 1358). Al tratarse de una norma supletoria, nada obsta a que el depositante autorice al depositario a utilizarla, ya sea expresamente, ya sea tácitamente, conociendo su uso y no evitándolo. Si, violando sus obligaciones legales, el depositario la usare, debe los daños causados conforme al principio de la reparación integral.

Cuando el depósito es de dinero, lo que constituye un supuesto de depósito irregular —al menos que se entregue en un saco o caja o bulto cerrado—, hay una transferencia del dominio de la cosa y, por tanto, el depositario queda autorizado a usarlo y a disponer de él como le plazca, aunque se lo prohíba el contrato (art. 1367). Por lo tanto, esta norma solo puede tener aplicación en el caso de que el dinero se haya entregado en saco o caja o bulto cerrado, que el depositario hubiera abierto.

3.— Obligación de restitución

1000. Cómo debe hacerse la restitución

La restitución debe hacerse en especie; debe restituirse la misma e idéntica cosa con todas sus accesiones y frutos (art. 1358) y como ella se encuentre, sin que el depositario sea responsable de los daños que hubiera sufrido sin su culpa (art. 1364). Pero debe presumirse que, si el depositario recibió la cosa en buenas condiciones y la devuelve

deteriorada, tales daños se han producido cuando la cosa se encontraba bajo su guarda, y solo quedará liberado si prueba que el perjuicio provocado no le es imputable.

En lo que atañe a los frutos, el depositario solo debe los percibidos, pues en su calidad de simple custodio, no está obligado a cultivar la cosa.

Cuando la restitución en especie se haya hecho imposible por culpa del depositario (que la ha destruido o enajenado), está obligado al pago de los daños consiguientes. Como todo deudor de cuerpo cierto, su culpabilidad se presume mientras no demostrare lo contrario.

1001. Responsabilidad de los herederos del depositario que han enajenado la cosa

Los herederos del depositario que hayan enajenado de buena fe la cosa mueble, ignorando que se trataba de un depósito, solo están obligados a restituir al depositante el precio recibido, y si el precio aún no ha sido pagado, deben ceder el crédito (art. 1366). Es una solución de excepción, pues los herederos deberían responder de la misma manera que el propio depositario, vale decir, indemnizando al depositante todos los daños sufridos, que no se calcularán sobre la base del precio recibido sino del valor real de la cosa en el momento de la restitución. La excepción se funda en una razón de equidad, para no perjudicar al heredero de buena fe. Por el contrario, los que sabían que la cosa era depositada y la vendieron, están sujetos a las reglas ordinarias: responden por el valor de la cosa y los restantes daños.

En cambio, si la hubieren donado, están obligados a devolver su valor. En efecto, aunque el artículo 1366 solo se refiere a la enajenación, y ella puede ser gratuita u onerosa, es claro que la norma se refiere a esta última, toda vez que deja a salvo el derecho del depositante sobre el precio. En la donación no hay precio y sería inadmisibles que el depositante perdiera todo derecho a reclamo alguno.

1002. A quién debe hacerse la restitución

La cosa depositada debe restituirse al depositante o a quien éste indique. Si el depósito es en interés de un tercero, no se puede entregar la cosa sin el consentimiento de éste (art. 1363).

Si el depósito ha sido hecho por un administrador de bienes ajenos, acabada la administración, el depósito debe ser devuelto a la persona representada en atención a que ha cesado la causa de la representación. Si el depositante hubiera perdido la administración de sus propios bienes, la restitución debe hacerse a la persona a la cual hubiere pasado la administración a los fines de evitar que los bienes queden exentos de la órbita del administrador. Así, si el depositante deviene incapaz, las cosas deberán ser entregadas a su apoyo, o si se le ha decretado la quiebra, al síndico.

Puede ocurrir que quienes deban recibir el depósito sean varios, porque fueron múltiples los depositantes o porque fallecido el depositante, lo sucedieron varios herederos. Si los interesados se ponen de acuerdo en quién ha de recibir el depósito, el depositario cumple entregándolo a dicha persona; pero si no hay acuerdo, la cosa debe consignarse judicialmente.

1003. Lugar y gastos de la restitución

El depósito debe restituirse en el lugar en que se custodió la cosa (art. 1361), salvo que en el contrato se designare otro; en este caso, el depositario está obligado a transportar la cosa al lugar indicado, siendo por cuenta del depositante los gastos del traslado (art. 1357, *in fine*).

1004. Tiempo de la restitución

El problema del tiempo de la restitución debe ser analizado con relación a dos hipótesis distintas:

a) El contrato fija el término

El plazo se supone fijado en favor del depositante, de modo que él puede exigir la restitución en cualquier momento, aun cuando el plazo no hubiera vencido (art. 1359). Ahora bien, cabe preguntarse si esta norma opera de igual manera cuando el depósito es oneroso y por lo tanto el depositario obtiene un lucro con la guarda de los bienes. En estos casos, entendemos que debe diferenciarse entre la posibilidad de pedir la restitución de los bienes por un lado, y el pago de la remuneración por el otro. Así, debe de entenderse que aun en los supuestos de depósito oneroso, el depositante tiene derecho a recobrar la posesión de los bienes dados en depósito en cualquier momento. Pero si lo hace antes de la conclusión del plazo pactado, debe —además de los gastos incurridos hasta el momento de la devolución— la totalidad de la remuneración pactada, a menos que se hubiera pactado lo contrario (arts. 1357 y 1360).

En cuanto al depositario, si el depósito es oneroso, debe restituir la cosa cuando venza el plazo contractual o lo requiera el depositante; en cambio, si es gratuito, podrá devolver la cosa en cualquier momento (art. 1359).

b) El contrato no fija el término

Cualquiera de las partes puede ponerle fin cuando quiera. Pero el depositario no puede ejercer este derecho en forma intempestiva o arbitraria, como ocurriría si el depositante está en el extranjero y no se encuentra en condiciones de cuidar de la cosa, en cuyo caso incurrirá en un ejercicio abusivo del derecho.

1005. Prescripción de la acción de restitución

La acción de restitución del depósito no tiene plazo especial, rige por tanto el común de cinco años, pero si el depositante es a la vez propietario, su acción reivindicatoria es imprescriptible, salvo la adquisición del dominio de la cosa por usucapión, sea por el depositario o por un tercero.

1006. Compensación

En el depósito regular, la compensación es improcedente, porque en éste el objeto debe ser siempre una cosa no fungible y la naturaleza de esta no es compatible con la compensación. En tanto, en el depósito irregular, la obligación de restituir puede compensarse con créditos que tenga el depositario contra el depositante en razón de las normas que rigen la extinción de las obligaciones por compensación (arts. 921 y ss.). No hemos de obviar que el artículo 930, inciso g), establece que no es compensable la obligación de devolver un depósito irregular, pero esta norma es, en verdad, inexplicable; tratándose de cosas fungibles (requisito necesario del depósito irregular) no se ve ninguna explicación razonable para exceptuar el caso de las normas generales de la compensación.

1007. Derecho de retención del depositario

El depositario tiene derecho a retener la cosa depositada hasta el entero pago de lo que se le debe en razón del depósito, conforme a las regulaciones del derecho de retención contenida en los artículos 2587 a 2593. Demás está decir que el derecho de retención no puede ejercerse por créditos ajenos al depósito (art. 2587).

4.— Obligación de guardar secreto

1008. Alcance

Cuando el depósito consiste en una caja, saco o bulto cerrado, el depositario debe abstenerse de abrirlo, a menos que estuviera autorizado por el depositante. Esta autorización se presume: 1) si el depositante ha entregado las llaves de la caja al depositario, a menos que, no obstante esa circunstancia, le hubiera prohibido abrirla; 2) si las órdenes del depositante no pudieran cumplirse sin abrir la caja, saco o bulto.

Pero el depositario no solo debe respetar el secreto del depósito entregado en caja cerrada; está también obligado a no divulgarlo si por cualquier acontecimiento (apertura de la caja con o sin autorización del depositante, sea por hecho del depositante, del depositario o por caso fortuito) llegare a conocer su contenido.

Si bien estos deberes se encontraban legislados expresamente en los artículos 2205 a 2207 del Código Civil de Vélez y que no han sido reproducidos en el Código Civil y Comercial, entendemos que la obligación de guardar secreto es parte del principio general de la buena fe, y por lo tanto, constituye una obligación accesoria en cabeza del depositario.

5.— Obligaciones particulares de las casas de depósito

1009. Enunciación

Además de las obligaciones hasta aquí enunciadas, las casas de depósito tendrán las siguientes obligaciones: a) dar recibo por las cosas que les son entregadas para su custodia, en el que se describa su naturaleza, calidad, peso, cantidad o medida; b) permitir la inspección de las cosas recibidas en depósito al depositante y a quien éste indique (art. 1377).

Respecto de la primera de las obligaciones, ya nos hemos referido en los números 992 a 994 y allí nos remitimos.

En cuanto a la restante obligación, el dueño de la casa de depósito está obligado a permitir al depositante, o a quienes éste indique, acceder a las cosas depositadas a los fines de constatar tanto su integridad, como el cumplimiento de las demás obligaciones contractuales pactadas (por ej., el modo especial de ejercer el cuidado). Ante la negativa del depositario, el depositante podrá requerir la orden judicial pertinente y ejercer su derecho con auxilio de la fuerza pública bajo la forma de medida cautelar, tutela anticipada o de diligencia preliminar, según sea el caso.

B.— OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO EN EL DEPÓSITO IRREGULAR

1010. Obligación de restitución

Hemos dicho anteriormente que el depósito irregular transfiere la propiedad de las cosas depositadas al depositario; no se concibe en nuestro caso hablar de una

obligación de guarda y cuidado de la cosa autónoma de la de restituir. Al depositante no le interesa lo que el depositario haga con el dinero o las cosas fungibles que le entregó; lo que le importa es que al término señalado se le entregue una suma equivalente o una cantidad, especie y calidad igual de cosas fungibles. Esta es la única obligación que la ley impone al depositario irregular (art. 1367).

Como el depósito irregular presupone la transmisión del dominio, el legislador ha remitido los casos en que las cosas dadas en depósito irregular fueren usadas por el depositario, a las reglas de restitución del mutuo (art. 1367, *in fine*) las que son tratadas en el número 1159.

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede en los supuestos de depósito irregular en los que el depositante prohíbe el uso de las cosas entregadas. Entendemos que el artículo 1367 encierra en su redacción una serie de contradicciones que, en definitiva, importan la imposibilidad de que el depositante de cosas fungibles pueda prohibir su uso al depositario. Veamos:

a) En primer término, el artículo 1367 señala que el depositante transmite *el dominio de las cosas aunque el depositante no haya autorizado su uso o lo haya prohibido*. La transmisión del dominio importa claramente la facultad de disponer de los bienes fungibles; máxime cuando la única obligación que impone la norma es la de restituirlos en idéntica calidad y especie. Por lo tanto, si el dominio se transmite, aun cuando se prohíba el uso, debe leerse, que el depositario puede usar las cosas aunque ello se le haya prohibido.

b) Si la obligación de restitución en el depósito irregular se cumple entregando igual cantidad, calidad y especie, ello implica que aunque no use las cosas del depositario, tampoco está obligado a entregar exactamente las mismas cosas que recibió. Carecería de sentido, si la norma lo autoriza a devolver cosas de igual cantidad, calidad y especie, no autorizarlo a usar los bienes cuyo dominio —como ya vimos— posee.

Por ello, entendemos que la remisión al contrato de mutuo opera en todos los supuestos, aun cuando el depositante hubiera prohibido el uso de los bienes por el depositario.

C.— OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE

1011. Enumeración

Pesan sobre el depositante las siguientes obligaciones:

a) *Reembolsar al depositario los gastos razonables que hubiera hecho para la conservación de la cosa depositada y para su restitución* (art. 1357). La ley se refiere a los gastos ordinarios de conservación (art. 1357), pero también a los extraordinarios que fueren notificados o que se hubieren efectuado en forma urgente para el cuidado de la cosa, si se tratare de un depósito oneroso (art. 1360, párr. 2º).

También debe el depositante los gastos de traslado de la cosa al lugar de restitución acordado en el contrato, o posteriormente, si es diferente del lugar en que la cosa debió ser custodiada (art. 1361).

b) *Indemnizar al depositario de los perjuicios que le ha ocasionado el depósito*. Por ejemplo, si las cosas dadas en depósito poseen un vicio que causan daños a bienes del depositario o de otros depositantes.

c) *Pagarle la remuneración pactada.* El artículo 1360 establece que el pago debe ser por todo el plazo por el que se haya pactado el depósito, aun cuando el depositante exigiere su restitución en forma anticipada; salvo pacto en contrario.

d) *Recibir la cosa que le restituye el depositario en tiempo oportuno.* Si constituido en mora no la recibe, debe los daños consiguientes.

La responsabilidad del depositante por las indemnizaciones debidas al depositario no está limitada al valor de la cosa, ni podría pretender eximirse de su pago haciendo abandono de ella.

§ 4.— Fin del depósito

1012. Distintas causas

El depósito termina:

a) Si el contrato fue por tiempo determinado, *al vencimiento del plazo*; si fuere por tiempo indeterminado *cuando cualquiera de las partes lo quisiere*. Y aun cuando se tratare de un contrato por tiempo determinado, el depositante tiene derecho a exigir la restitución de la cosa antes de que venza el plazo pactado (art. 1359).

b) *Por la pérdida de la cosa depositada.* No importa que la pérdida haya ocurrido por fuerza mayor o por culpa del depositario; en cualquier caso el depósito concluye, sin perjuicio de que en el primer caso el depositario está exento de responsabilidad y en el segundo debe reparar el daño.

Esta disposición no es aplicable al depósito irregular, pues el género no perece y el depositario siempre podrá restituir otras cosas de la misma calidad y en igual cantidad.

c) *Por la enajenación que hiciere el depositante de la cosa depositada.* Es natural que así sea, porque pudiendo en cualquier momento el depositante exigir la devolución del depósito, es obvio que esa facultad debe reconocerse a quien lo ha sucedido en sus derechos de dueño.

d) *Por mutuo disenso.* Este recurso permite ponerle fin al contrato antes del vencimiento del plazo sin riesgo de que surja un eventual derecho a indemnización, como puede ocurrir en la rescisión unilateral.

En cambio, el contrato de depósito no se resuelve por muerte de ninguna de las partes. Si el depositario fallece, el depositante siempre tiene la facultad de pedir a sus herederos la restitución de la cosa, o de dejarla en poder de estos hasta la conclusión del plazo. A su vez, si se trata de un depósito gratuito, los herederos del depositario podrán devolver la cosa en cualquier momento. Por otro lado, si fallece el depositante, sus herederos podrán pedir la restitución en cualquier momento sucediendo al causante.

§ 5.— Depósito necesario

1013. Concepto

Dice el artículo 1368, que el depósito necesario es *aquel en que el depositante no puede elegir la persona del depositario por un acontecimiento que lo somete a una necesidad imperiosa, y el de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros*. Dejaremos por ahora de lado el depósito hecho en hoteles por viajeros, que será objeto de un estudio especial en el capítulo siguiente, y nos limitaremos al depósito necesario *stricto sensu*.

La ley hace una enunciación general que caracteriza al depósito necesario: la existencia de un acontecimiento de fuerza mayor que someta a la persona a una necesidad imperiosa de entregar sus bienes a otra, sin la posibilidad de elegirla. Serían los casos en que el depósito ha debido hacerse por estar el depositante sometido a una situación crítica, causada por incendio, saqueo, ruina, etc. El problema de si ha existido o no necesidad imperiosa de hacer el depósito es cuestión que queda librada a la prudente apreciación judicial; pero no basta una simple dificultad ni mucho menos una mera conveniencia, por evidente que fuera. Tampoco hay depósito necesario en el concepto del artículo 1368, cuando el depositante se ve obligado a hacerlo, no porque medien circunstancias de fuerza mayor, sino porque se lo impone un contrato celebrado con terceras personas.

1014. Régimen legal

El depósito necesario está sujeto al mismo régimen legal que el voluntario, en tanto el legislador solo ha regulado, en los artículos 1369 a 1375, la responsabilidad de los hoteleros y establecimientos asimilables, de las que nos ocuparemos más adelante.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han acuñado ciertas soluciones diferentes para el depósito necesario que atienden a las particularidades que reviste dicha situación, a saber:

a) Es válido el depósito hecho a *personas adultas con capacidad restringida*. Cualquier persona con discernimiento puede ser constituida como depositaria en razón de la situación de excepción que obliga al depositante a entregar las cosas. Así, mientras el depositario no sea una persona de menos de trece años o que hubiera sido declarada judicialmente incapaz, el depósito será válido. En estos casos, el depósito es válido aunque el representante legal o el apoyo no lo haya autorizado y aunque se haya opuesto. A su vez, el depositario con tal afectación queda responsable por todas las consecuencias del depósito.

b) Para acreditar el depósito necesario se admite toda clase de pruebas (art. 1019), incluso la de testigos, porque las circunstancias en que se presume hecho son de tal naturaleza que no permiten al depositante munirse de prueba documental.

§ 6.— Depósitos en hoteles

1015. Lineamientos del régimen legal

La introducción de efectos y equipajes hecha por el viajero en un hotel está sujeta al régimen que establecen los artículos 1368 a 1375.

a) En primer término, el depósito se considera necesario (art. 1368), lo que tiene interés desde el punto de vista de la prueba de los efectos introducidos en el hotel.

b) En segundo lugar, el concepto de depósito se amplía notablemente, pues comprende no solo las cosas entregadas al hotelero o sus dependientes, sino también

las introducidas por el viajero, que las ha conservado consigo sin entregarlas en momento alguno (art. 1369).

c) Por último, la responsabilidad del hotelero es más grave que la del derecho común, desde que responde inclusive por el hecho de personas extrañas.

Esta mayor severidad con que la ley considera al hotelero se explica porque muchas veces el viajero se encuentra en la imposibilidad de elegir un hotel, porque es justo que quien hace su negocio con el cliente tome los cuidados del caso para evitar daños y pérdidas y, finalmente, porque la circulación de personas por el hotel hace particularmente necesaria la vigilancia del dueño, tanto más cuanto que el propio viajero difícilmente puede llevarla a cabo personalmente.

1016. Concepto de hotelero y de viajero

Se entiende por hoteleros a todos aquellos cuyo negocio consista en dar alojamiento a viajeros.

Asimismo, el artículo 1375 extiende la aplicación del régimen de responsabilidad del hotelero a hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares que prestan sus servicios a título oneroso.

1017. Objetos por los cuales responde el hotelero

El hotelero responde por los daños o pérdidas sufridas en todos los efectos introducidos en los hoteles, inclusive los vehículos de cualquier clase dejados en las dependencias del hotel (art. 1370, incs. a) y b)). Sin embargo está eximido de responder por los bienes del pasajero dejados dentro del vehículo (art. 1371, párr. 2º).

1018. Cosas de gran valor

Establece el artículo 1372 que si el viajero posee valores que exceden lo que normalmente puede llevar un pasajero, debe declarar el valor al hotelero y proceder a guardarlas en las cajas de seguridad que éste indique. En estos casos, el hotelero responde por el valor declarado de las cosas depositadas.

Cabe preguntarse respecto de la norma, ¿cuándo debe el pasajero declarar los valores? La idea de un valor superior a lo normal, prevista en el artículo 1372, debe ser considerada con relación al tipo de establecimiento de que se trate. Así, una gran suma de dinero introducida por una estrella de cine en un hotel de máxima categoría, entraría en la regla del valor normal; pero la misma suma introducida por un mochilero en un *hostel*, lo obligaría a declararla. En todo caso, el juez deberá merituar cada caso concreto, siguiendo como pautas la condición del viajero y el tipo de establecimiento.

Entendemos que esta norma debe complementarse con el artículo 4º de la ley 24.240 (de Defensa del Consumidor), en tanto el hotelero, como proveedor, deberá informar al viajero-consumidor de su obligación de declarar los bienes de elevado valor, por cuanto en caso de no hacerlo, no podrá invocar la falta de declaración como eximente de responsabilidad. La omisión del pasajero de dar cumplimiento a la norma traerá aparejada como consecuencia la pérdida del derecho a reclamar por el robo o hurto sufrido.

A su vez, si el valor declarado es excesivo en relación al tipo de establecimiento, o si su cuidado causa molestias excesivas, el hotelero tiene el derecho de negarse a recibirlas (art. 1373).

1019. Comienzo de la responsabilidad

La responsabilidad del hotelero surge tan pronto como las cosas han sido introducidas en el hotel, sea por sus empleados o por el propio viajero; y aun antes, si las cosas fueron entregadas al empleado del hotel para que las introdujera. No cesa su

responsabilidad por la circunstancia de que el viajero tenga la llave de su habitación (art. 1369).

1020. Personas de cuyos hechos responde el hotelero

El hotelero responde ante todo de sus propios hechos y de los de sus dependientes, lo que no es sino una aplicación del régimen general de la responsabilidad; responde también de los hechos de terceros, sea otro viajero o cualquier persona extraña, pues en definitiva el factor de atribución es objetivo.

1021. Eximentes de responsabilidad

La regla general es que el hotelero, como todo depositario, es responsable de toda pérdida o daño sufrido por las cosas del viajero, a menos que demuestre que se ha originado: a) en culpa del propio viajero; b) en un hecho de los familiares o visitantes del propio viajero; c) en un acontecimiento de caso fortuito o fuerza mayor ajeno a la actividad hotelera (art. 1371, párr. 1º); d) en la naturaleza misma de la cosa.

Las eximentes de responsabilidad operan dentro del marco que da el riesgo de actividad en el artículo 1757.

1022. Cláusulas de no responsabilidad

Son nulas todas las estipulaciones contractuales en virtud de las cuales el hotelero limite la responsabilidad que la ley le atribuye (art. 1374); con tanta mayor razón son ineficaces los anuncios o avisos puestos en lugar visible con el mismo propósito. La norma citada solo admite la reducción de responsabilidad en los supuestos de los artículos 1372 y 1373; esto es, el depósito de cosas de valor superior al normal y de cosas que el hotelero puede negarse a recibir.

Puesto que la ley considera que el depósito en hoteles tiene carácter necesario y que el viajero no está en condiciones de discutir libremente sus cláusulas, es natural que se fulmine de nulidad a las que reduzcan la responsabilidad del hotelero, nulidad que se ha visto reforzada por el artículo 37 de la ley 24.240, pues no pueden haber dudas respecto de que este contrato es de consumo.

En cambio, nada se opone a que éste asuma responsabilidades mayores, como sería el tomar sobre sí la fuerza mayor.

1023. Prueba

La prueba de la pérdida y de la cantidad, calidad y valor de los objetos perdidos puede hacerse por cualquier medio, sin limitación alguna, salvo que mediare declaración del valor al hotelero, donde la responsabilidad es por el valor declarado.

1024. Derecho de retención

De conformidad con el artículo 2587, que regula el derecho de retención, el hotelero puede ejercer su derecho sobre todos los bienes que posea el viajero y que sean susceptibles de embargo, excluyéndose en consecuencia aquellos enunciados en la ley 12.296, artículo 1º, que son las ropas y muebles de su indispensable uso y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio. Pero subsiste el derecho de retención sobre dinero, valores, alhajas, etc.; igualmente subsiste sobre la ropa, si por su cantidad y calidad tuviere carácter suntuario; así, por ejemplo, un tapado de pieles caras (y con mayor razón si son varios) y aun la ropa corriente, en la medida en que su cantidad exceda las necesidades normales y razonables del deudor.

§ 7.— Contrato de garaje

1025. Naturaleza jurídica

Según la jurisprudencia y la doctrina predominante, se trata de un contrato innominado, pero socialmente típico, que participa de la locación o del depósito. Así, en el transcurrir diario, el contrato de garaje tendrá diferentes predomios contractuales según las características de las partes y de las obligaciones asumidas:

a) Estacionamiento con parquímetro

El estacionamiento con parquímetro se rige por las normas del derecho administrativo.

b) Alquiler de espacio guardacoches

Si una parte le cede a la otra, a cambio de una prestación en dinero, un lugar en un edificio que no sea de cocheras exclusivamente, para la guarda de un vehículo, estaremos frente a un contrato de locación.

c) Cochera en playa de estacionamiento

La guarda de un automóvil en una playa estacionamiento, ya sea a título gratuito como accesorio de un contrato principal (por ejemplo, la playa de estacionamiento de un supermercado), ya sea a título oneroso en un edificio de cocheras, se regirá por las reglas del depósito conforme el artículo 1375, aunque con diferentes extensiones de responsabilidad, conforme sea oneroso o gratuito.

1026. Obligaciones emanadas del contrato

Las obligaciones esenciales del garajista son la guarda y conservación del coche; salvo autorización expresa, no puede servirse de él y debe restituirlo al dueño o a quien esté autorizado para retirarlo cada vez que éste lo requiera.

Si en el contrato —que generalmente es verbal— se incluye el derecho a una cochera, el garajista no puede guardar en ese lugar otro coche.

El contrato puede incluir la prestación de servicios auxiliares, tales como el lavado y limpieza del coche.

A su vez, el dueño del coche tiene la obligación de pagar el precio estipulado, que habitualmente se ajusta por mensualidades, horas o estadías.

¿Qué sucede si el depositante no es el dueño del vehículo? La Cámara Nacional en lo Comercial ha resuelto, en el fallo plenario dictado en los autos "Tiebout c. Jivcovic", en el año 2008, que el garajista-depositario que ha recibido en custodia un automotor ignorando que era ajeno al usuario-depositante no tiene acción por el depósito contra el propietario no contratante.

1027. Responsabilidad del garajista

El principio general es que el garajista es responsable por los daños sufridos por el vehículo, o en las cosas dejadas en el interior de los vehículos (art. 1375, párr. 2º), durante el tiempo que está bajo su guarda, salvo que pruebe un eximente de fuerza mayor. En otras palabras: si el automóvil se ha perdido o sufrido daños, el garajista responde a menos que pruebe la fuerza mayor y sin que competa al dueño del vehículo

la prueba de la culpa de aquel o de sus dependientes. En definitiva, tiene la responsabilidad emanada del riesgo de su actividad conforme el artículo 1757.

Según una jurisprudencia hasta no hace mucho tiempo predominante, el robo a mano armada exime de responsabilidad al garajista, pues debe considerarse una fuerza mayor que normalmente no puede resistirse; pero últimamente se está perfilando cada vez más una nueva jurisprudencia según la cual ni siquiera el robo armado exime de responsabilidad, porque éste es un evento que puede preverse, siendo por tanto obligación del garajista contratar los seguros del caso. Además, entendemos que el robo de los vehículos es un riesgo propio de la actividad, en tanto, el propietario del vehículo lo guarda en un garaje en lugar de la vía pública, justamente para resguardarse del riesgo del robo. Por lo tanto, no tendría sentido eximir de responsabilidad al garajista por cuanto, de ese modo, en nada le cambiaría al propietario dejar el auto en la calle o guardarlo en un garaje. De cualquier modo hay uniformidad en que el garajista responde en caso de sustracción o hurto simple.

Ahora bien, el artículo 1375 ha establecido en forma clara los alcances de la responsabilidad del garajista según se trate de un contrato oneroso o de un contrato gratuito, normalmente accesorio de otro contrato, como el que brindan los supermercados o los *shopping centers*.

En el supuesto de las playas de estacionamiento que prestan un servicio a título oneroso, la responsabilidad del garajista es integral, e incluye los daños al vehículo y los bienes que estaban en su interior; rigiendo en forma plena las normas relativas al depósito en hoteles. Ello es, el garajista tendrá que informar a quien deja el vehículo del deber de informar los valores excesivos que se dejen en su interior, pudiendo negarse a recibirlos (arts. 1372 y 1373). Si el usuario debidamente informado (art. 4º, ley 24.240) no prueba haber comunicado el valor de los bienes, no podrá reclamar por el valor de ellos frente a su hurto o robo.

Ahora bien, cuando el servicio de estacionamiento sea gratuito, el artículo 1375, párrafo 2º, exime al garajista de responsabilidad por los bienes dejados en el interior del vehículo, siendo éste solamente responsable por los daños sufridos por el rodado dejado en depósito.

CAPÍTULO XXXI - CONTRATOS BANCARIOS

§ 1.— Parte general

1028. Actividad y contratos bancarios

La actividad bancaria se describe como el conjunto de operaciones y relaciones jurídicas que se constituyen, transforman o extinguen en el mercado monetario, sujetas a los términos y condiciones convenidas entre las partes y a los que dispone la autoridad

de aplicación de la ley que las regula (ley 21.526, de Entidades Financieras, y sus modificatorias).

Se trata de una actividad regulada y reglamentada, que se dinamiza con la contratación bancaria.

Lo que desde el punto de vista técnico son operaciones bancarias, desde la perspectiva jurídica son contratos.

El Código Civil y Comercial se ocupa de los contratos bancarios con una regulación generalizada de los instrumentos negociales prevaecientes (los contratos), procurando la articulación, entre la estructura segmentada del mercado y el sistema legal que distingue las relaciones de consumo.

El Código estructura una parte general de los contratos bancarios, capturando la diversidad negocial, fijando reglas mínimas para el género y para la especie (los contratos de consumo) y regulando los aspectos básicos de los contratos neurálgicos que soportan la dinámica del sector.

En efecto, el Código Civil y Comercial se ocupa de los Contratos bancarios (capítulo 12, título IV de los contratos en particular), con la enunciación de "Disposiciones generales", en una primera sección que divide en dos partes: la "Transparencia de las condiciones contractuales" (parág. 1º) y los "Contratos bancarios con consumidores y usuarios" (parág. 2º).

Se ocupa seguidamente de los "Contratos en particular" (sección 2ª) y allí del Depósito bancario (parág. 1º), Cuenta corriente bancaria (parág. 2º), Préstamo y descuento bancario (parág. 3º), Apertura del crédito (parág. 4º) Servicio de caja de seguridad (parág. 5º) y Custodia de títulos (parág. 6º).

La sistematización descrita se articula con la estructura de la regulación de los "Contratos en general" donde se admite la fragmentación del tipo general entre los "discrecionales" y de "consumo" (estos últimos como expresión concreta del género "relaciones de consumo"), adoptando el criterio de ordenarlos a partir de una definición general de contrato y de sus principios generales, seguida de la regulación de los contratos de consumo.

La coordinación de la regulación de los contratos bancarios con la estructura general del Código Civil y Comercial en materia obligacional y de los contratos en general y de consumo es notoria. Luego los contenidos de aquella categoría también son coherentes con los de las categorías generales.

1029. Transparencia de las condiciones contractuales

El capítulo 12 relativo a los "Contratos bancarios", principia con la sección de "Disposiciones generales", con dos parágrafos: el primero aplicable a todos los contratos del género bancario; el segundo relativo a las reglas para los "Contratos bancarios con consumidores y usuarios", sin que por ser propias para la categoría descarte las anteriores.

Ahora bien, el parágrafo 1º, bajo la fórmula de "Transparencia de las condiciones contractuales", revela la incorporación explícita de un enunciado básico de la actividad, que por su sola formulación ya supone una regla de comportamiento debido y exigible con carácter general, más allá de las especificidades que se prescriben enseguida relativas al ámbito de aplicación (art. 1378), la publicidad (art. 1379), la forma (art. 1380), el contenido (art. 1381), la información periódica (art. 1382) y la rescisión (art. 1383).

La "Transparencia de las condiciones contractuales" es una expresión particular de la "transparencia bancaria".

Los bancos están sometidos a una disciplina especial distinta del derecho común, generalmente válida para la regulación de otras actividades económicas y de las empresas, en particular en cuanto concierne a su "transparencia", relativa al cúmulo de

la información que debe proveer respecto de su estructura y de su actividad, tanto al ente regulador, como a otros agentes económicos y al mercado.

Por su parte, la "transparencia de las condiciones contractuales" actúa como una sinergia respecto de "la transparencia de la actividad" porque, persiguiendo aquella el objetivo de informar al cliente sobre los elementos esenciales de la relación obligatoria y de sus implicancias, favorece al mismo tiempo el desempeño más eficiente de las entidades y los comportamientos correctos en la dinámica de la competencia.

Puntualmente, la "transparencia de las condiciones contractuales" es un principio de actuación para que los clientes bancarios conozcan las características y las condiciones contractuales de los operadores del mercado.

Al propio tiempo se advierte que la "transparencia de las condiciones contractuales" es expresión inequívoca del principio de buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 9º); un obstáculo al ejercicio abusivo (art. 10) y al abuso de la posición dominante (art. 11).

Constituye además una pauta de valoración, en orden a lo dispuesto en los artículos 961 y 959 relativos a la buena fe contractual y al efecto vinculante de los contratos; y de interpretación, con las pautas de los artículos 1067 y 1068, los que respectivamente tutelan la "confianza" y descalifican las "expresiones oscuras" de los contratos.

1030. Régimen legal

Bajo el título "Transparencia de las condiciones contractuales" se diseña un cuadro suficientemente determinado de principios para todos los contratos bancarios, según queden comprendidos dentro del alcance que allí se precisa.

a) Aplicación

El ámbito de "aplicación" (art. 1378) describe los alcances de la exigibilidad de la "transparencia" que preside como una regla genérica a toda la conducta contractual exigible a las entidades bancarias.

Define además la extensión del ámbito espacial de la regulación, en tanto las normas dispuestas en el Código Civil y Comercial para los contratos bancarios se aplican a los contratos celebrados con las entidades financieras y con otras personas según los alcances dispuestos en la regulación bancaria.

Para definir tal alcance, el artículo 1378 utiliza un criterio subjetivo, remitiendo a la ley de entidades financieras en cuanto dispone su aplicación a "las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas de la Nación, las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros" (art. 1º, ley 21.526).

En términos económicos se refiere a quienes gestionan la negociación de activos y pasivos financieros, de forma institucionalizada.

La "intermediación", entendida como el ejercicio de obtener recursos financieros para prestarlos, y la "habitualidad" consistente en la reiteración constante y prolongada de tales actos de intermediación en la captación y colocación de recursos financieros, son los comportamientos típicos de las entidades bancarias.

El artículo 1º de la ley 21.526 agrega que la enumeración que precede no es excluyente de otras clases de entidades que, por realizar las actividades previstas en ese artículo 1º, se encuentren comprendidas en esta ley.

Sucede que existen personas y entidades públicas o privadas que realizan operaciones financieras, con o sin intermediación en forma habitual, pero que por su volumen o por razones de política monetaria y crediticia, se le aplican las disposiciones de la ley 21.526 (conf. art. 3º), en cuyo caso sus operaciones también quedarán alcanzadas por las disposiciones dispuestas para los contratos bancarios.

Concluyendo, el Código Civil y Comercial se ha inclinado por un criterio subjetivo para definir el ámbito de aplicación de las reglas dispuestas para los contratos bancarios, porque estos no existen sin aquellos (los bancos) y los bancos se expresan negocial y jurídicamente a través de los contratos (bancarios).

La pauta subjetiva seguida por el Código Civil y Comercial para caracterizar a los contratos bancarios permite extender sus reglas mínimas a otros contratos que sin ser exclusivamente bancarios, son marcadamente utilizados por ellos en el ejercicio de su actividad típica, por caso la tarjeta de crédito, *leasing*, *factoring*, fideicomiso, garantías unilaterales, entre otros, aun admitiendo que algunos de ellos son expresiones de sistemas o reglas del negocio jurídico complejos de marcado desarrollo en la actividad bancaria, pero no son excluyentes de otros ámbitos de la actividad económica en la que puede o no intervenir una entidad financiera, caracterizadas por regla como "proveedores no financieros de crédito".

b) Publicidad

El artículo 1379 prescribe que el contrato y la vinculación de las entidades bancarias con el público debe ser anunciada según corresponda como comercial o de consumo, siguiendo para ello los criterios del Banco Central de la República Argentina (BCRA), sin que tal caracterización postergue la que surge del contrato o de la decisión judicial que la califique. Se exige además "claridad" en sus anuncios sobre las condiciones económicas de los productos y servicios que ofrecen.

Atendiendo a la diversidad de la actividad bancaria se incorpora a su práctica negocial una función facilitadora de caracterización, en sintonía con las pautas de transparencia, advertidos que en el Código se conjugan los principios generales de libertad para celebrar y configurar el contenido del contrato (art. 958) y su obligatoriedad (art. 959) para los contratos discrecionales, sin descuidar el principio protectorio en los celebrados por adhesión a condiciones generales (arts. 984 a 989) y al legislar los contratos de consumo en un título diferenciado (arts. 1092 a 1122).

Ahora bien, el sistema de calificación de los clientes bancarios ha sido organizado por el BCRA. El criterio básico de clasificación a utilizar es la capacidad de pago de la deuda o de la garantía otorgada.

La calificación dependerá de la cartera a la que el deudor corresponda; a saber, cartera comercial y cartera de consumo y vivienda.

La cartera de consumo y vivienda comprende los préstamos destinados a la adquisición de bienes de consumo personal, familiar, profesional, financiación de tarjetas de crédito, compras, construcción o refacción de vivienda propia.

La cartera comercial, por exclusión, comprende todo aquello que no es cartera de consumo y vivienda.

c) Forma

El artículo 1380 exige para todos los contratos bancarios la instrumentación por escrito y la entrega de un ejemplar al cliente.

No obstante, la ausencia de la formalidad exigida no acarrea la nulidad del contrato; sí, en cambio, subsiste la obligación de otorgarlo en la forma indicada (arts. 285 y 1018). La forma escrita es un vehículo de transparencia.

d) Contenido

Por su parte el contrato bancario relativo a operaciones activas o pasivas, según prescribe el artículo 1381, debe integrarse con las "condiciones económicas" (tasa de interés, gastos, comisiones, etc.) a cargo del cliente, sin que estas puedan determinarse remitiéndose a los usos; en su defecto el contrato se integra con la tasa nominal mínima para las operaciones activas y máxima para las pasivas informadas por el BCRA.

Se trata de incorporar otra pauta facilitadora en la interpretación del control de los contratos bancarios.

Si, en cambio, tal remisión se refiere a los otros costos, se la tiene por no escrita, y ello hace necesaria la integración del contrato judicialmente, advertidos que tal previsión armoniza la dinámica negocial con la naturaleza mercantil de la actividad, que no permite presumir la gratuidad de la prestación.

e) Información periódica

El artículo 1382 postula un deber dinámico de información (escrita o por medios electrónicos) sobre el desenvolvimiento de las operaciones de plazo indeterminado o de un plazo mayor a un año.

Se trata de proveer al cliente bancario de información relativa a la evolución de las operaciones activas y pasivas, por caso depósitos y préstamos, en lo relativo a desembolsos, amortizaciones y saldos de deuda para las primeras y de las imposiciones, devengamiento de intereses y saldos para las segundas, discriminando por caso costos y gastos anuales.

La información indicada viene a integrar la provista por los bancos en los contratos de ejecución continuada, que cuentan con reglas propias de información regular (v.gr., cuenta corriente bancaria y tarjeta de crédito).

De modo complementario se prevé que la falta de oposición dentro del plazo de sesenta días se entenderá como la aceptación de las operaciones informadas, sin perjuicio de las acciones previstas para los contratos de consumo.

f) Rescisión

Aun reconociendo la excepcionalidad de los contratos por tiempo indeterminado en la actividad bancaria, por regla reducidos a la cuenta corriente y a la apertura de crédito, el artículo 1383 introduce una regla general potestativa rescisoria del cliente, sin penalidades ni gastos, excepto naturalmente los ya devengados, neutralizando de una vez los riesgos de indeterminación temporal que pudieren invocarse sin razón suficiente.

Sin embargo dado que es posible la conexidad entre contratos con plazo indeterminado y otros por tiempo determinado (por caso cajas de ahorro o cuentas corrientes entre los primeros y préstamos o servicios remunerados entre los segundos), con posibilidad de debitar amortizaciones, intereses, gastos y otros costos convencionalmente aprobados, subsiste para el banco la alternativa de oponerse a la extinción (conf. art. 1078, inc. c) o el planteo de las excepciones de incumplimiento previstas para los supuestos de conexidad (conf. art. 1075), siempre que la vinculación de cuentas o de contratos no haya sido incorporada subrepticamente o en condiciones abusivas.

1031. Contratos bancarios con consumidores y usuarios

La actividad bancaria siempre ha sido caracterizada como un ámbito al servicio de la sociedad que justifica la intromisión normativa para proteger el interés de los clientes desde una tutela directa que proviene del equilibrio de intereses entre las empresas del sector financiero, expuestas en los mecanismos que regulan los mercados bancarios, y una tutela directa que proviene del equilibrio de intereses entre empresas del sector financiero y los usuarios.

Para hacer posible tal protección, el artículo 1384 delimita en primer lugar el ámbito de una tutela intensificada al decir que *las disposiciones relativas a los contratos de consumo* (dispuestos en el Código y en la legislación especial) *son aplicables a los contratos bancarios* (con consumidores y usuarios) *de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093*, donde establece que el contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u

ocasionalmente con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

En otros términos, las reglas contenidas en el párrafo 2º de la sección 1ª del capítulo dedicado a los contratos bancarios, no se aplican a los contratos discrecionales, ni a los concluidos por adhesión, sino a los que vinculan a los bancos con consumidores y usuarios.

De tal forma, para establecer la aplicación de las disposiciones de los contratos de consumo, se hace necesario establecer si el cliente es persona física o jurídica que adquiere o utiliza en forma gratuita u onerosa bienes o servicios (bancarios) como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. La clave reposa entonces en la "finalidad" de la adquisición o utilización del bien o servicio.

En el Código Civil y Comercial, una precisión del tipo contractual puede alcanzarse siguiendo la previsión del artículo 1379 que exige "indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial" en la publicidad y en la propuesta negocial y en la documentación contractual.

Veamos, ahora, las reglas específicas que consagra el Código Civil y Comercial de la Nación.

a) Publicidad

En los contratos con consumidores se advierte una mayor exigencia para el proveedor bancario respecto de la fórmula general del artículo 1379, última parte, en tanto el artículo 1385 establece que la publicidad de las operaciones bancarias debe ser clara, concisa y con un ejemplo representativo. De modo específico deben consignarse los datos que permitan apreciar las condiciones económicas de créditos e inversiones, la duración del contrato y la subordinación a otros contratos.

El ejemplo representativo, por caso, con la indicación de cuánto deba pagar de cuota el tomador de un crédito por cada cierta cantidad de dinero, constituye un elemento de información fácilmente accesible para el gran público y el no profesional.

El artículo 1385 se complementa con otras exigencias: la relativa a los "montos máximos y mínimos de las operaciones consideradas individualmente" (inc. a)) facilita una proyección sobre las posibilidades potenciales del interesado, sin que quepa disociarlas de su capacidad de repago; otro tanto sucede con la información sobre la duración del contrato (inc. f)) permitiéndole al cliente apreciar con mayor rigor, por ejemplo, el alcance de endeudamiento, vinculado a otras variables de su desarrollo personal o laboral y ponderar el impacto en su economía doméstica.

La información sobre la exigencia de contraer compromisos adicionales por la accesoriedad funcional prevista para acceder a la operación que se propone (inc. e)) da certeza sobre el real alcance del compromiso patrimonial que debe asumir el cliente.

Finalmente, la información relativa a la tasa de interés y si es fija o variable (inc. b)); las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación (inc. c)) y el costo financiero total en las operaciones de crédito (inc. d)) contribuyen a la representación consciente del consumidor de la ventaja o esfuerzo patrimonial que implica acceder a la operación que se propone.

b) Forma

Prescribe el artículo 1386 que el contrato bancario con consumidores y usuarios debe instrumentarse por escrito con recaudos adicionales. Ellos son que el consumidor pueda: i) obtener una copia del contrato; ii) conservar la información que le sea entregada por el banco; iii) acceder a la información por un lapso adecuado a la naturaleza del contrato, y iv) reproducir la información archivada.

c) Obligaciones precontractuales

Relativo a los deberes de información dispuestos con carácter general en el artículo 1382, se agregan en el artículo 1387 las obligaciones para el banco de proveer información al consumidor sobre otras ofertas de crédito existentes en el mercado y de comunicarle la información negativa registrada en una base de datos que obstaculiza el acceso del consumidor al crédito.

La obligación de proveer información suficiente para confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, no debe conducir a la "comparación de bienes o servicios de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor" (conf. art. 1101, inc. b); por lo tanto, la remisión a la información provista por el BCRA puede satisfacer la exigencia de este artículo 1387, en condiciones de objetividad suficiente.

La previsión descripta, que inicialmente supone una carga operativa adicional para las entidades bancarias, también posibilita la adquisición consiente y deliberada por parte del cliente.

Integrando el deber de información, el artículo 1387 admite que la denegación del crédito fundada en la información negativa del consumidor, reflejada en una base de datos, es lícita y adecuada a las buenas prácticas de la entidad bancaria en la administración de los recursos financieros que obtiene del público. Nada obsta a su utilización, ya que no hay razón para que el consumidor no acceda a la información negativa para facilitarle en su caso su regularización y, consecuentemente, el acceso al mercado del crédito, contribuyendo también a las mejores prácticas en la etapa precontractual.

d) Límites a los costos contractuales

El artículo 1388 establece que el consumidor bancario no debe ninguna suma que no esté expresamente convenida en el contrato, como así tampoco por servicios no prestados efectivamente o cuando no estuviesen incorporados en el costo financiero total. Se trata de una fórmula adecuada para esclarecer al consumidor de modo suficiente, otorgándose de tal forma coherencia con la imposibilidad de declarar la abusividad de las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o servicio procurado (conf. art. 1121, inc. a)) para lo cual es menester contar con una base sólida de determinación y valuación del costo de la prestación que da el banco.

e) Información en contratos de crédito

Finalmente, el artículo 1389 establece que en los contratos de crédito es esencial la información relativa a la caracterización del contrato, las partes, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso.

Se trata de condiciones esenciales para el conocimiento del consumidor, en tanto le permiten conocer las reglas aplicables del contrato, según sea nominado o innominado (art. 970) y la determinación del objeto contractual (art. 1003). También exige identificar claramente los legitimados activos y pasivos de las obligaciones asociadas a la prestación; el nivel de endeudamiento que asume el cliente y su costo. Finalmente los requisitos o exigencias para acceder a la prestación efectiva, concretamente al desembolso y al reembolso, como asimismo la identificación precisa de las partes del contrato tienen una utilidad práctica relevante, en un sector económico donde las transmisiones de activos entre entidades es frecuente, como también lo son las precalificaciones crediticias, advertidos que como regla general el pago anterior al vencimiento del plazo, esto es ejerciendo el derecho al reembolso anticipado, no da derecho a exigir descuentos (conf. art. 872).

§ 2.— Contratos bancarios en particular

1032. Introducción

En la sección 2ª del capítulo referido a los "Contratos bancarios", se tratan los "Contratos en particular", regulándose aquellos negocios prevaletientes en la actividad bancaria.

Veamos esos negocios.

1033. I) Contratos relativos a operaciones pasivas

El Código Civil y Comercial se ocupa primeramente del depósito bancario, comenzando por el género, los depósitos en dinero, y siguiendo por sus dos modalidades clásicas asociadas al tiempo de la custodia: los depósitos a la vista y a plazo. En segundo lugar, se ocupa de la cuenta corriente bancaria.

1034. a) Depósito en dinero

Hay depósito en dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto (art. 1390). En el depósito en dinero el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien debe restituirlo en la moneda de la misma especie. La formulación da certeza, en tanto lo distingue de otros contratos nominados (el depósito irregular, art. 1367, y el mutuo, art. 1525), dado que aun guardando notables similitudes con estos, reconoce también marcadas diferencias. En el depósito irregular, que se presume oneroso, el depositante debe la remuneración, y si se pacta la gratuidad, debe reembolsar al depositario los gastos razonables en que incurra para la custodia y restitución (art. 1357). Por el contrario, en el depósito bancario la regla es que la remuneración la debe el depositario.

En el depósito, el plazo está fijado a favor del depositante, mientras que en el mutuo el plazo está fijado a favor del mutuario. Por su parte, en los depósitos a plazo o remunerados, el plazo también está fijado a favor del depositante, ya que —como se prevé en el artículo 1392— puede exigir la inmediata devolución resignando la remuneración; en cambio, en el mutuo, si se ha fijado plazo, éste es a favor del mutuario (depositario), quien puede oponerse a la restitución hasta el vencimiento.

La tipicidad y autonomía del depósito bancario son notorias. En efecto, mientras el artículo 765 establece que si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, en el depósito bancario subsiste la obligación de restituir en la moneda de la misma especie depositada.

De la formulación genérica del depósito en dinero del artículo 1390 resulta que éste debe ser restituido "a simple requerimiento del depositante" o "al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto", de modo que allí quedan individualizadas las modalidades de "depósitos a la vista" y "depósitos a plazo".

1035. b) Depósito a la vista

La obligación nuclear del banco se corresponde con la del depósito bancario (art. 1390); esto es, la devolución del dinero recibido en el mismo tipo de moneda de la imposición, a simple requerimiento del depositante.

Por regla, estos depósitos —en cualquiera de sus variantes— se identifican con cuentas que reciben múltiples imposiciones y extracciones, incluso con débitos para atender compromisos del depositante y ordenados por ellos. Por ello, el artículo 1391 establece la obligatoriedad de expresar los movimientos y saldos, en documentos materiales o electrónicos, reflejados fielmente. Adicionalmente queda autorizada la entidad bancaria a dejar sin efectos las constancias realizadas por ella misma que no correspondan a esa cuenta.

La entrega del depósito realizado por dos o más personas puede ser cumplida con cualquiera de ellas, aun en caso de muerte de alguna de ellas, excepto que se haya convenido lo contrario, receptando de esta forma la modalidad más difundida en el sistema bancario de "las cuentas a la orden recíproca".

Siendo que, como sucede en materia contractual, se trata de una norma supletoria de la voluntad de las partes (art. 962), las entidades financieras siguen por regla los criterios fijados a su tiempo por el BCRA, respecto de la legitimación para requerir la restitución total o parcial de lo depositado a sus depositarios.

1036. c) Depósito a plazo

El depósito a plazo, también denominado a término, está asociado a una finalidad lucrativa, de allí que el depositante tiene derecho a su remuneración; subsiste, sin embargo, la disponibilidad inmediata resignando el pago de los intereses si solicita su restitución antes del plazo convenido o sin dar el preaviso previsto (art. 1392).

En consecuencia, lo que las partes incorporan de modo explícito al contrato de depósito irregular es el plazo para la restitución o, si se quiere, "el preaviso convenido anticipadamente". En otros términos, en los depósitos a plazo fijo, el reembolso queda diferido hasta el vencimiento del plazo pactado, o hasta el requerimiento explícito del depositante quien resigna en este supuesto la retribución.

Siguiendo los lineamientos de la ley 20.663, el artículo 1392 establece que el banco debe extender un certificado transferible por endoso, excepto que se haya pactado lo contrario, en cuyo caso la transmisión solo puede realizarse a través del contrato de cesión de derechos.

Se ha modificado el criterio tradicional según el cual el depósito intransferible constituye la forma generalizada, en la que solo el o los titulares pueden retirar los fondos al vencimiento. Se facilita, así, la negociabilidad de la inversión.

En cuanto a los documentos que se utilicen para la extracción, deben reunir las características propias de un recibo, que puede estar inserto en el mismo formulario.

1037. d) Cuenta corriente bancaria

Define el artículo 1393 a la cuenta corriente bancaria como el contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista y, en su caso, a prestar un servicio de caja. De tal modo, en la cuenta corriente, aunque reconocida especie del depósito bancario, se registran deudas y créditos recíprocos entre el banco y el titular, que se compensan, dando lugar a un saldo exigible por una u otra parte, según su signo.

Así, en el contrato de cuenta corriente bancaria se combinan relaciones jurídicas que surgen de relaciones plurales, con especial referencia a las que el banco —con los límites estipulados— realiza por cuenta y orden del cliente.

A ellos se refiere el artículo 1394 que admite la prestación de diversos servicios relacionados con la cuenta, autorizados convencionalmente por las reglamentaciones o los usos.

Del artículo 1393 se destaca la circunstancia de que el "servicio de caja" que deben prestar los bancos ya no podrá ser identificado indefectiblemente con el servicio de cheque. De tal forma, no existirá desnaturalización de la cuenta corriente bancaria si no se incorpora ese servicio. El banco, si el servicio de cheques se encuentra incluido en el contrato, debe entregar los formularios correspondientes al cuentacorrentista (art. 1397).

Se contemplan como acreditaciones, los depósitos, las remesas de dinero, el producto de la cobranza de títulos valores y los créditos otorgados por el banco, y como débitos, los retiros que realice el cuentacorrentista, los pagos o remesas que realice el banco por instrucciones de aquel, y el pago de otros cargos, gastos, comisiones e impuestos relativos a la cuenta, con la posibilidad de realizarse en descubierto, esto es que sean atendidos transitoriamente con recursos del banco sin provisión previa del cuentacorrentista (art. 1395).

Se asientan en la cuenta, una vez hechos efectivos, los créditos o títulos valores recibidos al cobro por el banco. Si el banco lo asienta antes en la cuenta, puede excluir de la cuenta su valor mientras no haya percibido efectivamente el cobro (art. 1402).

Los saldos podrán surgir por los depósitos y remesas de dinero efectuados por el cuentacorrentista, o a instancias de éste y por los créditos otorgados por el banco para que el cuentacorrentista disponga de ellos por este medio, detallando los créditos y débitos.

Se contempla la compensación de saldos en el caso de cierre de más de una cuenta del titular y hasta su concurrencia (art. 1405). El saldo deudor de la cuenta corriente puede ser garantizado con hipoteca, prenda, fianza o cualquier otra clase de garantía (art. 1407).

El saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses, que se capitalizan mensualmente, excepto lo dispuesto en la reglamentación, en la convención o de los usos; sin embargo, esta capitalización de intereses derivados de los saldos deudores dejará de producirse al cerrarse la cuenta, pues el cierre de ésta extingue el contrato y cesa el derecho a mantener la capitalización de los intereses generados por dicho saldo deudor (CNCom. Sala C, 11/10/2012 y 23/8/2018 en autos "Teha Inversiones SRL c/Aveldano, José M." abogados.com.ar/23152). Por su parte, el saldo acreedor de la cuenta corriente genera intereses capitalizables en los períodos si así lo han convenido las partes y a la tasa que libremente pacten (art. 1398).

La determinación del saldo deudor y su ejecución son aspectos que merecen vincularse (arts. 1393, 1403 y 1406), ya que siguiendo una secuencia lógica el primer aspecto está sustancialmente vinculado al funcionamiento de la cuenta y el segundo, a una consecuencia derivada de su cierre.

La determinación del saldo de la cuenta corriente es diario de acuerdo con la definición que nos ofrece el artículo 1393, no obstante que las compensaciones entre créditos y débitos son instantáneas.

Ahora bien, la determinación diaria del saldo representa una posición deudora, acreedora o neutra del cuentacorrentista respecto del banco. Ese saldo puede ser exigido por éste o por aquél, según el caso, de acuerdo con los términos del contrato.

El saldo deudor del cuentacorrentista puede además habilitar su ejecución. Es allí que se relacionan la determinación del saldo (art. 1393), su notificación (art. 1403), el cierre de la cuenta (art. 1404) y el procedimiento para la ejecución del saldo deudor (art. 1406).

Establece el artículo 1403: *Excepto que resulten plazos distintos de las reglamentaciones, de la convención o de los usos: a) el banco debe remitir al cuentacorrentista dentro de los ocho días de finalizado cada mes, un extracto de los movimientos de cuenta y los saldos que resultan de cada crédito y débito; b) el resumen se presume aceptado si el cuentacorrentista no lo observa dentro de los diez días de su recepción o alega no haberlo recibido, pero deja transcurrir treinta días desde el vencimiento del plazo en que el banco debe enviarlo, sin reclamarlo.*

Con esta normativa, en forma precisa se impone a la entidad el envío al cuentacorrentista —dentro de los ocho días de finalizado cada mes— de un extracto de la cuenta, en el cual deben indicarse los movimientos de la misma y saldos.

La norma presume su aceptación en dos supuestos: a) ante la falta de observación por parte del cliente dentro de los diez días de su recepción, o b) si alegara no haberlo recibido, pero hubiera dejado transcurrir 30 días desde el vencimiento del plazo que el banco debió enviarlo sin haberlo reclamado.

Ahora, si el cuentacorrentista acepta el resumen, igual puede observarlo por errores de cálculo y registración (acción de rectificación) dentro del plazo de caducidad de un año de recibido (art. 862); pero si lo aceptó, ya no puede observar cuestiones sustanciales, como la procedencia o no de partidas incluidas (acción de revisión) (art. 2566). En cambio, si lo observó, sí puede plantear la acción de revisión dentro del plazo de dos años (art. 2562, inc. a), computados desde que se conoció o pudo conocer el vicio del acto.

Determinado el saldo deudor, es posible demandar su pago o procurarlo mediante su ejecución, siguiendo las pautas del artículo 1406.

Antes de analizar esta norma, es preciso señalar que la cuenta corriente se puede cerrar por las siguientes circunstancias: i) decisión unilateral de cualquiera de las partes, previo aviso con una anticipación de diez días, excepto pacto en contrario; ii) quiebra, muerte o incapacidad del cuentacorrentista; iii) revocación de la autorización para funcionar, quiebra o liquidación del banco, y iv) otras causales que surjan de la reglamentación o de la convención (art. 1404).

Ahora bien, el artículo 1406 dispone que, producido el cierre de la cuenta, si el banco está autorizado a operar en la República puede emitir un título con eficacia ejecutiva, debiendo comunicar al cuentacorrentista el día del cierre de la cuenta y el saldo a ese día.

El documento debe ser firmado por dos personas apoderadas del banco mediante escritura pública.

El documento debe señalar, además, el medio por el que fueron comunicados al cuentacorrentista, el día de cierre de la cuenta y el saldo a dicha fecha.

En caso de que la emisión o utilización del referido título fuere indebida, el banco resulta responsable por el perjuicio causado.

Se crea así un título con eficacia ejecutiva, autónomo, que se basta a sí mismo y que debe ser emitido en ocasión de la clausura de la cuenta corriente, que es cuando debe determinarse el saldo.

Con esta disposición, la cuenta corriente bancaria puede ser legítimamente utilizada para ejecutar los saldos deudores que resulten de otras relaciones que el banco se encuentre autorizado a debitar por haberlo convenido así con el cliente, siempre que no se contraríen otras disposiciones legales o reglamentarias.

En relación con la legitimación pasiva, se establece la responsabilidad solidaria de los titulares (art. 1399).

La disposición del crédito en la cuenta pertenece a todas las personas a cuyo nombre se abrió. Sean estas a la orden recíproca o indistinta, por lo que, como principio general, los cotitulares son acreedores del banco.

Recíprocamente, son deudores solidarios, por lo que banco puede exigirle la totalidad a cualquiera de ellos, ya que se trata de una obligación disyuntiva, que al tener origen contractual está sujeta al régimen legal de la solidaridad.

Cuestión distinta a la solidaridad pasiva es la regla del artículo 1400, que trata un supuesto diverso al del artículo 1399. En efecto, el artículo 1400 establece, salvo prueba en contrario, la división por partes iguales de la propiedad de los fondos (referido naturalmente a su disponibilidad) entre los cuentacorrentistas, y por tanto, oponible frente a terceros (v.gr., embargantes); regla que cede frente a la solidaridad cambiaria que pueda resultar del modo utilizado en el libramiento de cheques. El librador es garante del pago. Toda cláusula por la cual se exonere de esta garantía se tendrá por no escrita (art. 11, ley 24.452).

1038. II) Contratos relativos a operaciones activas

El Código Civil y Comercial regula los contratos bancarios relativos a las operaciones activas, en dos párrafos: en el primero de ellos el préstamo y el descuento bancario, en el siguiente la apertura de crédito, describiendo desde el método mismo la distinción estructural que existe entre dos categorías de asistencia crediticia, la de "disposición" (en el préstamo y el descuento) y la de "disponibilidad" (en la apertura de crédito).

La disposición del crédito consiste en la entrega del dinero o el compromiso de entrega para atender una necesidad presente. La disponibilidad es la posibilidad de utilizar el crédito en una entrega futura, para la eventualidad que el tomador lo requiera.

1039. a) Préstamo

El préstamo bancario se define en el artículo 1408 como el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero, obligándose el cliente prestatario a su devolución y al pago de los intereses convenidos. La fórmula alcanza a una amplísima variedad de modalidades de financiamiento bancario, por caso préstamos cambiarios, créditos para el consumo, para inversión, créditos en cuenta, créditos de firma y créditos con garantías.

Por su amplitud y la libertad de contratación consagrada en el artículo 958, las cuestiones relativas a las condiciones, plazos e intereses, quedan sujetas a los términos de la convención en tanto se trata de un contrato nominado (art. 970), sin perjuicio de su integración en los términos del artículo 964.

Tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero, resultan aplicables las disposiciones relativas a ellas, en particular lo dispuesto en los artículos 765 y 766, este último en desarmonía con el anterior, pero aplicable al préstamo bancario para sostener el funcionamiento sistémico de los contratos bancarios. Es que si los depósitos deben restituirse en la moneda de la imposición (art. 1390), lo mismo debe aplicarse al préstamo bancario. La restitución en la moneda de la misma especie es además una obligación explícita, extendida al pago de los intereses (art. 1408), tal como también sucede en el contrato de mutuo en general (art. 1525).

1040. b) Descuento

El descuento bancario se define en el artículo 1409 como el contrato en el que el titular de un crédito contra terceros se obliga a cederlo a un banco, y éste se obliga a anticiparle el importe del crédito. Es razonable que de tal anticipo se deduzcan los intereses correspondientes, tal como lo expresan los fundamentos de la Comisión Redactora del Código.

La norma añade que *el banco tiene derecho a la restitución de las sumas anticipadas, aunque el descuento tenga lugar mediante endoso de letras de cambio, pagarés o cheques y haya ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivados del título.*

De la definición del artículo 1409 resulta que el banco otorga un préstamo cobrando anticipadamente los intereses, y el cliente le transfiere un crédito suyo contra un tercero, permitiéndole al banco recuperar directamente la suma entregada. En su defecto, el deudor debe devolver el anticipo, en tanto el banco tiene el derecho a la restitución, aunque el descuento haya operado mediante el modo de letra de cambio, pagaré o cheque y ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivadas del título, sin resultado positivo.

Se trata de una operación de crédito con acumulación de al menos dos deudores, el descontado y el tercero, a los que se pueden agregar: i) endosantes si antes los títulos fueron negociados, o ii) los aceptantes de las letras de cambio.

1041. c) Apertura de crédito

En la apertura de crédito el banco se obliga, a cambio de una remuneración, a mantener a disposición de otra persona un crédito de dinero, dentro del límite acordado y por un tiempo fijo o indeterminado; si no se expresa la duración de la disponibilidad, se considera de plazo indeterminado (art. 1410).

Se trata de un contrato definitivo que habilita al cliente a disponer de recursos dinerarios que serán provistos por el banco a requerimiento de aquel en las condiciones previstas al tiempo de la celebración del contrato.

El monto de dinero disponible se encuentra dentro del límite previsto en el contrato, siendo en consecuencia determinada la suma, aunque determinable la efectivamente utilizable por el cliente según su requerimiento.

La disponibilidad puede acordarse por un tiempo fijo, durante el cual el banco se obliga a favor de su cliente y éste puede solicitar el o los desembolsos hasta el límite acordado; o bien, sin indicación de tiempo preciso o con indicación que lo es por tiempo indeterminado. De la redacción del artículo 1410, nada obsta a que la extensión del plazo de utilización de la disponibilidad pueda armonizarse con las condiciones de los reembolsos.

El Código incorpora dos precisiones en torno a la apertura del crédito, que le agregan certeza a la dinámica negocial, y que se refieren a la extensión temporal y a la extensión material de la disponibilidad.

La disponibilidad se extiende hasta el límite monetario acordado; representa el límite de la obligación del banco acreditante que se concreta por caso con la entrega del dinero o incluso con la acreditación en cuenta del acreditado, por ejemplo, atendiendo descubiertos en cuenta corriente. La disponibilidad puede ser simple, en cuyo caso con la utilización de los fondos se agota para el acreditado la disponibilidad y cesa en consecuencia la obligación del banco, aun ante el supuesto de que el plazo convencionalmente previsto para su utilización no hubiese llegado a su término. Puede, en cambio, presentarse que el acreditado efectúe reembolsos durante la vigencia del contrato, reponiendo con ellos la suma disponible a su favor; en tal supuesto, la posibilidad de reutilización se extiende hasta el vencimiento del plazo de vigencia del contrato, o hasta el preaviso de vencimiento cuando el plazo es indeterminado, permitiendo de tal forma sincronizar la vigencia de la disponibilidad con la obligación de reembolsar a cargo del acreditado (art. 1411).

Respecto de la disponibilidad material, el artículo 1412 prescribe que la disponibilidad no puede ser invocada por terceros, no es embargable, ni puede ser utilizada para compensar cualquier otra obligación del acreditado. La norma es categórica: la disponibilidad tiene efectos limitados. La disponibilidad constituye un derecho patrimonial del acreditado y como tal —valga la redundancia— disponible, por lo que —

en teoría— podría sostenerse que puede ser invocada por los terceros con un interés legítimo, los acreedores, por ejemplo, y que puede ser objeto de medidas cautelares o de ejecución, o incluso utilizada para compensar cualquier otra obligación del acreditado. Sin embargo, el artículo 1412 es categórico: nada de eso puede suceder. Es que la disponibilidad no se convierte en una acreditación si no es decidida por la declaración de voluntad del acreditado, en tanto aquella concreta incorporación al patrimonio del acreditado está sujeta a una condición suspensiva (art. 343) e incluso solo a él le está autorizado tomar las medidas conservatorias (art. 347).

1042. III) Contratos relativos a servicios bancarios

Finalmente, el Código se ocupa de los contratos que soportan jurídicamente a las operaciones neutras, así caracterizadas porque no pertenecen a las categorías de las pasivas o de las activas.

Regula el servicio de caja de seguridad en los artículos 1413 a 1417 y la custodia de títulos en los artículos 1418 a 1420, admitiendo que este último puede derivar hacia una operación pasiva con notas típicas, según veremos.

1043. a) Servicio de caja de seguridad

El artículo 1413 obliga al prestador de una caja de seguridad a responder por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas.

La caracterización del contrato a partir del deber de responder constituye un recurso único en el Código, y se profundiza en seguida al fijar los alcances de la responsabilidad (art. 1414) y los parámetros que contribuyen al ejercicio de la imputación (art. 1415, relativo a la "prueba de contenido").

Debe señalarse que es inválida la cláusula que exime de responsabilidad al banco. Es válida, en cambio, la que la limita hasta un monto máximo, lo que debe ser debidamente informado al cliente, y sin que ello desnaturalice el contrato (art. 1414).

La cláusula de exoneración total de responsabilidad del contrato carece, en consecuencia, de validez, ya que ella importa el incumplimiento de una obligación esencial (la custodia) a cargo del banco. Esta prestación es única y se traduce en una guarda tendiente a impedir que la caja sea abierta por quien no está autorizado a hacerlo.

La prueba de contenido de la caja de seguridad contribuye por su parte a la determinación de la causalidad a nivel de autoría y a la determinación del daño. El artículo 1415 establece que la prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio.

Sucede que ante el incumplimiento de este tipo de obligación, el banco deberá demostrar la existencia del caso fortuito externo a su actividad o que la cosa fue afectada por un vicio propio, para liberarse (art. 1413, *in fine*).

No obstante, dada la hipótesis de que la caja de seguridad sea violada y se sustraigan los bienes allí guardados, es preciso la verificación del contenido y, sucesivamente, la determinación de su valor.

De tal modo, le queda al cliente acreditar la existencia misma de los bienes depositados en la caja, asignándoles un valor. El tema constituye una cuestión central para que las controversias que se derivan del siniestro no se vean agravadas por pretensiones resarcitorias sin respaldo.

En el caso de los daños derivados del siniestro ocurrido en el marco de un contrato de caja de seguridad, una previsión como la del artículo 1415, relativa a "cualquier medio de prueba", significa que pueden considerarse las presunciones y los indicios. Y ello es lógico porque es prácticamente imposible que exista prueba directa de lo que un usuario ha guardado en la caja de seguridad.

Esas presunciones e indicios permiten, muchas veces, elaborar una secuencia lógica que concluya que dicha guarda ha efectivamente acaecido. Es el caso de quien ha vendido un inmueble y el mismo día o el día siguiente accede a su caja de seguridad, o el que compra divisas en un banco y el mismo día ingresa a su caja de seguridad. En ambos casos, es fuertemente presumible que el dinero recibido haya sido guardado en dicha caja.

La regulación del servicio de caja de seguridad se integra con los artículos 1416 y 1417. El primero admite la pluralidad de usuarios, quienes pueden acceder indistintamente a la caja; el segundo prescribe un procedimiento pautado y razonable para la apertura y retiro de los efectos, dado los supuestos de que no se cuente con la participación del titular usuario del servicio (extinción del contrato por vencimiento de plazo, resolución por incumplimiento del usuario y otros supuestos convencionales).

Esta última norma establece concretamente que vencido el plazo o resuelto el contrato por falta de pago o por cualquier otra causa convencionalmente prevista, el prestador debe dar a la otra parte aviso fehaciente del vencimiento operado, con el apercibimiento de proceder, pasados treinta días del aviso, a la apertura forzada de la caja ante escribano público. En su caso, el prestador debe notificar al usuario la realización de la apertura forzada de la caja poniendo a su disposición su contenido, previo pago de lo adeudado, por el plazo de tres meses; vencido dicho plazo y no habiéndose presentado el usuario, puede cobrar el precio impago de los fondos hallados en la caja. En su defecto puede proceder a la venta de los efectos necesarios para cubrir lo adeudado en la forma prevista por el artículo 2229, dando aviso al usuario. El producido de la venta se aplica al pago de lo adeudado. Los bienes remanentes deben ser consignados judicialmente por alguna de las vías previstas en este Código.

1044. b) La custodia de títulos

La custodia de títulos se define a partir de las obligaciones de ambas partes. Así, se indica que *el banco que asume a cambio de una remuneración la custodia de títulos en administración debe proceder a su guarda, gestionar el cobro de los intereses o los dividendos y los reembolsos del capital por cuenta del depositante y, en general, proveer la tutela de los derechos inherentes a los títulos* (art. 1418).

De lo expuesto, surge que la custodia de títulos se extiende al depósito y a la administración de títulos, salvo que convencionalmente se limite al depósito simple.

La custodia de títulos en administración por parte del banco implica una guarda activa.

No obstante su caracterización como un depósito regular, debe ponderarse la evolución del negocio tradicional que ha sustituido la obligación fundamental de restituir la cosa por aquella de custodiársela en forma activa. Se trata entonces de guardar la cosa, pero a la vez liberar al cliente de los riesgos de la custodia y de las preocupaciones de una administración.

Se integra, de tal forma, la obligación fundamental de custodia con la complementaria de administración —que intensifica a la principal pero no la desnaturaliza—, por lo que no debe asimilarse este contrato al contrato de servicios. De modo que el banco queda inhibido de utilizar para su uso propio los valores que se le han confiado, salvo el supuesto del depósito irregular.

A propósito, conviene precisar que la custodia de títulos genera la obligación de administrarlos, o puede ser al solo efecto de custodia, denominado simple, limitándose las obligaciones del depositario a la conservación, la que se agota en la integridad material de los títulos depositados.

Para hacer efectiva la custodia activa, prescribe el artículo 1419 que la omisión de instrucciones del depositante no libera al banco del ejercicio de los derechos emergentes de los títulos, ello siempre que sea material y jurídicamente posible, y

siempre que convencionalmente no se hubiese restringido la actuación del banco para tal ejercicio.

El art. 1420, por su parte, establece que en el depósito de títulos valores es válida la autorización al banco para disponerlos, restituyendo otros del mismo género, cantidad y calidad o su equivalente en dinero si aquella restitución no fuera posible. El depósito de títulos valores aparece como una variante de la custodia de títulos desde que no soslaya las notas típicas de la custodia y administración; sin embargo, la autorización, prevista en este artículo 1420, de disponer de ellos con la obligación de restituir otros equivalentes del género y calidad, lo alejan de la aproximación al depósito regular para acercarlo al depósito irregular, si no se disponen, y al comodato y al mutuo si aquella disposición sucede.

El contrato tiene por objeto mediatos títulos valores, esto es documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna, por lo que no es necesario que se trate liminarmente de títulos homogéneos. Sin embargo, la prerrogativa de ser utilizados por el banco disponiendo de ellos, no parece viable a menos que se trate de títulos valores similares cuyas características de homogeneidad los hagan jurídicamente fungibles, única forma posible de restituir títulos del mismo género, calidad y cantidad. El objeto mediatos del contrato, en rigor su contenido, es decisivo para habilitar la prerrogativa concedida al banco.

El artículo es amplio en cuanto no contempla a cargo de quién pesa la remuneración, en tanto es posible concebirla como una prestación destinada a favorecer al depositante con la custodia, conservación y administración de los títulos, de modo que el banco debe devolverlos al cliente, quien continúa siendo propietario de ellos; o bien resultar una prestación en beneficio del banco, quien puede disponer de los títulos, en cuyo caso podrá concluirse que la remuneración, por la utilización, es a su cargo.

CAPÍTULO XXXII - CONTRATOS CELEBRADOS EN BOLSAS O MERCADOS DE COMERCIO

1045. Introducción

Las bolsas y mercados (de comercio o de valores) son en general ámbitos específicos donde concurren oferta y demanda de diversos activos, que han requerido, por su propia trascendencia, de un control y de un régimen particular.

Las operaciones de bolsa son en general negocios sobre acciones de sociedades anónimas (nacionales o extranjeras o corporaciones), títulos públicos y títulos privados, tales como *debentures* (arts. 325 y ss., [ley 19.550](#)), obligaciones negociables ([ley 23.962](#)) y otros papeles de comercio (*Commercial Papers*, "pagarés de empresa", etc., conf. res. CNV 189/1991), en este último caso, buscando dar mercado y cotización a la deuda financiera a corto plazo de las empresas que cotizan.

Dada la especialidad de estos contratos el Código Civil y Comercial definió en la norma del artículo 1429 tanto la exclusión de ellos como de las operaciones financieras de bolsas y mercados, indicando que: *Los contratos celebrados en una bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, en tanto éstos sean autorizados y operen bajo contralor estatal, se rigen por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control. Estas normas pueden prever la liquidación del contrato por diferencia; regular las operaciones y contratos derivados; fijar garantías, márgenes y*

otras seguridades; establecer la determinación diaria o periódica de las posiciones de las partes y su liquidación ante eventos como el concurso, la quiebra o la muerte de una de ellas, la compensación y el establecimiento de un saldo neto de las operaciones entre las mismas partes y los demás aspectos necesarios para su operatividad.

La norma resalta dos características: i) se excluyen estos contratos de las normas generales del propio Código, y ii) deja claro que estos contratos son innominados, aunque muchos de ellos con una tipicidad social propia de las operaciones mercantiles y financieras.

Decimos *tipicidad social*, pues la denominación de estos contratos en general carece de molde legal y han sido el uso y la costumbre en las operaciones financieras los que han diagramado con precisión sus elementos usuales y normales en la contratación de bolsas o mercados.

Es que no se puede aprisionar el comercio y los negocios en figuras, las más de las veces heredadas del derecho romano. De allí que siendo el contrato un medio instrumental en la operatoria negocial, éste va ineludiblemente evolucionando con el mismo comercio y con el desarrollo de la vida económica. El fenómeno de los usos y costumbres negociales da pie a nuevos contratos que, por su ausencia de sistematización legal, son innominados en los términos del artículo 970, pero, a la vez, son socialmente típicos, pues existe una práctica negocial que las partes conocen y ejercen.

Todos estos contratos operados en bolsas o mercados quedarán sujetos a las reglamentaciones de las bolsas respectivas donde se celebren, y de la Comisión Nacional de Valores, pero excluidos del régimen general de contratos del Código Civil y Comercial, que será de aplicación supletoria o analógica.

1046. Bolsas y mercados

Bolsas y mercados son las instituciones —generalmente autorizadas por el Estado— donde se negocian títulos valores o productos, que operan el llamado mercado de capitales y que generalmente tienden a lograr el financiamiento externo y participativo de sociedades y empresas locales.

En nuestro país la bolsa pública mercantil fue creada por Rivadavia hacia el año 1822 con el fin de regular el número de corredores de comercio (o de bolsa), asignándoles en exclusividad la intermediación en las negociaciones de fondos o títulos públicos, letras de cambio y papeles de comercio, como también en las de mercaderías, seguros, fletes y especies metálicas, fijándoseles una comisión del medio por ciento a cargo de comprador y a cargo del vendedor. Tenían la obligación de llevar un libro específico de todas sus operaciones que debían asentarse día por día.

Hacia 1937 se crea en nuestro país la Comisión Nacional de Valores y se consagra así, definitivamente, el control estatal regulatorio de todo movimiento bursátil en el país, para controlar agentes de bolsa y aprobar los reglamentos de las bolsas de comercio. La regulación actual está dada por la ley 26.831 y su decreto reglamentario 1023/2013. El Código Civil y Comercial, al guardar silencio, ha dejado el control y regulación de todas estas operaciones y contratos a la Comisión Nacional de Valores, como lo ordena la ley vigente.

En nuestro país, este sistema de bolsas y mercados supervisados por la Comisión Nacional de Valores presenta dos esquemas principales:

i) Un sistema bursátil integrado por bolsas de comercio, mercados de valores, entidades de depósito y entidades de liquidación y compensación de operaciones.

ii) Un sistema extrabursátil, conformado hoy por una entidad autorregulada no bursátil organizada bajo la forma de sociedad anónima denominada Mercado Abierto Electrónico.

En general, cuando se habla de *mercados*, suele hacerse referencia a mercados financieros, que son instituciones autorizadas donde se negocian acciones, títulos valores y todo tipo de valores mobiliarios; empero, también referimos al lugar y mecanismo por el cual se produce el intercambio de activos y se determinan sus precios. Su función es poner en contacto a los agentes que operan e intervienen en esa operatoria de intercambio y ese intercambio (oferta y demanda) es el mecanismo por el que se va fijando el precio de los activos, por lo que como consecuencia el mercado proporciona liquidez a tales activos.

Normalmente, se suele distinguir entre mercado de dinero y mercado de capitales. En el primero se negocian activos de corto plazo, de gran liquidez y limitación de riesgos. En el segundo se negocian activos de mediano y largo plazo y su finalidad es generalmente ampliar los procesos de inversión.

Por último, suele diferenciarse también entre *mercados libres* y *mercados regulados* según el grado de intervención de las autoridades y el control que ejerzan sobre los mismos. Respecto de los primeros, podemos decir que en ellos juegan sin restricción oferta y demanda y que, en general, son más transparentes, sin perjuicio de una supervisión que evite la manipulación de oferta y demanda. En los segundos, la autoridad administrativa suele intervenir a fin de determinar ciertos límites (a tasas de interés, plazo de cotización, autorización y requisitos para participar del mercado, montos máximos y mínimos de operación, etc.). La tutela pública y privada del inversor, como el control del desenvolvimiento de los intermediarios que tiende a proteger la realidad de las operaciones y la veracidad de las registraciones, son los argumentos que justifican la regulación del mercado.

En todos los casos, la Comisión Nacional de Valores ejerce su control general sobre bolsas y mercados y, en especial, con el fin de: i) verificar el cumplimiento de los deberes de información, de reserva y de lealtad y ii) combatir toda conducta que atente contra la transparencia de las operaciones, buscando reprimir el uso indebido de información privilegiada o interna (caso de *insider trading*) y toda manipulación o fraude en el mercado.

1047. Algunos contratos en bolsas o mercados

Los contratos o las operaciones que se celebran en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires suelen ser sobre acciones, obligaciones negociables, *debentures*, certificados de participación emitidos por fideicomisos financieros, todos los cuales podemos englobar en el concepto de títulos privados. Se realizan también operaciones sobre títulos públicos.

Es de destacar que si bien el artículo 470 requiere *necesariamente* el asentimiento del cónyuge para enajenar o gravar las acciones o títulos nominativos no endosables y los títulos no cartulares (p. ej., acciones escriturales), se hace expresa excepción a las acciones autorizadas para la oferta pública y negociables en bolsas y mercados, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824.

Algunas de las operaciones de bolsas y mercados más características son las siguientes:

i) *Operaciones de contado*. Los títulos son vendidos a un precio que debe abonarse y liquidarse al tercer día hábil de la operación.

ii) *Operaciones a término*. Son operaciones a un plazo determinado que se debe cumplir y liquidar en el término o plazo fijado. Suelen fijarse márgenes de garantía para el caso de haber variaciones significativas del precio pactado y que excedan los límites previstos.

iii) *Operaciones de pase*. Es una operación que consiste en comprar o vender de contado un título y conjuntamente vender o comprar el mismo título a un vencimiento posterior para el mismo cliente.

iv) *Operaciones de derivados financieros*. Los llamados derivados financieros (*derivatives*) emergieron como todo instituto propio del derecho empresario, dando respuesta a determinadas necesidades de cobertura de riesgos y operativos para la empresa. De allí que fueran definidos en su comienzo como el contrato cuyo valor se fija y depende del valor de un activo subyacente (granos de café, azúcar, plata, oro, vino, petróleo, aluminio, acero, etc.), variando ese valor en el tiempo, con la propia variación en el precio del activo subyacente.

Se inicia el uso de este tipo de contratos con el claro objetivo de proteger la empresa contra las variaciones de precio de sus productos en el mercado en que estaba involucrado. Podemos decir entonces que —como todo contrato— es un instrumento, una herramienta que se utiliza en este caso para reducir y minimizar riesgos, reducir costos, mejorar el margen operativo o el margen financiero, mejorando el capital de trabajo y optimizando la capacidad operativa, financiera o bien la rentabilidad de las empresas.

A través de este tipo de operaciones el productor le transfiere su riesgo al comprador o al inversionista, lo que mejora su posición (al menos la fija), pues se adelanta a la cosecha y elimina el costo de depósito o el riesgo de altos *stock* (*inventory*), con la obvia carga o pérdida financiera que ellos representan. Con algo más de precisión, podemos encontrar —según algunos autores— el origen o comienzo de utilización de estos instrumentos derivados financieros, en los seguros de cambio (aproximadamente hacia 1970) y en dicha utilización se advierte que naciendo como clara técnica de cobertura de riesgos, se los llevó luego al campo específico de la operatoria comercial-financiera y de allí a la clara especulación, pues esos contratos cuyo valor dependía de un activo subyacente (materia prima o mercadería) se lo trasladó a un activo financiero y hasta con base en índices bursátiles y financieros (activos exóticos).

Así entonces, estos contratos dejaron de tener un sentido de cobertura de riesgos empresarios (comercial o industrial) directo para trasladarse a través de sus distintas variaciones a ser acuerdos de pura especulación generando mercados especializados que solo negocian estos derivados.

v) *Operaciones o contratos de opción*. Estas operaciones conocidas como *options* son contratos financieros que le otorgan —a cambio del pago de una prima (*premium*)— al comprador o al vendedor el derecho de comprar o de vender un activo en una fecha predeterminada y futura a un precio también predeterminado (*strike-price*). Debe entenderse que estos acuerdos otorgan el derecho de hacerlo, pero no la obligación de hacerlo. De allí es que, según los casos, se los suele distinguir entre los *calls* cuando se trata por parte del emisor de una opción de compra, esto es el derecho (del tomador o receptor) de optar por comprar la cantidad acordada por el valor pactado previamente; o bien los *puts* cuando se trata de una opción de venta de parte del emisor, esto es el derecho (del tomador o receptor) a optar por la venta de la cantidad indicada al precio pactado.

Puede darse que el tomador o receptor pueda ejercer la opción en cualquier momento durante el plazo de vigencia de la opción (*american option*), o bien que la opción solo pueda ejercerse al cumplirse el plazo pactado (*europaean option*). Por la opción (de venta o de compra) se abona un precio o prima que se paga de contado.

A través de estos contratos —en general— se busca incrementar la seguridad negocial de la empresa, asegurar o incrementar su rentabilidad, o bien tomar una posición en el mercado en caso de entidades financieras o inversores institucionales.

Tanto las empresas como los inversionistas se ven captados por un mercado globalizado y fundamentalmente los mercados emergentes tienen la necesidad —por la ausencia de un gran mercado o de alto ahorro interno— de buscar la venta de sus productos básicos o financiación en mercados no emergentes, o sea fuera de sus fronteras. Al enfrentar esta globalización, al salir a negociar fuera de fronteras, se

encuentra el empresario o inversionista con la necesidad de cubrir los riesgos, de calzar los riesgos que están asumiendo, cuando absorben financiación internacional, de allí la importancia de tener precios ciertos —asegurados— en la venta de sus productos.

Respecto de estas opciones —no obstante la exclusión del artículo 1429— podría generarse algún inconveniente en las opciones de largo plazo, a la luz de lo determinado por los artículos 994 y 996, pues el primero limita el uso y ejercicio de las opciones reguladas en el segundo artículo al plazo de un año, lo que entorpece aquellas operaciones de largo plazo u operaciones sobre opciones de acciones de largo término. Pensamos que más adecuado hubiera sido la solución que se plasmara en la reforma del Código Civil peruano (art. 1562), en el que los contratos de opción pueden celebrarse por cualquier plazo, y solo si se omite el plazo, la opción se limita al término de un año.

CAPÍTULO XXXIII - CUENTA CORRIENTE Y CUENTAS SIMPLES O DE GESTIÓN

§ 1.— Cuestiones generales

1048. Antecedentes. Noción

Se dice que el uso de la cuenta corriente comenzó hacia la Alta Edad Media, pero los primeros códigos de comercio conocidos —incluyendo el Código de Comercio francés— no llegaron a plasmar una regulación de ella. En 1866 el Código de Comercio de Chile fue de los primeros que legisló en especial sobre la cuenta corriente.

El derogado Código de Comercio argentino recién reglamentó la cuenta corriente mercantil con la reforma producida en 1890; y en el campo de la unificación legislativa, fue el Código Civil italiano de 1942 el que reglamentó la cuenta corriente en su artículo 1823 definiéndola de la siguiente manera: *el contrato de cuenta corriente es el contrato por el cual las partes se obligan a anotar en una cuenta los créditos derivados de las remesas recíprocas, considerándolos inexigibles e indisponibles hasta la clausura de la cuenta*.

La cuenta corriente (mercantil) tiene su origen práctico en el acuerdo de los comerciantes que mantenían una relación continuada de negocios por el cual —naciendo de tales relaciones, créditos y deudas recíprocas— convienen que las remisiones o remesas de mercaderías, dinero, títulos valores, que se efectúan entre ellos, no serán objeto de una liquidación o cobro particular; de tal manera se evita un exceso contable y administrativo y el traslado de dinero o valores. Las partes pactan que todas esas operaciones se incluyan en una cuenta común, inscribiéndose como anotaciones del debe o del haber de cada uno de ellos y, una vez vencido el plazo fijado, se sumarán las cifras anotadas en cada columna y se compensarán dichas sumas, tornándose exigible solo el saldo final.

De allí que el derogado Código de Comercio, en su artículo 771, la definiera descriptivamente, expresando: *La cuenta corriente (mercantil) es un contrato bilateral y conmutativo, por el cual una de las partes remite a la otra, o recibe de ella en propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a empleo determinado, ni obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente, pero a cargo de acreditar al remitente por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez hasta la concurrencia del "débito y crédito" y pagar el saldo.*

La cuenta corriente presupone, por definición, un aplazamiento de la exigibilidad de los respectivos créditos emergentes de las remesas efectuadas y la liquidación de los mismos en un momento posterior mediante compensación hasta el monto de la deuda menor y pago del saldo resultante por quien resulte deudor de dicho saldo. Por ello, el Código italiano la definió caracterizándola como aquella en que las partes se efectúan remesas recíprocas, considerándose a ellas inexigibles e indisponibles individualmente, hasta la determinación del saldo final.

1049. Objetivo y ventajas del contrato

Tal como hemos advertido, este contrato importa un acuerdo recíproco de concesión de crédito, por el cual las partes se difieren los pagos y cobros de las respectivas remesas hasta los períodos pactados o hasta el fin del plazo acordado para la cuenta.

Como consecuencia de lo expuesto, el sentido de la cuenta es dejar diferido a una *fecha posterior pactada el cobro del saldo que surja* por compensación; pudiendo las partes acordar qué remesas o qué tipo de remesas se incluirán o excluirán de la cuenta.

La ventaja que genera este tipo de contratación es que ambas partes no tienen que mantener sumas inmovilizadas y disponibles para aplicar a cada remesa, pudiendo destinar su dinero a otros menesteres.

También este contrato tiene la ventaja —para ambas partes— de que se simplifican los trámites contables y administrativos, y los vencimientos, se evitan pagos parciales, hay economía de gastos y riesgos, y se reduce todo a un pago único periódico o final.

Finalmente, como por definición el contrato genera créditos recíprocos, se satisfacen así disponibilidades o indisponibilidades de efectivo para las necesidades propias y las ajenas de la otra parte.

1050. Caracteres

Se trata de un contrato *consensual*, pues se perfecciona con el simple consentimiento de las partes. El contrato se celebra sin obligación de ninguna de las partes de efectuar remesas, sino simplemente regulando la futura actividad de las partes. El Código Civil y Comercial (art. 1430) destaca este carácter consensual cuando define al contrato como aquel por el cual las partes se *comprometen* a inscribir en una cuenta las remesas recíprocas que se efectúan y se *obligan* a no exigir ni disponer de los créditos resultantes de ellas hasta el final de un período, a cuyo vencimiento se compensan, haciéndose exigible y disponible el saldo que resulte.

Siguiendo la vieja definición del derogado Código de Comercio, este contrato es también de carácter *bilateral*, pues impone obligaciones recíprocas a las partes intervinientes (conf. art. 966).

También se trata de un contrato *oneroso y conmutativo*. Oneroso, por cuanto las ventajas que el contrato procura a una de las partes le son concedidas en función de una prestación que efectuó o se obliga a efectuar (conf. art. 967), y es conmutativo, porque las ventajas para todas las partes son ciertas (conf. art. 968). No hay ventaja o beneficio que dependa de un acontecimiento incierto, sino que estas surgen de las remesas efectuadas y del saldo resultante que determinará quién es acreedor o quién es el deudor.

Se trata la cuenta corriente de un contrato *no formal*, pues la ley no exige a su respecto ninguna formalidad para su validez (conf. art. 969), pues las facturas, remitos, cheques, resúmenes bancarios y hasta los asientos de los libros contables solo servirán para acreditar las remesas efectuadas, pero no para la existencia del contrato, el cual se registrará —en el sentido de su prueba— por lo determinado en el artículo 1019.

Es también un contrato *principal*, ya que existe por sí mismo sin necesidad de otro acuerdo, y si bien opera como un contrato marco que aglutina distintas operaciones (remesas), tampoco es un contrato normativo o preliminar, pues tiene validez por sí mismo, sin necesidad de otro contrato, ni obliga a celebrar otros contratos (conf. art. 994).

Finalmente, es un contrato *nominado*, pues se trata de un negocio específicamente regulado por la ley (arts. 1430 y ss.) y en razón de su propia naturaleza es un contrato de *duración*.

Explicados los caracteres del contrato, nos hemos de detener en lo que, entendemos, es la característica esencial y definitoria de la cuenta corriente: que produce la transformación del crédito que se incorpora a la cuenta corriente, pues éste pierde su individualidad y su exigibilidad.

En efecto, cada parte, al efectuar una remesa, renuncia a su derecho de exigir el contravalor de tal remesa, la que se incorpora a la cuenta corriente mientras esta mantenga su vigencia.

Al contabilizar la remesa en la cuenta corriente se paraliza la exigibilidad natural del crédito nacido por la operación jurídica que ella implica, quedando supeditado su cobro a las resultas de la operatoria de la cuenta, en una suerte de *pacto de non petendo* que, a diferencia del artículo 775 del derogado Código de Comercio, *no genera novación del crédito* emergente de la remesa, por lo que persistirán (conf. art. 1434) las garantías personales y reales de los créditos anotados.

Ello así, los créditos o remesas incorporados a la cuenta corriente pierden esa autonomía propia y —aunque no se novan— pasan a ser simples asientos de la contabilidad de la cuenta corriente, para integrar la masa de remesas acreditadas, las que no pueden ser objeto de liquidación individual, sino que conformarán —a través del saldo final— una obligación única.

El saldo definitivo viene así a sustituir a todos los créditos y débitos (remesas) inscriptos en la cuenta corriente.

Esta característica es una de las que lleva a diferenciar a la cuenta corriente de las cuentas simples o de gestión, como veremos más adelante (nro. 1061).

1051. Contenido

Cualquier negocio jurídico entre las partes del cual surja una relación de crédito o débito entre ellas puede constituir el contenido de la cuenta corriente.

Cada uno de esos créditos o débitos será una partida o asiento de la cuenta y cada uno de ellos constituye la remesa de la que habla la definición del artículo 1430.

En tal sentido, dispone el artículo 1431 que *todos los créditos entre las partes resultantes de títulos valores o de relaciones contractuales posteriores al contrato se comprenden en la cuenta corriente, excepto estipulación en contrario*.

De lo expuesto por la norma, advertimos que las partes pueden acordar en el contrato de cuenta corriente qué remesas o qué tipo de remesas se incluirán o excluirán de la cuenta.

Tal como expresara la jurisprudencia, puede partirse del principio de que en la duda, todas las prestaciones y créditos valables en dinero, es decir aptos para su compensación, son del dominio natural de la cuenta corriente, pues de otro modo

quedaría al solo arbitrio de una de las partes excluir de la cuenta las remesas que mejor les pareciera (conf. [CNCom., sala D, 15/8/1983, "Cía. Italiana de Aceros SA c. Batisti Hnos. SA", LL 1985-B-24](#)).

Expresamente —en concordancia con lo expuesto— la norma citada prohíbe incorporar a una cuenta corriente los créditos no compensables (enumerados en el art. 930), ni los créditos ilíquidos o litigiosos. De lo indicado por la norma y sujeto a la cláusula "salvo encaje" (art. 1435), entendemos que los *créditos dudosos* pueden ser objeto de una remesa en la cuenta corriente.

1052. Plazos de operación

Si bien se trata de un contrato no formal, que no requiere una solemnidad particular para su instrumentación, de acordarse un contrato de cuenta corriente, es conveniente algún tipo de formalización escrita para garantía de las partes y mayor seguridad de sus negocios, en particular en razón del plazo de duración del acuerdo o de los plazos de los períodos liquidables.

El Código Civil y Comercial ha atendido en parte este aspecto regulando —salvo acuerdo de partes— los plazos del contrato de cuenta corriente de la siguiente forma:

a) Si existe un plazo, pero *no se indica períodos de liquidación* de saldos, los períodos se consideran *trimestrales*, computándose el primero desde la fecha de celebración del contrato (art. 1432, inc. a)). No obstante —como veremos al analizar la extinción del contrato—, si transcurrieran dos períodos completos sin que las partes hubieran efectuado alguna remesa, se extingue el contrato, salvo pacto en contrario (art. 1441, inc. d)).

b) Si *no existe plazo determinado de duración*, cualquiera de las partes puede rescindirlo sin necesidad de expresión de causa, otorgando un preaviso fehaciente, no menor de diez días, a cuyo vencimiento se producirá el cierre y conclusión de la cuenta, ocurriendo a ese momento la compensación y determinación del saldo. Este saldo no puede ser exigible antes de la fecha en que deba concluir el período trimestral que se encuentra en curso al emitirse el preaviso (art. 1432, inc. b)).

c) Si el *contrato tuviera plazo determinado*, se renueva por tácita reconducción (art. 1432, inc. c)). En este caso pueden darse dos alternativas: i) dado que el vencimiento no genera *ipso iure* la conclusión del contrato, cualquiera de las partes puede anunciar fehacientemente con anticipación de diez días al vencimiento pactado su decisión de no continuarlo, de no reconducirlo, o ii) puede ejercer —producida la reconducción— la facultad rescisoria incausada prevista en el artículo 1432, inciso b), parte final, conforme explicamos en el subpunto b) precedente.

d) En caso de *continuación del contrato o renovación luego de un cierre*, el saldo es considerado primera remesa del nuevo período, salvo que lo contrario resulte de una expresa manifestación de la parte que lleva la cuenta y tiene el saldo a su favor, o de una expresa manifestación de la otra dentro de los diez días de recibido el resumen con dicho saldo (art. 1432, inc. d)).

§ 2.— Contingencias

1053. Remesas, intereses, comisiones y gastos

Las remesas son débitos o créditos que generan los diferentes negocios jurídicos entre las partes de la cuenta corriente (p. ej., compraventa, depósito, giro de dinero, etc.). La remesa genera un crédito a favor del remitente que se asienta en la cuenta corriente entre remitente y remitido. El asiento en la cuenta no hace nacer el crédito, sino que es una consecuencia, un efecto de la negociación llevada a cabo.

Las remesas —dentro de la cuenta corriente— se consideran *facultativas*, pues ninguna de las partes puede obligar a la otra a que efectúe una remesa, sino solo a que asiente o incluya en la cuenta la remesa efectuada.

En el contrato de cuenta corriente, no hay obligación de realizar operaciones sino solo el de asentar el crédito derivado de las que se efectúen. Por ello, la remesa genera siempre un crédito del remitente contra la parte que la recibe o le es remitida.

Las remesas que una de las partes efectúe, imputándolas expresamente a un determinado fin específico, no integran —por ello— la operatoria de la cuenta corriente y no son susceptibles de ser compensadas con las efectuadas en virtud de la cuenta corriente acordada. Como veremos, estas solo integran una cuenta simple o de gestión.

El remitente, al realizar una remesa dentro de la cuenta corriente, pierde el derecho de exigir su contravalor mientras el contrato de cuenta corriente se encuentra vigente.

Al inscribir una remesa en la cuenta corriente, se paraliza la exigibilidad del crédito nacido por la operación jurídica que ella implica. El cuentacorrentista que envía una remesa al otro renuncia a hacer valer el crédito nacido a su favor por dicha operación. La remesa pasa a ser un crédito y un simple asiento en la contabilidad de la cuenta corriente, para integrar la masa total de remesas acreditadas, las que no pueden ser objeto de liquidación individual, sino que, según adelantáramos, conformará —a través del saldo final— una obligación única.

Las remesas dejan de ser exigibles y disponibles aisladamente, pues las partes se han comprometido a incluirlas como crédito o débito en la cuenta que se liquida como un todo al final de ella.

El artículo 1433 dispone que, salvo pacto en contrario, en la cuenta corriente se entiende que

a) Las remesas devengan intereses (capitalizables como veremos) a la tasa pactada o, en su defecto, a la tasa de uso y costumbre, y a falta de esta, a la tasa legal. Se trata de un contrato oneroso y como tal se presume que lo remitido genera intereses, por lo cual podemos afirmar que ellos corren de pleno derecho.

b) Se considera que en sí mismo, *el saldo de la cuenta corriente es un capital productivo de intereses*, aplicándose al mismo la tasa pactada, la de uso y costumbre o en su defecto la tasa legal. Ahora bien, si consideramos que esta disposición permite la adición de intereses a las respectivas cuentas (ver anterior inc. a)), y si a ello le agregamos que el saldo resultante también genera intereses, nos encontramos ante un supuesto de anatocismo legalmente permitido, lo que así ha sido admitido (conf. SC Buenos Aires, 15/7/1997, "Harinas Concepción SA c. Moritán, Ignacio y otros").

c) Las partes pueden convenir la *capitalización de intereses en plazos inferiores al de un período*. Ello nos permite afirmar que cada tres meses se determina el saldo de la cuenta y se capitalizan los intereses, salvo que las partes acuerden plazos menores (p. ej., cada mes).

d) Se deben incluir en la cuenta corriente —como remesas del debe o del haber— las *comisiones o gastos vinculados con las operaciones* o negocios objeto de la cuenta (p. ej., débitos bancarios, gastos o comisiones de valores al cobro, etc.).

1054. La cláusula "salvo encaje"

Este tipo de cláusula es un elemento natural del contrato de cuenta corriente, pues se presume —salvo pacto en contrario— que así opera la cuenta. Esta cláusula o

condición en que se reciben los títulos valores entregados como remesas en la cuenta, hace que se asienten los mismos como crédito en el haber de la parte, pero sujetos a que dichos títulos fueren pagados a su vencimiento. Si así no lo fueran, la remesa de títulos recibidos se debitará en la columna del debe de esa misma parte.

En tales supuestos (títulos valores, valores o documentos al cobro) la remesa ingresa provisionalmente y queda sujeta a que, al vencimiento de tales títulos, ellos se hagan efectivos, pues al entregarse esos títulos se presume que el receptor está autorizado a cobrarlos al vencimiento. De allí que, de no hacerse efectivo, el receptor queda facultado a revocar y dejar sin efecto la acreditación en cuenta.

En tal sentido dispone el artículo 1435 que *excepto convención en contrario, la inclusión de un crédito contra un tercero en la cuenta corriente, se entiende efectuada con la cláusula "salvo encaje". Si el crédito no es satisfecho a su vencimiento, o antes al hacerse exigible contra cualquier obligado, el que recibe la remesa puede, a su elección, ejercer por sí la acción para el cobro o eliminar la partida de la cuenta, con reintegro de los derechos e instrumentos a la otra parte. Puede eliminarse la partida de la cuenta aun después de haber ejercido las acciones contra el deudor, en la medida en que el crédito y sus accesorios permanecen impagos.*

La facultad del receptor de dejar sin efecto la acreditación en cuenta se entiende en la medida en que haya *actuado en debida forma para el cobro* de esos títulos y no los haya perjudicado con su obrar, ya que en tal sentido juega el deber de prevención del daño (art. 1710) y el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 1725).

Por eso, el citado artículo 1435, párrafo final, ha prescripto también que *la eliminación de la partida de la cuenta o su contra asiento no puede efectuarse si el cuentacorrentista receptor ha perjudicado el crédito o el título valor remitido.*

Con similar criterio, el artículo 1437 dispone que *la inclusión de un crédito en una cuenta corriente no impide el ejercicio de las acciones o de las excepciones que tiendan a la ineficacia del acto del que deriva. Declarada la ineficacia, el crédito debe eliminarse de la cuenta.*

Esta norma permite advertir —como adelantamos— que las remesas no son objeto de novación, ni siquiera al final de la cuenta al producirse el saldo, conservando su carácter, pero perdiendo su exigibilidad autónoma, a diferencia de lo que surgía del artículo 775 del derogado Código de Comercio. En efecto, de haberse producido una novación con la remisión o con el saldo final, la declaración de ineficacia no permitiría eliminar el crédito de la cuenta.

1055. Garantía de créditos incorporados

El artículo 1434 dispone, respecto de las garantías de créditos incorporados, que *las garantías reales o personales de cada crédito incorporado se trasladan al saldo de cuenta, en tanto el garante haya prestado su previa aceptación.*

Dado que —como expresamos— no hay novación ni al efectuarse la remesa, ni al final del período o de la cuenta con el saldo compensado, es obvio que se mantienen las garantías de los créditos incorporados a la cuenta. Se entiende que dicha garantía no lo es por el total del saldo compensado, sino hasta el monto del crédito garantizado que fuera incorporado a la cuenta.

1056. Vicisitudes de la cuenta. Embargo por terceros acreedores

El saldo eventual de la cuenta corriente es embargable por los acreedores de cualquiera de las partes; en definitiva, se trata del embargo de un crédito eventual.

El artículo 1436 recoge lo dicho precedentemente y añade un sistema de protección del acreedor embargante, impidiendo que la aplicación de nuevas remesas —una vez notificada la medida— perjudiquen su derecho.

En efecto, establece que *el embargo del saldo eventual de la cuenta por un acreedor de uno de los cuentacorrentistas, impide al otro aplicar nuevas remesas que perjudiquen el derecho del embargante, desde que ha sido notificado de la medida. No se consideran nuevas remesas las que resulten de derechos ya existentes al momento del embargo, aun cuando no se hayan anotado efectivamente en las cuentas de las partes.*

Asimismo, la norma incorpora una causal de resolución contractual, que luego se reitera en el artículo 1441, inciso c), en tanto dispone que *el cuentacorrentista notificado debe hacer saber al otro el embargo por medio fehaciente y queda facultado para rescindir el contrato.*

1057. Resúmenes de la cuenta corriente. Garantía del saldo. Acción de rectificación del saldo

Tal como lo dispone el artículo 1432, inciso a), salvo convención en contrario, lo períodos de liquidación de la cuenta corriente son trimestrales. Cada tres meses —en el curso de la duración del contrato— se produce la liquidación de la cuenta para determinar el saldo exigible.

El resumen de la cuenta corriente y su saldo se determina formando las dos masas de ingresos y egresos, las columnas del debe y del haber. Con su resultado se efectúa la compensación entre ambos hasta el monto de la deuda menor (art. 921), con lo cual se obtendrá el saldo adeudado por una de las partes.

Esto nos impone distinguir el llamado *cierre parcial* de la cuenta que se produce trimestralmente (salvo pacto en contrario, como vimos), para determinar quién es deudor y quién es el acreedor de la cuenta; del *cierre final* que se produce al finalizar o extinguirse la cuenta o concluir el plazo de su duración.

A su vez —tal como dispone el artículo 1433, inciso b)— en el caso del *cierre parcial*, dicho saldo generará intereses y eventualmente, el mismo (si no se abona) podrá ser considerado como remesa del siguiente período —sea el pactado por las partes, sea el trimestral que el Código establece en caso de silencio— (conf. art. 1432, inc. d)).

Aun cuando guarden similitud, no debe confundirse el resumen de la cuenta corriente con la rendición de cuentas (art. 858 y ss.), pues en el caso que estamos estudiando no se debe cumplir con el detalle descriptivo y documentado de cómo se llega al saldo (parcial o final), ni con las referencias o explicaciones necesarias para su comprensión, ni —menos aún— acompañar comprobantes de ingresos y egresos, pues tales documentos (facturas, remitos, etc.) ya se encuentran en poder de ambas partes y asentados en sus recíprocas contabilidades.

Asimismo, el artículo 1438 establece que *los resúmenes de cuenta que una parte reciba de la otra se presumen aceptados si no los observa dentro del plazo de diez días de la recepción o del que resulte de la convención o de los usos. Las observaciones se resuelven por el procedimiento más breve que prevea la ley local.*

De lo dispuesto por la norma advertimos que puede haber dos tipos de aceptación del resumen de cuenta y su saldo: expresa y tácita. La primera, la *aceptación expresa* no genera problema alguno. Solo cabe señalar que si el acreedor pretende la ejecución del saldo, el resumen de cuenta deberá estar suscripto con firma del deudor certificada por escribano o judicialmente reconocida (art. 1440, inc. a)).

La aceptación constituye en deudor obligado a la parte y dicho saldo puede llevarse a una nueva cuenta como primera remesa o al siguiente período (sea el pactado por las partes, sea el trimestral que el Código establece en caso de silencio) en igual forma, como ya hemos visto.

En defecto de una aceptación expresa, puede darse una *aceptación tácita* del resumen y su saldo, y ello ocurrirá si el receptor del resumen deja transcurrir diez días (o el plazo que sea de uso y costumbre) desde su recepción, sin ninguna observación.

Entendemos que en este caso la norma ha fijado un plazo máximo, por lo que los usos y costumbres aplicables deberían ser aquellos que fijen un plazo menor y no mayor, en razón de la celeridad propia de este tipo de negocios, que impone no dejar en la incertidumbre las operaciones mercantiles. Incluso, debe contemplarse que el plazo se ha visto reducido de un mes (art. 73, Cód. Com. derogado) que se entendía aplicable a la aceptación tácita de la cuenta, a solo diez días en el Código Civil y Comercial.

El saldo de la cuenta corriente —tal como dispone el artículo 1439— puede ser garantizado con hipoteca, prenda, fianza o cualquier otra garantía. Esta disposición no pretende fijar que la garantía deba prestarse una vez aprobado expresa o tácitamente el resumen de la cuenta, sino que las garantías mencionadas pueden otorgarse con anticipación al resumen o al saldo adeudado (conf. arts. 1577 y 2187).

Más allá de las observaciones a la cuenta que menciona el artículo 1438, segundo párrafo, el Código Civil y Comercial no regula la *acción de rectificación de la cuenta o del saldo de cuenta*, tal como lo preveía el artículo 790 del Código de Comercio derogado, disposición que fue ampliamente aplicada analógicamente a la cuenta corriente bancaria en su momento.

Entendemos que los casos de *errores de cálculo o de registración*, podrán ser cuestionados judicialmente y requerida la rectificación del saldo final de la cuenta por aplicación analógica del artículo 862, *in fine*; por lo que la acción que nace con la recepción del saldo, no queda sujeta a prescripción, sino que caducará al año de recibido dicho saldo.

1058. Cobro ejecutivo del saldo de la cuenta corriente

La exigibilidad del saldo (parcial o final) resulta de su aceptación expresa o tácita. El artículo 1440 ha habilitado la vía ejecutiva directa para el cobro del saldo de la cuenta corriente, la que queda expedita en cualquiera de los siguientes casos:

a) Si el resumen de cuenta en el que consta el saldo está suscripto con firma del deudor certificada por escribano o judicialmente reconocida. El reconocimiento judicial se debe ajustar a las normas procesales locales y puede ser obtenido en forma ficta, lo que lleva a la aplicación de las normas previstas en los diferentes códigos procesales.

b) Si el resumen está acompañado de un saldo certificado por contador público y notificado mediante acto notarial en el domicilio contractual, fijándose la sede del registro del escribano para la recepción de observaciones en el plazo del artículo 1438. En este caso, el título ejecutivo queda configurado por el certificado notarial que acompaña el acta de notificación, la certificación de contador y la constancia del escribano de no haberse recibido observaciones en tiempo.

No advertimos la necesidad de una doble instancia de observaciones, ni el encarecimiento contable y notarial del procedimiento. En efecto, si el resumen ya ha sido remitido de conformidad con lo determinado por el artículo 1438 y han transcurrido los diez días, la aceptación tácita se ha producido; y si hubo observaciones también se debió cumplir con la vía judicial del segundo párrafo de esa norma, lo que con su resultado dejaría habilitada la ejecución por el saldo judicialmente reconocido sin necesidad de otro trámite.

Por ello, ¿cuál es la razón para habilitar un nuevo período de diez días para observaciones por sobre aquel del artículo 1438? ¿Cuál el sentido de la constancia notarial adicionada a la certificación contable, si con esta última ya hay presunción suficiente del saldo?

Entendemos que hubiera bastado con la sola existencia del inciso a) del artículo 1440 para habilitar la vía ejecutiva y pensamos que en la operatoria de la cuenta será esa la vía elegida por los acreedores en la eventual ejecución de la cuenta.

§ 3.— Finalización del contrato

1059. Conclusión o extinción

La conclusión o extinción del contrato de cuenta corriente va a determinar el saldo final y definitivo que debe pagar la parte deudora de la cuenta una vez producida la compensación del caso.

Son causales especiales de conclusión y extinción del contrato las siguientes:

a) *La quiebra, la muerte o la incapacidad de cualquiera de las partes.* En estos supuestos existe claramente una incapacidad de operar la cuenta corriente, lo que genera su lógica conclusión y extinción. Distinto es el supuesto de concurso preventivo, en el cual serán de aplicación los artículos 19 y 20 de la [ley 24.522](#), de concursos y quiebras.

b) *El vencimiento del plazo o la rescisión, según lo dispuesto en el artículo 1432.* Obviamente, la existencia de un plazo y su vencimiento operan la conclusión y extinción del contrato. También se extingue el contrato en el caso de la rescisión incausada, cuando el contrato no tiene plazo determinado, previo aviso no menor de diez días (véase nro. 1052.b).

c) *En el caso previsto en el artículo 1436.* El embargo de la cuenta por un acreedor particular de una de las partes impide la operatoria de la cuenta corriente, lo que lleva a su conclusión.

d) *De pleno derecho, pasados dos períodos completos o el lapso de un año, el que fuere menor, sin que las partes hubieren efectuado ninguna remesa con aplicación al contrato, excepto pacto en contrario.*

e) *Por las demás causales previstas en el contrato o en leyes particulares.*

1060. Prescripción

La operatoria analizada nos permite advertir que mientras la cuenta corriente es operativa (hasta tanto se produzca el cierre parcial o de un período o el cierre final) ninguna de las partes puede exigir a la otra el pago de un crédito anotado en cuenta.

Ello es así, pues las operaciones debitadas o acreditadas pierden su autonomía y, en consecuencia, no existe propiamente un acreedor ni un deudor hasta el cierre parcial o final en que se produce la compensación.

De allí que el plazo de prescripción de las acciones que puedan surgir de la cuenta corriente —acción que nace con la exigibilidad del saldo (parcial o final)— recién comienza a correr desde que queda aprobado expresa o tácitamente el saldo.

Entendemos que el término de prescripción —por el modo operativo de la cuenta corriente— es el bianual del artículo 2562, inciso c), sin perjuicio de lo expresado respecto de la acción de rectificación de la cuenta corriente o de su saldo, que caducará al año por aplicación analógica del artículo 862, *in fine*, conforme indicamos en el número 1057.

1061. Cuentas simples o de gestión. Diferencias con la cuenta corriente

Hemos expresado que en la cuenta corriente los créditos o remesas incorporados a la cuenta pierden autonomía propia y pasan a integrar la masa de remesas acreditadas, las que no pueden liquidarse individualmente, sino que conforman —a través del saldo

final— una obligación única, por lo que el saldo final sustituye a todos los créditos y débitos (remesas) inscriptos en la cuenta corriente y es ejecutable por sí mismo, conforme hemos visto en el número 1058.

De lo expresado podemos entonces extraer una serie de diferencias entre la cuenta corriente y las cuentas simples o de gestión, que son:

a) La cuenta corriente es jurídicamente un contrato autónomo, mientras que la cuenta de gestión es una operación contable y no una relación jurídica particular.

b) Las remesas acreditadas en la cuenta corriente pierden su individualidad, mientras que en la cuenta simple o de gestión cada operación mantiene su individualidad y no genera propiamente una "remesa" acreditable o debitable para compensar en su saldo parcial o final.

c) En la cuenta corriente tenemos una bilateralidad entre las partes que se conceden créditos recíprocos y no se los exige sino a través del saldo final, mientras que en la cuenta simple o de gestión tenemos una relación unidireccional emergente de la operación individual o de cada una de ellas.

d) Reiterando lo expresado en la cuenta corriente, hay créditos recíprocos y una compensación de todas las remesas periódicamente o al final de la cuenta, dos aspectos que no operan en las cuentas simples o de gestión.

En el sentido indicado, se ha resuelto que las cuentas que no reúnen todas las condiciones enunciadas (concesión recíproca de crédito, remesas no imputables a empleo determinado, etc.) son *cuentas simples o de gestión*, en las que las partes se encomiendan gestiones recíprocas en favor de uno u otro, no perdiendo ninguna de las operaciones su individualidad. No existe, por lo tanto compensación final, ni producción automática de intereses (C1ªCiv. Mendoza, 1ª Circ., 22/6/2009, reg. sent. 40.267). En la cuenta simple las partidas no cambian su naturaleza por ingresar en ella, incluso los créditos mantienen la acción que los protege primitivamente y, como es lógico, no puede regirse por las normas de la cuenta corriente.

CAPÍTULO XXXIV - CONTRATOS ASOCIATIVOS

I — DISPOSICIONES GENERALES

1062. Introducción a estos contratos

Las tendencia natural del sistema económico y la revolución tecnológica operada en las distintas formas de producción y comercialización han llevado a que las estructuras clásicas empresarias evolucionaran hacia formas de concentración, interdependencia e integración más ágiles, abiertas y dinámicas, que mantuvieran la autonomía de las empresas-sociedades, esbozándose así la crisis del individualismo en los procesos de fusiones, a la par que la crisis del propio gigantismo empresarial en los procesos escisionarios, pero a la vez generando nuevos medios operativos.

La formación de nuevos esquemas organizativos de los grupos empresarios en clara aplicación del principio de sinergia y la necesidad de lograr una dimensión óptima de la empresa, reduciendo riesgos e inversiones, hizo que la legislación se viera forzada a captar y regular estas formas jurídicas que enmarcaron una nueva dimensión de la organización para la producción de bienes y servicios.

Internacionalmente el derecho comparado exhibía estos nuevos esquemas en formas como los *joint ventures* del derecho sajón, en los *consorcios* del derecho italiano o bien como los *grupos de interés económico* del derecho francés. Estas figuras no siempre dieron buen resultado en su aplicación en nuestro país, ya que generalmente solían concluir en una responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los partícipes.

En nuestro caso particular, la limitación del artículo 30 de la ley 19.550 y la consecuente proliferación de sociedades anónimas (con sus consecuentes gastos) para posibilitar estas uniones o agrupamientos empresarios (las más de las veces transitorios), fueron dos elementos que movieron al legislador a introducir una forma más adecuada de colaboración y asociación.

Es que la utilización del *joint venture* del derecho anglosajón, útil como referencia, no tenía cabida dentro de nuestro esquema jurídico para dar solución a la necesidad de estructuraciones agrupadas y uniones de empresas.

Comprendido el fenómeno y la necesidad misma, fue que en 1983 la [ley 22.903](#) generó un importantísimo avance al regular los contratos de colaboración empresaria, aptos para satisfacer una amplia gama de finalidades y posibilidades económicas, tratando de dotar al mercado con herramientas jurídicas adecuadas, las que, como bien expresaba el legislador de 1983, debían estar ligadas a "...un tratamiento impositivo que fomente..." el desarrollo económico.

La ley argentina comenzó plasmando dos figuras tendientes a colaborar en el desarrollo de las llamadas "alianzas estratégicas", como modo de azuzar la colaboración empresaria, un mejor posicionamiento y una mayor consolidación de las entidades involucradas, de forma tal de otorgar a estas un instrumento tendiente a la ampliación y apertura del mercado, aumentar el grado de competitividad tecnológica, productiva y comercial de las mismas.

Pero como bien planteara el propio legislador, la incorporación de estas figuras lo fue solo en una primera etapa con la idea de evolucionar hacia formas más extensas y complejas de complementación.

Como bien expusiera el legislador, se trató entonces de estructurar, por una parte, un régimen que permitiera estos acuerdos de colaboración, pero cuidando que no colisionara con la normativa de defensa de la competencia (leyes antitrust); y por otra parte, se buscó evitar el uso del concepto de "grupos" y "consorcio" del derecho comparado, por su latitud, en un caso, y en otro, por el uso que internamente se tenía del vocablo (consorcio), adoptándose el *nomen iuris* de agrupaciones de colaboración y uniones transitorias de empresas.

Más tarde, la ley 26.005 integró esos contratos de colaboración empresaria incorporando el "consorcio de colaboración" como nueva figura para desarrollar el mismo campo en el que se insertan los contratos de colaboración empresaria. Estos consorcios de cooperación tenían por finalidad facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad de sus miembros o bien mejorar y acrecentar sus resultados.

En su momento enfatizamos la característica contractual de todas estas figuras, como su naturaleza de plurilateralidad, resaltando que la falta de inscripción registral no debía incidir en su naturaleza contractual, ni en los correspondientes efectos. Ello, pues era necesario impedir volcar sobre estas figuras la aplicación de las pautas propias de las sociedades no constituidas regularmente, correspondiendo primero hacerlo del régimen de contratos.

La [ley 26.994](#) ha derogado los artículos 361 a 366 y el capítulo III de la [ley 19.550](#), y la ley 26.005; y ha incorporado en el Libro III, título IV, capítulo 16, bajo la denominación de *Contratos asociativos*, las siguientes figuras contractuales, precedidas de una breve sección de "Disposiciones generales" (arts. 1430-1441): Los ahora llamados *negocios en participación* (arts. 1442-1447), las *agrupaciones de colaboración* (arts. 1448-1452), las *uniones transitorias* (arts. 1463-1469) y los *consorcios de cooperación* (arts. 1470-1478).

Como comentario positivo al nuevo sistema del Código Civil y Comercial, podemos señalar la incorporación de una parte general, en donde la vigencia del principio de libertad contractual otorga la posibilidad de que las partes interesadas pacten modalidades de agrupamiento más convenientes a sus necesidades que no fueren las previstas en la ley. Sin embargo, dada la índole contractual de estas formas, existen defectos que puntualizaremos y no advertimos una solución cierta al tema de la falta de inscripción de estos acuerdos, a efectos de conjurar eventuales situaciones de incertidumbre interpretativa que pueden llevar al contrato a una situación propia de la sección IV de la Ley General de Sociedades.

1063. Disposiciones generales a todos los "contratos asociativos". Crítica

Como expresaran los *Fundamentos* del que fuera Proyecto de Código Civil y Comercial, pero que —por las posteriores reformas al proyecto— no fueran integrados como exposición de motivos de la [ley 26.994](#); en los usos y prácticas negociales, es habitual que se celebren vínculos de colaboración, de participación o de organización que no constituyen sociedad.

Expresaban aquellos fundamentos que *la colaboración asociativa, como la societaria, presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, ya que no existe disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica.*

Entendemos que los argumentos dados no son dirimientes para una diferenciación concreta y el uso del vocablo "asociativos" no ayuda a interpretarlos por sí solo como simples contratos ajenos al concepto de sociedad. En estos contratos y en las sociedades puede existir integración parcial, y la integración total no es privativa de la sociedad, pues el consorcio puede tener la misma duración que una sociedad. Ni en estos contratos, ni en la sociedad se pierde individualidad de sus partícipes, por lo que la única diferencia es la no generación —por expresa indicación de la ley— de un sujeto de derecho. Era más distinguible como contrato el haberlos conceptualizado como *contratos de colaboración empresaria*, como lo hizo la [ley 22.903](#), antes que *contratos asociativos* del Código Civil y Comercial, pues no va a faltar un intérprete que a la luz de los nuevos artículos 17 y 21 de la Ley General de Sociedades los entienda como sociedades no constituidas regularmente si no estuvieren registrados o tuvieran además un contenido distinto a los cuatro regulados.

1064. Caracteres

De las características definitorias de estos contratos asociativos, podemos indicar como comunes las siguientes.

En primer lugar, podemos calificarlos como contratos *nominados* (art. 970), ya que tienen un *nomen iuris* y una regulación particular.

Son todos ellos contratos *consensuales*, pues se perfeccionan por el solo acuerdo de partes.

Son en general *plurilaterales*, aunque nada impide que sean *bilaterales* (art. 966), pues generan obligaciones a cargo de las partes intervinientes, sean estas dos o más,

algunas de esas obligaciones a favor de los otros intervinientes, y en general a favor de la organización o a favor del fondo operativo del contrato.

Se tratan de contratos *onerosos* (art. 967) en el sentido de que los beneficios que otorgan estos contratos son concedidos en función de los aportes u obligaciones asumidos por los intervinientes.

La existencia de un fin de lucro directo o no, no empece esta característica.

Por expresa disposición de la norma legal se tratarían ellos de contratos *no formales*, pues el Código (art. 1444) indica que *no están sujetos a requisitos de forma*. Si bien esta pauta se aplica al contrato "negocio en participación", como veremos no resulta así respecto de las demás formas reguladas, ya que —a *contrario* de lo determinado por el citado artículo 1444 y conforme el artículo 969— los artículos 1455, 1464 y 1473 disponen elementos necesarios que el contrato *debe* contener, lo que los transforma así en contratos *formales*.

Podemos también definir a estos contratos como *conmutativos* (art. 968), pues las prestaciones son ciertas y determinadas y se corresponden presuponiendo un equilibrio entre ellas.

En general son contratos *de duración o de ejecución continuada*, ya que su finalidad es producir efectos por una determinada operación que se extiende en el tiempo o por un lapso más o menos prolongado de duración (p. ej., 10 años, art. 1455, inc. b)); o bien la duración de la obra o suministro (arts. 1463 y 1464 inc. b)).

1065. La normativa general para estos contratos

El artículo 1442 dispone que estas disposiciones generales serán de aplicación a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad, reiterando, en su segundo párrafo, que a estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad y no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades, ni sujetos de derecho.

Se aclara que tampoco se aplicarán las disposiciones sobre contratos asociativos ni de las sociedades a las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria.

Esta pauta dogmática tendiente a hacer distinguible lo que comúnmente se confunde, nos afirma en la idea de que hubiera sido mejor calificarlos —como lo hace el artículo 1442— como contratos de colaboración y no como contratos asociativos.

1066. La libertad de forma y contenido de estos contratos

El artículo 1444 define —como pauta general— que todos los contratos, a los que se hace referencia en este capítulo, no están sujetos a requisitos de forma, adhiriendo al principio general de la *libertad de formas* del artículo 1015 que expresamente indica que solo se considerarán formales a los contratos a los que la ley les impone una forma determinada.

Como reafirmación de tal principio, el artículo 1447 expresa que aunque esté prevista la registración de estos contratos, los contratos no inscriptos igualmente producirán sus efectos entre las partes.

Estas dos pautas generales (arts. 1444 y 1447) que afirman la libertad de formas, lamentablemente —como adelantamos— se contraponen con los artículos 1455, 1464, 1466, 1473 y 1474, ya que salvo respecto del negocio en participación, para las demás formas contractuales reguladas, no solo es requisito la formalidad de acordarlos en instrumento público o privado con firma certificada notarialmente, sino que deben cumplir con un conjunto de recaudos relacionados con el objeto, plazo, denominación, fondo operativo, representantes, etc., que los transforman en contratos formales, pues la ley les está imponiendo: i) un determinado y específico modo de instrumentación y, además, ii) su registración en el Registro Público correspondiente.

A la declamada libertad de forma, el artículo 1446 dispone: *Libertad de contenidos. Además de poder optar por los tipos que se regulan en las secciones siguientes de este Capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos.*

¿Cómo debe interpretarse la disposición? ¿De acuerdo con el título del artículo o en función de su contenido?

En función de su título parecería que los interesados no estarían sujetos a un *numerus clausus* de contratos asociativos, sino que podrán elaborar cualquier otro contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad, designándolo (o no) de la manera que crean conveniente.

En función de la norma misma, ¿solo se pueden utilizar estos cuatro contratos asociativos con distinto contenido, pues así expresa literalmente la disposición al decir... *configurar estos contratos con otros contenidos?*, o bien, ¿pueden acordarse otros contratos más allá del *numerus clausus* como, por ejemplo, un "contrato asociativo de participación" con amplitud de objeto y por veinte años? Y en vía de preguntas también nos cuestionamos: Esos contratos de libre contenido y atípicos —de no registrarse—, ¿serán oponibles a terceros?

El Código Civil y Comercial no da respuesta a estos interrogantes, pues el artículo 1447 solo expresa que *aunque* la inscripción esté prevista en las secciones siguientes (o sea para las figuras indicadas), los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes. Pensamos, entonces, por el modo en que se halla redactada la norma, que no incluye la registración como condición operativa de un contrato asociativo de libre contenido y ajeno a las formas específicas de las figuras reguladas.

Sin embargo, por aplicación de lo normado en este artículo 1447, estos contratos no producirán efectos respecto de terceros, salvo —entendemos— que estos hayan tomado conocimiento del mismo y solo en los términos de lo dispuesto por el artículo 1445, esto es, que *cuando una parte trate con un tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo, las otras partes no devienen acreedores o deudores respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación.*

1067. Nulidad del vínculo de uno de los partícipes de estos contratos

En una disposición más propia del régimen societario (art. 16, Ley General de Sociedades) y que se transpola a estos contratos plurilaterales; el artículo 1443 dispone que si las partes son más de dos, la nulidad del contrato respecto de una de las partes no produce la nulidad entre las demás y el incumplimiento de una no excusa el de las otras, excepto que la prestación de aquella que ha incumplido o respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato.

Se vuelca también en el espíritu de la norma el principio de conservación del contrato tal como lo informa el artículo 1066.

1068. Efectos de estos contratos

Tal como expresamos (art. 1447), los contratos no inscriptos, sean los regulados especialmente (agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación), sean los negocios en participación, o sean los contratos asociativos de libre contenido que no se hayan sujetado a las formas reguladas, siempre producirán efectos entre las partes (arts. 958 y 959).

En la operación del contrato, cualquiera que sea su forma, y de conformidad con el artículo 1445, cuando una de las partes trate con un tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo, las otras partes no devienen acreedores o deudores respecto del tercero sino de conformidad con las

disposiciones sobre representación voluntaria, por lo que será de aplicación lo dispuesto por los artículos 362 y siguientes.

También en este supuesto de que actúe una de las partes por el grupo organizado de conformidad con lo determinado por el contrato, sea que éste autorice a cualquiera a actuar por la organización o que quien actúa sea el designado a cargo de la dirección o administración, tampoco las otras partes devendrán acreedoras o deudoras respecto del tercero, salvo que el tercero conociera el contrato de la organización y dicho contrato contuviera disposiciones en contrario de lo indicado en la norma y lo determinado para los contratos asociativos regulados en el Código Civil y Comercial.

II — NEGOCIOS EN PARTICIPACIÓN

1069. Definición

Este contrato es organizado por el Código Civil y Comercial (art. 1448) limitándolo para la realización de una o más operaciones determinadas, a cumplirse mediante aportaciones comunes a nombre personal del gestor del negocio, y su utilidad radica indudablemente en que pueden realizar en conjunto lo que las partes no podrían aisladamente.

Este tipo de contrato —por definición— se caracteriza por su transitoriedad, ya que solo puede tener por objeto una o más operaciones determinadas.

No es un sujeto de derecho, pero nos preguntamos: ¿Qué ocurriría si este negocio en participación excede su propio objeto caracterizante de una o más operaciones determinadas? ¿Qué ocurre si esas "más" operaciones determinadas se transforman en el desarrollo de un objeto más amplio, extendido en el tiempo y hasta diversificado?

Entendemos que dos alternativas podrían darse en el caso.

Podríamos estar ante un supuesto específico de la libertad de contenidos (art. 1446) con la salvedad que comentamos anteriormente, o bien podríamos estar entrando en una actuación asimilable analógicamente a las sociedades no constituidas regularmente, pues superaría cualquiera de las pautas generales de este capítulo para atenderlo solo como un contrato y los propios interesados habría abusado de la forma contractual ingresando en un campo de responsabilidad propio de las formas reguladas en la sección IV, capítulo I de la Ley General de Sociedades.

El negocio en participación es una suerte de negocio *parciario*, esto es que en su naturaleza son contratos *bilaterales o plurilaterales, conmutativos*, pero con una cierta alea vinculada al negocio.

Como indica la ley, este *negocio parciario* no es un sujeto de derecho, es un *contrato* que necesariamente se limita a una bilateralidad estructural, pues en el mismo solo encontramos dos partes diferenciables, dos distintos centros de interés: por un lado, el o los gestores del negocio, y por el otro lado, el o los partícipes que son los capitalistas, inversionistas del negocio.

1070. Partes

Dos son las partes que intervienen en esta nueva forma contractual de contratos asociativos, aunque cada una de estas partes puede estar integrada por una o más personas humanas o jurídicas.

Estas partes son: a) el o los gestores del negocio y b) el o los partícipes inversionistas del negocio.

a) Gestor o gestores

Tal como expresa el artículo 1449, el *gestor* es el que lleva adelante *una o más operaciones determinadas* que forman el objeto de este contrato. El gestor actúa, comercializa y gestiona el negocio acordado con los partícipes, frente y con los terceros, y estos adquieren derechos y asumen obligaciones *solo* con el gestor, que por eso adquiere ante ellos una responsabilidad ilimitada.

Si actuara más de un gestor, estos serán solidariamente responsables ante los terceros con quienes contraten.

b) Partícipe o partícipes

De conformidad con lo determinado por el artículo 1450, el *partícipe* es un inversionista del negocio, un capitalista que no interviene en el negocio, ni actúa frente a los terceros en la consecución de aquellas operaciones determinadas, objeto del contrato. Es el que efectúa el aporte económico sin gestionar el negocio acordado, aporte que se efectúa en cabeza del gestor del negocio, gozando del derecho de acceso a la documentación relativa al negocio, a la información sobre éste y a la rendición de cuentas del gestor (art. 1451).

1071. Dinámica del negocio y responsabilidades

El negocio pactado en el contrato se lleva a cabo a través del gestor, quien actúa personal e individualmente frente a los terceros (o en forma conjunta o indistinta con otro gestor si hubiera dos o más gestores según se acuerde en el respectivo contrato).

El partícipe es la parte pasiva del contrato, pues no actúa ante los terceros, que solo se vinculan con el gestor, por lo que éste asume derechos y obligaciones personalmente con los terceros, careciendo entonces los partícipes de acción contra ellos, como tampoco estos la tendrán contra los partícipes.

Esto determina la responsabilidades del negocio objeto del contrato, pues en el caso del gestor, éste será personal e ilimitadamente responsable frente a los terceros con quienes contrata.

Por otro lado, el partícipe solo responderá hasta el monto del capital o bienes involucrados y aportados para la consecución de esa operación u operaciones determinadas en el contrato, de allí que el artículo 1452 expresa que las pérdidas que afecten al partícipe se limitarán al valor de su aporte.

No obstante, si el partícipe se inmiscuyera en la gestión del negocio o aparentara ante los terceros llevar adelante una actuación común (teoría de la apariencia), quedará obligado ilimitada y solidariamente con el gestor ante los terceros (conf. art. 1450, última parte). Aclaremos a este respecto que no se trata de que el tercero conozca simplemente la identidad del capitalista o partícipe, sino que de parte del partícipe debió haber existido una actuación que exteriorizara la apariencia de una actuación común.

1072. Conclusión del negocio. Rendición de cuentas

Concluido el negocio —sin perjuicio del derecho de información permanente que tiene el partícipe— el gestor debe rendir cuentas al concluir el negocio o, en su caso, anualmente en supuesto de que el o los negocios determinados se extendieran en el tiempo (conf. arts. 1451 y 861).

No se trata acá de la presentación de estados contables, sino de la rendición de cuentas genérica de los artículos 859 y siguientes del Código Civil y Comercial, por lo cual al concluir el negocio o anualmente el gestor deberá: a) efectuarla de clara forma descriptiva y documentada; b) con todas las referencias y explicaciones razonablemente

necesarias para su comprensión; c) acompañando los comprobantes de ingresos y egresos, excepto que sea de uso no extenderlos, y d) concordar con los libros de quien las rinde (conf. arts. 320 y ss.).

Las cuentas así rendidas deberán ser expresamente aprobadas o —en su defecto— lo serán tácitamente si no se las cuestionara dentro de los treinta días de presentadas en debida forma, o en el plazo que se acordara. Así decimos, pues las partes pudieron haber pactado un régimen particular de información del negocio o de rendir cuentas.

El gestor —aprobadas las cuentas— tiene un plazo de diez días para abonar el saldo resultante del negocio objeto del contrato (conf. art. 864) y devolver los títulos, documentos o elementos que el partícipe le haya hecho entrega para los efectos del negocio que excedan el aporte comprometido (p. ej., de haber facilitado un equipo en uso).

La aprobación tácita de las cuentas presentadas por transcurrir el plazo de treinta días no empece a que quede habilitada la acción de rectificación de cuenta por errores de cálculo o de registración, acción que caducará en el plazo de un año de recibidas las cuentas (conf. art. 862).

III — AGRUPACIONES DE COLABORACIÓN

1073. Definición y caracteres

El artículo 1453 define a la agrupación de colaboración como aquel contrato en el que *las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de sus actividades.*

Se enfatiza en la propia ley el carácter cooperativo, mutualista, de esta relación contractual, circunscribiendo la actividad acordada a la colaboración interempresaria y a la promoción de la actividad económico-productiva, evitando toda forma de acuerdo regulatorio de la competencia entre ellos, que importaría ingresar en el campo sancionatorio de la ley 22.262, de defensa de la competencia.

En la agrupación de colaboración, llamada por la [ley 22.903](#) como agrupación de colaboración empresaria, los intereses y economías de los partícipes se interrelacionan e interactúan recíprocamente en forma claramente cooperativa y coordinada, sin fin de lucro directo e inmediato, para llevar adelante un proyecto específico, excluyendo la intención de constituir un sujeto de derecho distinto de las partes y con intención de obtener una mejora útil a su propio proceso empresarial. Resaltamos, conforme lo hace la ley, que las agrupaciones de colaboración no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho y, por ende, no pueden concursarse ni decretarse su quiebra.

Son características del contrato de agrupación de colaboración las generales ya vistas, como: *consensual*, generalmente *plurilateral* aunque nada impide su bilateralidad, *intuitu personae*, de *cooperación* en pos de un resultado común, *formal*, de *ejecución continuada*, *nominado* o típico y finalmente *oneroso*, aunque no puede perseguir un fin de lucro directo (conf. art. 1454), pues el carácter oneroso lo da el hecho de que las ventajas técnico-científico-económicas que genera la actividad recaen indirectamente en el patrimonio de las empresas participantes.

1074. Prohibición específica para las agrupaciones de colaboración

Las agrupaciones de colaboración tienen prohibido ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros, de allí que el artículo 1455, primer párrafo, prevea que una copia certificada con los datos de su correspondiente inscripción debe ser remitida por el Registro Público al organismo de aplicación del régimen de defensa de la competencia. En efecto, los acuerdos de colaboración pueden ser una plataforma para la distribución del mercado en clara violación a la Ley de Defensa de la Competencia.

La circunstancia de que el contrato de agrupación de colaboración pueda generar una organización para *facilitar o desarrollar determinadas fases de su actividad* permite la articulación de medios tendientes a distribuir o dividir el mercado propio de la actividad de sus miembros, lo que conformaría una actuación cuyo objeto sería limitar, restringir o distorsionar la competencia o el acceso al mercado a través, por ejemplo, de repartir en forma horizontal zonas, clientes, mercados o fuentes de aprovisionamiento, etc., y por ende dirigir —directa o indirectamente— la actividad de sus miembros, lo que se encuentra prohibido por el artículo 1454, párrafo 2º, y específicamente por la ley 25.156 (arts. 1º y 2º).

1075. Forma y contenido del instrumento constitutivo

El artículo 1453 dispone que hay contrato de agrupamiento de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de sus actividades, pero no enuncia quiénes pueden ser partes.

De allí que cualquier persona humana o jurídica podrá ser "parte" en este contrato y, si fuere una persona jurídica extranjera, ello lo será previo cumplimiento de lo normado en el artículo 118, párrafo 3º, de la Ley General de Sociedades, pues ello importará llevar adelante el ejercicio habitual de su actividad en el país, porque este acuerdo no conforma, a nuestro criterio, un simple "acto aislado".

El contrato deberá otorgarse en instrumento público o privado (en cuyo caso deberá certificarse la autenticidad de las firmas) e inscribirse en el Registro Público que corresponda, remitiéndose —por el Registro— copia certificada del contrato inscripto al organismo de aplicación de la ley 25.156 (art. 1455, párr. 1º).

Rompiendo con el principio establecido por el artículo 1444 (*libertad de formas*), en este caso el contrato deberá contener (transformándose así en el contrato formal que caracterizamos), las enunciaciones mínimas previstas en el artículo 1455.

Analizaremos estos recaudos formales, efectuando un comparativo con los demás contratos de "uniones transitorias" y "consorcios de cooperación".

El contrato de constitución de la agrupación debe contener:

i) *El objeto de la agrupación* (art. 1455, inc. a)]. Este objeto de la agrupación de colaboración está *limitado* a desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros, distinguiéndose del objeto de las "uniones transitorias" que veremos seguidamente, pues en estas el objeto es *restringido* por una obra, servicio o suministro, y del objeto *amplio* de los "consorcios de cooperación", pues éste tiene por fin facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad de sus miembros.

ii) *La duración, que no podrá exceder los 10 años* (art. 1455, inc. b)]. De omitirse el plazo, valdrá el acuerdo de la agrupación por ese lapso. Podrá decidirse su prórroga por unanimidad de los miembros. Su cesación —si se solicita o se pacta por una cláusula de rescisión causada o incausada— no puede ser abrupta e intempestiva, pues en tal caso quien la genere deberá responder por el daño causado. Sin embargo, nada impide el pactar cláusulas de rescisión unilateral del agrupamiento.

Se distingue el término de duración de las "uniones transitorias" en que estas durarán todo el tiempo que lleve la obra, servicio o suministro objeto del contrato, y de los "consorcios de cooperación", cuyo plazo debe fijarse en el contrato, pero no tienen el límite de los diez años de la agrupación.

iii) *Denominación, que deberá incluir la palabra "agrupación"* (art. 1455, inc. c)). La designación debe ser con base en un nombre de fantasía, seguido de la expresión "agrupación". Entendemos que debió haber sido "agrupación de colaboración" si se deseaba ser plenamente transparente frente a los terceros que contratan con la organización.

Se distingue de la designación de las "uniones transitorias", en que en estas la misma debe conformarse con la denominación de uno, varios o todos los miembros seguido de la expresión "unión transitoria", y sigue el mismo criterio la denominación de los "consorcios de cooperación", pues esta se forma también con un nombre de fantasía y la expresión "consorcio de cooperación".

iv) *Datos identificatorios completos de cada uno de los partícipes, y en el caso de sociedades, relacionarse la resolución que aprobó intervenir en la agrupación* (art. 1455, inc. d)). Esta pauta es igual en los tres contratos. Entendemos que la norma no excluye a las sociedades no constituidas regularmente, que pueden estar interesadas en llevar adelante estas alianzas estratégicas.

v) *Fijación de un domicilio especial para todos los efectos entre partes y terceros que se deriven del contrato* (art. 1455, inc. e)). El concepto conlleva la aplicación para el caso de la normas de los artículos 75, 77 y 78 del Código Civil y Comercial, y en tal sentido entendemos que no serán de aplicación sus artículos 74 y 152, ni el artículo 11, inciso 2º, Ley General de Sociedades, por no ser la agrupación de colaboración, la unión transitoria ni el consorcio de cooperación, un sujeto de derecho. Este domicilio opera sus efectos entre las partes y ante los terceros, siendo además atributivo de competencia.

vi) *Aportes al fondo común y el modo de financiar las actividades comunes* (art. 1455 inc. f)). Según reza el artículo 1458, el fondo común de la agrupación de colaboración está conformado por las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellos se adquieran. Durante la vigencia de la agrupación el fondo común se mantendrá indiviso y los acreedores particulares de los miembros no podrán hacer valer sus derechos sobre el mismo.

Respecto de las "uniones transitorias", se compone con las contribuciones de las partes, y en los "consorcios de cooperación", deberá determinarse específicamente su monto, indicando la participación que cada parte asume en el mismo (entendemos que en todos los casos debe ser así), incluyéndose la forma de su actualización o aumento en su caso, elemento obligatorio que no surge respecto de las otras figuras analizadas.

vii) *Participación de los miembros en la actividad común y sus resultados* (art. 1455, inc. g)). No debemos olvidar que en las agrupaciones de colaboración, estas tienden a facilitar y desarrollar la actividad de sus miembros, pero no pueden perseguir fines de lucro, pues solo se reconoce que las ventajas que genere su actividad deben recaer en el patrimonio de las partes agrupadas.

En las "uniones transitorias", dado que estas pueden tener fines de lucro, debe determinarse la participación de las partes en la distribución de los ingresos y cómo absorberán los gastos de la unión o repartirán sus resultados.

En los "consorcios de cooperación", en forma similar a las uniones transitorias, deberá indicarse la participación de cada uno de los integrantes en el proyecto u objeto del consorcio y la proporción en que cada uno participa de los resultados.

viii) *Medios, atribuciones y poderes de dirección y administración, así como también de control* (art. 1455, inc. h)). El contrato debe contener los medios, atribuciones y

poderes que se establecerán para dirigir la organización y actividad común, administrar el fondo operativo, representar individual o colectivamente a los participantes y controlar su actividad al solo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

ix) *Los supuestos de separación o exclusión de miembros* (art. 1455, inc. ij). Sin perjuicio de las causales de exclusión de miembros que prevé el propio Código Civil y Comercial y sobre las cuales volveremos, los partícipes de la agrupación de colaboración pueden prever supuestos y casos especiales de separación o exclusión de ellos.

x) *Condiciones o requisitos para la admisión de nuevos miembros* (art. 1455, inc. jj). Al igual que la anterior, el fijar condiciones de admisión de otros partícipes no es una cláusula esencial ni imperativa, por lo que en nada influye la inexistencia de esta previsión. Sin embargo, esto nos permite indicar que puede haber dos tipos de agrupaciones de colaboración: las abiertas y las cerradas; esto es, según se admita el ingreso de otros partícipes o sea limitada exclusivamente a sus constituyentes.

xi) *Sanciones por incumplimiento de las obligaciones asumidas por los partícipes* (art. 1455, inc. kj). Claramente también se advierte aquí que se trata de un elemento accidental del contrato, una accesoría que puede no existir sin que ello influya en la vida de la agrupación de colaboración.

xii) *Normas para la confección de los estados de situación* (art. 1455, inc. lj). Dispone la norma que es carga del administrador llevar los libros que correspondan con las formalidades establecidas en el Código, libros que deberán habilitarse (conf. arts. 320 y ss.) a nombre de la agrupación y que requieran la naturaleza e importancia de la actividad y la organización común.

Similares disposiciones contiene el Código respecto de las uniones transitorias (art. 1464, inc. lj) y para los consorcios de cooperación (arts. 1474, inc. oj, y 1475).

xiii) *Designación de la persona o personas físicas que tendrán a cargo la dirección y administración, que podrán ser designadas en el contrato o por acto posterior* (art. 1457). Llama la atención que este recaudo no se haya incluido en el artículo 1455 con todos los requisitos del contrato. La dirección y administración de la agrupación no responde al concepto de "órgano" propio del régimen societario, pudiendo la misma ser unipersonal o pluripersonal, pero siempre debe recaer en una *persona humana*, por expresa indicación de la citada norma.

En caso de ser varios los designados, y si nada se dijera en el contrato, actuarán dichas personas *indistintamente* en representación de la agrupación. Los designados se sujetarán y regirán por las disposiciones del mandato y el cargo se presume rentado (conf. arts. 1319, 1322, 1324, entre otros).

1076. El fondo común operativo y la administración contable

El *fondo común operativo* está constituido por las contribuciones comprometidas por los partícipes de la agrupación y los bienes que con ellos se adquieran.

Durante todo el plazo de duración de la agrupación, el fondo permanecerá indiviso y estará a cargo de la persona designada como administrador.

Los acreedores particulares de los partícipes no pueden hacer valer sus derechos sobre los aportes efectuados por dichos partícipes al fondo común operativo durante todo el plazo de duración de la agrupación.

Si bien las normas sobre *contabilidad y estados contables* se hallan establecidas en los artículos 320 y siguientes del Código Civil y Comercial para todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica, en el presente caso, se da una excepción, pues será el "contrato" de la agrupación de colaboración, en la persona de su administrador, quien estará obligado a llevar la contabilidad de la operatoria de la organización.

Así entonces deberán rubricarse, a nombre de la agrupación, los pertinentes libros con las formalidades de ley (Libro Diario e Inventario y los que correspondan a una adecuada integración del sistema contable, como, por ejemplo, el Libro Caja y todo otro libro auxiliar que corresponda a las registraciones contables, tal como el Subdiario Compras y Ventas, conf. arts. 322, 323 y 327).

La contabilidad deberá llevarse sobre una base uniforme, de modo tal que resulte un cuadro verídico de las actividades y operaciones, y los asientos llevarse en forma cronológica, sin alteraciones debiendo estar respaldados con la documentación o constancias respectivas.

Aunque el artículo 1455, inciso I), nada dice al respecto, surge implícito del artículo 1460 que el administrador debe cumplir con la presentación de los estados de situación de la agrupación al cierre de cada ejercicio anual, por lo que urge también la necesidad de que el contrato fije una fecha de cierre para la elaboración de las cuentas y el ejercicio contable de la agrupación.

El estado de situación deberá ser sometido a la aprobación de los partícipes dentro de los noventa días de cada ejercicio anual.

Los libros, su contenido y la documentación respaldatoria de sus asientos pueden ser consultados por los miembros de la agrupación cuando fuere necesario y a efectos de controlar, en su caso, la dirección o administración de la misma. Esta disposición rescata implícitamente el *derecho de información* de los partícipes y la correspondiente obligación de rendir cuentas del o de los administradores, por lo que, ante la negativa a prestar tal información, el partícipe de la agrupación de colaboración podrá recurrir a la vía de exhibición de libros del artículo 781 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (y normas análogas de los Códigos Procesales locales), para ejercer tal derecho cuando le fuere negado.

1077. Toma de decisiones dentro de la agrupación. Impugnación. Mediación. Cláusulas arbitrales

a) Decisiones de la agrupación

En busca de la mayor seguridad jurídica —que se advierte en los requisitos de constitución ya vistos—, la ley fija pautas operativas, en particular, en lo relativo a la toma de decisiones dentro de la agrupación de colaboración, caracterizadas por no hacer jugar el *quantum* de la participación, sino la individualidad de los miembros de la misma. No obstante, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad y de libertad de contratación (art. 958), puede acordarse otra forma de computar las mayorías que no fuere por persona de partícipes (art. 1456, párr. 1º).

Las resoluciones dentro de la agrupación de colaboración operan de la siguiente forma:

i) *Unanimidad*. La modificación del contrato de la agrupación de colaboración requiere del voto unánime de los partícipes. También se incluye en este supuesto la exclusión de un partícipe (unanimidad de los demás partícipes, pues no vota el que será excluido, conf. art. 1462, párr. 1º), pero solo en caso de que el mismo contraviniera habitualmente las obligaciones a su cargo, perturbara el funcionamiento de la agrupación o incurriera en cualquier incumplimiento grave de sus deberes. Asimismo, requiere unanimidad la extinción del contrato de agrupación de colaboración de conformidad con el artículo 1461, inciso a). Entendemos que todo ello surge como derivación necesaria del propio carácter contractual de la agrupación.

ii) *Mayoría absoluta de partícipes* —salvo indicación distinta del contrato de agrupación de colaboración— para todo aquello que haga al cumplimiento del objeto del contrato, la designación de administrador, aprobación de los estados de situación y las demás resoluciones que no requieran un porcentaje particular (conf. art. 1456, párr. 1º).

La convocatoria a reunión se efectuará por el administrador o director, o cuando lo requiera cualquiera de los miembros, debiéndose indicar el temario a tratarse, aunque la ley nada dice al respecto. Tampoco indica la ley el lugar de celebración de la reunión, por lo que la misma deberá efectuarse en la jurisdicción donde la agrupación de colaboración se hubiera registrado o donde se fijara el domicilio especial o donde esta debiera haberse registrado.

Todas las resoluciones deberán *notificarse* adecuada y fehacientemente a los partícipes no presentes en la reunión, notificando a todos ellos sin excepción la decisión adoptada. La notificación deberá efectuarse en el domicilio fijado en el contrato por cada partícipe (art. 1455, inc. d)).

b) Impugnación de las decisiones

Las resoluciones adoptadas podrán ser impugnadas por los interesados, pero solo podrá efectuarse la impugnación fundándose en la violación de la ley o de las estipulaciones del contrato de agrupación, dentro de los *treinta días* de haberse notificado fehacientemente la decisión tomada.

La acción deberá ser incoada ante el juez del domicilio especial fijado en el contrato, siendo legitimados pasivos de la misma cada uno de los integrantes del grupo, pues la acción debe ser dirigida contra cada uno de los partícipes de la agrupación.

El plazo fijado por la norma debe ser entendido como de caducidad y es brevísimo en razón de la necesaria celeridad y operatividad empresarial que requiere de situaciones firmes y consolidadas a la brevedad.

c) Mediación

Si bien el artículo 2567 dispone que los plazos de caducidad no se suspenden ni se interrumpen, ello solo opera si no existe disposición legal en contrario. Es así que el régimen de mediación previa obligatoria en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 18, ley 26.589) impone la suspensión del plazo de caducidad a partir del inicio de la mediación hasta veinte días de la fecha del acta de cierre de mediación, momento a partir del cual se renueva el cómputo de la caducidad.

d) Cláusulas arbitrales

Nada impide que en el contrato se incorporen cláusulas compromisorias o arbitrales, o sea, el tipo de cláusula por la cual las partes deciden someter todos o algunos aspectos del contrato en el que se inserta, al arbitraje y sustrayendo su conocimiento a los jueces naturales, por lo que los efectos de la cláusula son el de traer la incompetencia de los jueces ordinarios y atribuir jurisdicción a los árbitros o amigables componedores.

La Inspección General de Justicia en su reciente resolución general 7/2015, en el artículo 280 ha admitido que los contratos asociativos podrán incluir cláusulas arbitrales.

1078. Obligaciones de la agrupación de colaboración y responsabilidad ante terceros

La agrupación de colaboración no es una persona jurídica ni un sujeto de derecho, careciendo de un patrimonio propio, sino que solo existe un fondo operativo indiviso, de allí que las obligaciones que genera la actuación de la agrupación recaerán directamente sobre los partícipes, que responderán ilimitada y solidariamente respecto de terceros por las obligaciones asumidas por el administrador o representante en nombre de la agrupación (conf. art. 1459).

Por ello, no será necesaria la excusión previa del fondo para proceder contra los partícipes en razón de esta responsabilidad, pues serán de aplicación al caso las normas del mandato (conf. art. 1457, párr. 1º, *in fine*) y las pautas del artículo 366 sobre representación (conf. art. 1459).

El artículo 1459 prevé la responsabilidad de los partícipes que genera la actuación de la agrupación de colaboración frente a los terceros, en dos aspectos:

i) Cuando el administrador contrata *a nombre de la agrupación de colaboración*. En este caso responderá a través del fondo operativo, y en defecto de ello —luego de interpelar infructuosamente al administrador de la agrupación— podrá el tercero accionar contra alguno, algunos, o todos los partícipes, quienes son solidaria e ilimitadamente responsables de las obligaciones de la agrupación. Cualquiera de los accionados podrá hacer valer contra el tercero accionante sus defensas personales y todas las defensas que correspondan a la agrupación, pues la acción emerge de una relación negocial celebrada con la agrupación de colaboración, extendiéndose al caso la pauta del artículo 1587.

ii) Cuando el administrador *contrata por cuenta de un partícipe*, haciéndolo saber al cocontratante tercero al tiempo de obligarse. En este caso responderá frente al tercero este miembro personalmente y con el fondo operativo como solidario en la deuda.

La responsabilidad ilimitada y solidaria de los partícipes de la agrupación frente a terceros requiere sin embargo que se haya interpelado previa e infructuosamente al administrador, excepcionándose así el principio de la mora *ex re* del artículo 886 del Código Civil y Comercial.

1079. Exclusión de miembros y extinción del contrato

En consonancia con el principio de autonomía de la voluntad (art. 958), los partícipes pueden prever, en el contrato de agrupación de colaboración, causales específicas de exclusión de miembros y de conclusión o extinción del contrato respectivo.

No obstante ello —bajo el concepto de resolución parcial no voluntario— el Código Civil y Comercial prevé el supuesto de exclusión de un miembro —por decisión unánime de los demás miembros del acuerdo— cuando contravenga habitualmente sus obligaciones, perturbe el funcionamiento de la agrupación o incurriera en un incumplimiento grave de sus obligaciones.

Como ya adelantáramos la *unanimidad* requerida por el artículo 1462, lo es de todos los miembros, excluido aquel que da lugar a la decisión. Entendemos que la decisión unánime de los demás miembros de la agrupación de colaboración producirá directamente la exclusión del partícipe que hubiera incurrido en el incumplimiento habitual, en la perturbación del funcionamiento de la agrupación o en un incumplimiento grave, sin perjuicio de la eventual demanda de impugnación de tal resolución y eventual reposición por parte del afectado. Así lo entendemos, porque la norma habla lisa y llanamente de *exclusión por decisión unánime* y no de decidir una demanda de exclusión del partícipe incumplidor.

La extinción del contrato de agrupamiento de colaboración se encuentra regulada (causales legales) en el artículo 1461, sin perjuicio de que su inciso f) permite prever en el contrato otras causales de conclusión del acuerdo.

Las causales legales son:

i) *Por decisión de los partícipes*. De conformidad con el artículo 1456, la decisión deberá ser unánime, salvo pacto en contrario (art. 1461, inc. f)).

ii) *Por expiración del plazo para el que se formó*. El vencimiento del plazo opera *ipso iure*, de pleno derecho, la conclusión del contrato. No obstante, este supuesto puede sobrellevarse mediante la prórroga del plazo, lo que deberá decidirse antes del vencimiento, por decisión unánime (art. 958) de los miembros y en tal caso podrá hacerse por periodos de hasta diez años (conf. art. 1455, inc. b)). Sin embargo, el contrato no podrá prorrogarse si hubiera acreedores embargantes de los partícipes y no se los desinteresara previamente.

iii) *Por la consecución del objeto o imposibilidad de lograrlo*. Es obvio que la obtención de los fines previstos en la agrupación de colaboración opera el agotamiento del contrato y su conclusión. También la imposibilidad de lograrlo importa la frustración del fin del contrato (art. 1090) y abre la vía de la extinción del mismo.

iv) *Por reducción a uno del número de partícipes*. No existe en el Código Civil y Comercial norma alguna que permita la reconstrucción de la pluralidad contractual.

v) *Por incapacidad, muerte, disolución o quiebra de cualquier partícipe*, salvo que el contrato prevea la continuidad de la agrupación (con el partícipe afectado —p. ej., conf. arts. 189 y ss., ley 24.522— o sin éste) o por decisión unánime de los demás partícipes.

vi) *Por decisión firme de la autoridad competente* (conf. ley 25.156), que considere que la agrupación de colaboración, por su objeto o por su actividad, se encuentra incurso o persigue la realización de prácticas restrictivas de la competencia.

La realización o un objeto encubierto para llevar adelante actividades monopólicas o de afectación de la competencia en el mercado, o que afecten al interés general, serán causal de conclusión o extinción del contrato como sanción por la violación de la ley.

Las causales enumeradas no son taxativas, pues —como adelantamos— se pueden prever en el contrato supuestos de conclusión particulares (conf. art. 1461, inc. f)).

Si bien la normativa legal no lo dice, la "extinción" de la agrupación de colaboración deberá inscribirse también por ante el Registro Público de la jurisdicción pertinente, para conocimiento y en protección de los terceros vinculados a la organización.

IV — UNIONES TRANSITORIAS

1080. Antecedentes. Definición. Caracteres

Esta figura —plasmada en nuestra legislación por la [ley 22.903](#) a la [ley 19.550](#) como *unión transitoria de empresas*— tuvo por objeto incorporar en nuestro país una figura similar al *joint venture* del derecho sajón, facilitando un específico emprendimiento unitario, sin que dicha relación los llevase a la constitución de una relación permanente.

Se buscó a través de ella la integración y coordinación de los medios y posibilidades de los integrantes para ejecutar un negocio común, generándose una estructura complementaria de aquella particular e individual de los partícipes, para la obtención de un beneficio o lucro específico, para lo cual la ley fijó pautas concretas y limitativas de la estructura así regulada.

El Código Civil y Comercial mantiene la figura incorporada por la [ley 22.903](#), modificando su denominación por el más simple de *unión transitoria* (UT), manteniéndose esa asimilación al *joint venture* contractual sajón.

Dispone el artículo 1463, que habrá *contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnan para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República*. Podrán —en virtud de este contrato— *desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal*.

Podemos decir así que son *características* del contrato de unión transitoria (UT) las siguientes:

Es *consensual*, pues se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, aunque serán oponibles a terceros recién con su registro (art. 1447).

Es *plurilateral*, aunque nada impide que sea bilateral.

Es *intuitu personae*, pues se tiene en cuenta las cualidades particulares de los partícipes para el logro de la obra, servicio o suministro específico.

Es un contrato de *coordinación* en pos de un resultado específico.

Es *formal*, pues requiere de específicas formalidades como la escritura pública (o por instrumento privado certificado notarialmente) y en función del contenido particular del contrato exigido por la ley.

Es de *ejecución continuada*, ya que se extenderá por todo el plazo de la obra, servicio o suministro.

Es *oneroso*, pues ello surge, de que las ventajas económicas que genera la actividad recaen directa o indirectamente en el patrimonio de los participantes.

Finalmente, es *nominado*, pues está regulado especialmente por la ley.

También podemos resaltar dos aspectos que caracterizan al contrato de unión transitoria:

a) La *transitoriedad* de la unión, que no podrá ir más allá en el tiempo que la obra, servicio o suministro (aunque excedan los diez años de los agrupamientos o aunque la tarea sea continuada o discontinuada), y

b) La *especificidad* y limitación del objeto a una obra, servicio o suministro.

Al igual que las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho, pero a diferencia de aquellas tienen un fin específico de lucro o beneficio directo a distribuir entre los partícipes.

1081. Constitución, forma y contenido

Al igual que la agrupación, estas uniones transitorias de empresas pueden constituirse por contrato otorgado en instrumento público o privado certificadas las firmas notarialmente, instrumento que deberá inscribirse en el Registro Público respectivo.

El contrato (conf. art. 1464) deberá contener:

i) *El objeto preciso y limitado a la concreta actividad, obra o servicio a realizar, y los medios para su realización.*

ii) *La duración, que será la de la obra, servicio o suministro que constituya el objeto.* Este recaudo no importa fijar un término o plazo *resolutorio*, sino que podrá ser fijado al solo efecto indicativo frente a terceros. Entendemos que la ausencia de plazo determinado, no viola la norma, que por referirse a una obra, servicio o suministro particular, nos coloca ante un plazo que resulta *tácito* conforme lo dispone el artículo 887, ya que el mismo resulta de la naturaleza y circunstancias de la obligación. Ello no afecta a los terceros, quienes no pueden ignorar que su duración se halla sujeta y referida necesariamente al cumplimiento del objeto *unitario*: obra, servicio o suministro específico, que sí debe precisarse con exactitud en el contrato.

iii) *Denominación, que será la de alguno, algunos o todos los miembros e incluirá "unión transitoria".* A diferencia de las agrupaciones de colaboración, la denominación de la unión transitoria requiere del *nombre de uno, algunos o todos los partícipes* y el pertinente agregado *unión transitoria*.

iv) *Datos individualizatorios de los miembros, y en caso de sociedades, relación de la resolución que aprobó la participación en la unión.* Cabe expresar —al igual que lo hiciéramos respecto de las agrupaciones de colaboración— que si alguno de los partícipes fuera una persona jurídica constituida en el extranjero, deberá cumplir con la

pauta del artículo 118 de la Ley General de Sociedades, pues ello significa acometer en el país, en ejercicio habitual de su actividad, lo que impone su registro. Nada impedirá hoy —con la reforma de la [ley 26.994](#) a la última ley citada— que las sociedades no constituidas regularmente puedan participar de una "unión transitoria".

v) *Constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto entre partes como respecto de terceros.* Éste tendrá vigencia y validez entre los partícipes y ante los terceros, lo que implica, por una razón de orden, que el propio de los partícipes no debería ser el fijado para la operatoria de la unión transitoria. Juegan respecto de este domicilio especial las pautas generales de los artículos 75 y 78 del Código Civil y Comercial, siendo atributivo de competencia al igual que en el caso de los agrupamientos de colaboración.

vi) *Las obligaciones asumidas, las aportaciones de los miembros al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes.* En este caso, a diferencia de las agrupaciones de colaboración, las aportaciones de los miembros al fondo común no solo conllevan su integración, sino además prever pautas de distribución de tareas y cómo se atenderán las actividades comunes de la unión, o bien los porcentajes de la facturación de cada miembro que podría derivarse a financiar esas actividades o el mantenimiento integral del fondo operativo.

vii) *Designación del representante de la unión.* Debe indicarse nombre y domicilio, y podrá —a diferencia de las agrupaciones de colaboración— ser una o más personas humanas o jurídicas, al igual que en los consorcios de cooperación. Este representante deberá contar con poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que fueren indispensables para el desarrollo de las actividades comunes y de la obra, servicio o suministro objeto de la unión transitoria. La designación del representante no es revocable *ad nutum*, o sea, no puede ser removido sin causa, excepto que se trate de una decisión unánime de los participantes. Mediando justa causa, el artículo 1465 permite que la revocación pueda ser decidida por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la unión transitoria.

Tanto el contrato como el representante deben ser inscriptos en el Registro Público que corresponda al domicilio fijado en el contrato de la unión transitoria (conf. art. 1466).

viii) *Determinación de la proporción en la participación de cada miembro en los ingresos, gastos y la distribución de los resultados.* El contrato debe indicar el método para determinar la participación de los partícipes en la distribución de los ingresos, también en la asunción de los gastos y, en su caso, cómo se distribuirán los resultados de la operatoria de la unión.

ix) *Supuestos de separación y exclusión de miembros.* Dado que la quiebra de cualquiera de los participantes, la muerte o incapacidad de las personas humanas integrantes no produce la extinción y conclusión del contrato de unión transitoria —el que continuará con los restantes miembros si estos acuerdan la manera de hacerse cargo de las prestaciones del fallido, fallecido o incapaz ante los terceros— es lógico que el contrato pueda prever los supuestos de resolución o rescisión parcial del acuerdo o la exclusión de alguno de sus miembros. Entendemos que la no previsión de alguno de estos supuestos no impedirá su exclusión si el mismo incurre en incumplimiento de sus obligaciones o su actuar entorpece la tarea común de la unión.

x) *Supuestos de extinción del contrato.* Si bien la incapacidad, muerte o quiebra de algún miembro no produce la extinción del contrato de unión transitoria, como hemos dicho precedentemente, nada impide prever contractualmente (conf. art. 958) tales causales de extinción.

xi) *Condiciones para la admisión de nuevos miembros.* Al igual que lo expresado respecto de las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias podrán ser abiertas o cerradas. Salvo indicación en contrario del contrato, la admisión de nuevos miembros requerirá del acuerdo unánime de los partícipes de la unión.

xii) *Sanciones por incumplimiento de obligaciones.* Se trata este de un elemento accesorio del contrato, cláusulas punitivas para el caso de incumplimiento de alguno de los miembros a las obligaciones asumidas. El incumplimiento no debe ser grave, pues ello podría justificar un reclamo de exclusión de la unión.

xiii) *Normas para la confección de estados contables, a cuyo efecto los administradores deberán llevar los libros rubricados y foliados conforme lo establecen los artículos 320 y siguientes.* Sin perjuicio de remitir a lo ya manifestado para igual requisito en las agrupaciones de colaboración, el administrador y representante deberá llevar todos aquellos libros que fueren necesarios a la naturaleza e importancia de la actividad de la unión transitoria, lo cual implica, como mínimo, un libro de actas, un libro diario y un libro de inventario y balances, sin perjuicio de los auxiliares (como Libro Caja y Subdiarios de IVA, Compras y Ventas) que fueren indispensables para la tarea. Estos libros quedarán a la disposición y manejo de los administradores, pero a la libre inspección de los integrantes de la unión transitoria, junto a toda la documentación respaldatoria de sus asientos. Se impone así un adecuado respaldo de todos los registros y asientos y la adecuada justificación de las partidas, siendo de aplicación al respecto lo normado por los artículos 320 y siguientes del Código Civil y Comercial. También en este caso, la negativa a permitir un adecuado derecho de información de los integrantes habilita a estos a requerir esa exhibición judicialmente.

1082. Responsabilidad frente a terceros

A diferencia de la agrupación de colaboración, en donde la norma legal prevé la solidaridad de los miembros por las obligaciones y su responsabilidad frente a terceros, en las uniones transitorias —salvo pacto en contrario en su contrato— la solución es inversa (conf. art. 1467) y su responsabilidad será mancomunada, pues no se presume la solidaridad de los miembros por los actos y operaciones que realicen en la unión transitoria, ni por las obligaciones contraídas frente a los terceros.

Para justificar esta determinación, en su momento la exposición de motivos de la [ley 22.903](#) expresaba que su fundamento se encuentra en la transitoriedad de la relación limitada a una obra, servicio o suministro y que en estos supuestos se trata básicamente de disponer la forma de imputación de los derechos y obligaciones de los miembros en relación con su participación relativa en dicha obra, servicio o suministro, a la cual normalmente solo dedican una parte de su actividad.

La solidaridad entre los partícipes de una unión transitoria presenta entonces una situación de excepción, que puede darse cuando dicha solidaridad es pactada en el mismo contrato de unión transitoria o frente a determinados terceros, cuando —por ejemplo— ésta es impuesta por dicho tercero como condición para adjudicar la concesión de un servicio (conf. ZALDÍVAR, E., MANÓVIL, R. y RAGAZZI, G., *Contratos de colaboración empresarial*, p. 230, nº 11.4, Ed. Abeledo Perrot, 1993; VERÓN, A., *Tratado de los conflictos societarios*, t. II, p. 863, nº 5, Ed. Astrea, 2007; ROITMAN, H., *Ley de sociedades comerciales comentada y anotada*, t. IV, p. 897, nº 3, Ed. La Ley, 2006; CNCom., Sala D, 22/6/2010, Expte. 69559/2005, elDial.com, del 22/9/2010 caso AA634A).

Así, también, haciendo aplicación de los particulares principios de los títulos cambiarios, la emisión por el administrador de un título valor en nombre de la unión transitoria impone la responsabilidad común y conjunta de todos los miembros, atento a que no es carga del beneficiario del título (accionante en el caso) averiguar por el acto, obra u obligación a cargo de cuáles partícipes se generó la obligación cartular.

Por el contrario, en el campo laboral deben respetarse —si no existe violación de los principios de orden público que estructura la Ley de Contrato de Trabajo— las pautas de responsabilidad que para los miembros de una unión transitoria dispone el Código. Por lo tanto, no será aplicable a los miembros de la unión transitoria el artículo 31 de la Ley de Contrato de Trabajo, si no se trata de un conjunto económico de carácter

permanente o no hayan mediado maniobras fraudulentas que permitan aplicar otros presupuestos de solidaridad.

1083. Resoluciones

A diferencia de las agrupaciones de colaboración, el artículo 1468 dispone que los acuerdos y resoluciones de la unión transitoria se deben adoptar siempre por unanimidad, excepto pacto en contrario.

No obstante debemos aclarar:

i) La *unanimidad* es requerida para toda decisión —incluyendo incorporación de nuevos miembros—, salvo indicación en contrario del contrato o en la ley.

ii) La ley indica que bastará la *mayoría absoluta* de miembros para los acuerdos o resoluciones relacionados con la remoción del representante en caso de existir "justa causa" para ello (art. 1465, *in fine*).

Entendemos que todo acuerdo o resolución tomado en violación a la norma legal o al contrato podrá ser impugnada por los miembros que hayan votado en contra o se hayan abstenido, siendo de aplicación analógica lo regulado por el artículo 1456 para las agrupaciones de colaboración.

Remitimos respecto de toma de decisiones, impugnación de las mismas, mediación y cláusula compromisoria o arbitrales a lo expresado en el número 1077.

V — CONSORCIOS DE COOPERACIÓN

1084. Antecedentes y definición

Como adelantáramos, en el año 2005 fue promulgada la ley 26.005 que incorporó a nuestra legislación los consorcios de cooperación, arribándose así a otra figura para desarrollar el mismo campo en el que se insertan los acuerdos de colaboración y las uniones transitorias, comentadas anteriormente.

Los consorcios de cooperación, regulados hoy en el artículo 1470, tienen por finalidad —en un objeto más amplio que las anteriores figuras— establecer una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad de sus miembros o bien mejorar y acrecentar sus resultados.

Paralelamente a la amplitud de objeto de este contrato asociativo la ley ha fijado una limitación y prohibición —al igual que para las agrupaciones de colaboración—: los consorcios de cooperación no pueden ejercer funciones de dirección o control sobre la actividad de sus miembros (art. 1471).

No obstante, esta prohibición no está acompañada —como se hiciera con las agrupaciones— con la indicación de que el Registro Público remita una copia auténtica a la autoridad de control de la competencia.

1085. Características

Los consorcios de cooperación no son personas jurídicas, teniendo *naturaleza contractual*.

Su característica es la de ser acuerdos consensuales y se trata de contratos plurilaterales de organización.

Son contratos formales, ya que la ley impone (art. 1473) que el contrato debe otorgarse por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente, e inscribirse juntamente con la designación de sus representantes en el Registro Público que corresponda.

Se trata de contratos onerosos, indicando expresamente el artículo 1472 que los resultados que genere la actividad desarrollada por el consorcio de cooperación se distribuirán entre sus miembros en la proporción que se determine en el contrato; caso contrario, dichos resultados se distribuirán por partes iguales entre todos los partícipes.

Como ya expresamos, a los consorcios les queda prohibido en su objeto (o en el desarrollo de su actividad) el tener función de dirección o de manejo de la actividad de sus miembros.

1086. Contenido del contrato

Del mismo modo en que lo hace para los otros contratos asociativos, el Código Civil y Comercial va a fijar los contenidos que el contrato del consorcio de cooperación debe contener. Así debe incluir:

a) *El nombre y datos personales de los miembros individuales, y en el caso de personas jurídicas, el nombre, denominación, domicilio y, si los tiene, datos de inscripción del contrato o estatuto social de cada uno de los participantes. Las personas jurídicas, además, deben consignar la fecha del acta y, la mención del órgano social que aprueba la participación en el consorcio.* Como se puede apreciar, pueden ser partes las personas humanas o jurídicas y, respecto de estas, se encuentren las constituidas regularmente o no (arts. 21 y ss., Ley General de Sociedades). Las personas jurídicas extranjeras deberán cumplir con el recaudo del artículo 118 y siguientes de la citada ley, en cuanto a su inscripción en el Registro Público respectivo.

b) *El objeto del consorcio.* En tal sentido —por definición— el mismo consistirá en facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad de sus miembros o bien mejorar y acrecentar sus resultados, quedándoles prohibido tareas de dirección de sus miembros.

c) *El plazo de duración del contrato.* A diferencia del régimen anterior, se incluye ahora —sin un límite temporal— la determinación del plazo de duración del contrato.

d) *La denominación, que se forma con un nombre de fantasía integrado con la leyenda "consorcio de cooperación".* Al igual que en la agrupación de colaboración se puede utilizar un nombre de fantasía para la denominación de la organización del consorcio. Es responsabilidad del representante que en toda actuación del consorcio de cooperación sea exteriorizado el carácter de consorcio y su designación (art. 1476).

e) *La constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato, tanto respecto de las partes como con relación a terceros.* No se trata en el caso del domicilio legal del artículo 74, sino solo del domicilio especial del artículo 75 que será atributivo de jurisdicción.

f) *La constitución del fondo común operativo y la determinación de su monto, así como la participación que cada parte asume en el mismo, incluyéndose la forma de su actualización o aumento en su caso.* A diferencia de las anteriores modalidades de contratos asociativos, en el presente se aclara la posibilidad de actualización y aumento del fondo común operativo.

g) *Las obligaciones y derechos que pactan los integrantes.* Según la modalidad del contrato, pueden las partes acordar derechos y deberes particulares para el desarrollo de la actividad común o particular de cada miembro.

h) *La participación de cada contratante en la inversión del o de los proyectos del consorcio, si existen, y la proporción en que cada uno participa de los resultados.* Más allá de los aportes que eventualmente se acuerde que cada miembro integre para el

desarrollo de la actividad común, la ley (art. 1472) ha fijado que respecto de los resultados que genere la actividad del consorcio de cooperación, estas se distribuyen entre sus miembros según fije el contrato y, en su defecto, por partes iguales.

i) *La proporción en que los participantes se responsabilizan por las obligaciones que asumen los representantes en su nombre.* De conformidad con lo que dispone el artículo 1477, el contrato podrá establecer la proporción en que cada miembro del consorcio de cooperación responderá por las obligaciones asumidas por el representante en nombre del consorcio. En caso de silencio del contrato, todos los partícipes serán solidariamente responsables.

j) *Las formas y ámbitos de adopción de decisiones para el cumplimiento del objeto.* Dispone la norma que el contrato debe prever la obligatoriedad de celebrar reunión consorcial para tratar los temas relacionados con los negocios propios del objeto, cuando así lo solicite cualquiera de los participantes por sí o por representante. Estas resoluciones se adoptarán por mayoría absoluta de las partes, excepto que el contrato haya dispuesto otro tipo de mayoría, unanimidad u otra forma de cómputo. Respecto de la impugnación de las decisiones del consorcio, mediación y cláusulas compromisorias o arbitrales, entendemos aplicables por analogía las disposiciones de las agrupaciones, por lo que remitimos *brevitatis causa* a lo expuesto en el número 1077.

k) *La determinación del número de representantes del consorcio, nombre, domicilio y demás datos personales, forma de elección y de sustitución, así como sus facultades, poderes y, en caso de que la representación sea plural, formas de actuación.* En caso de renuncia, incapacidad o revocación de mandato, el nuevo representante se designa por mayoría absoluta de los miembros, excepto disposición en contrario del contrato. Igual mecanismo se debe requerir para autorizar la sustitución de poder.

l) *Las mayorías necesarias para la modificación del contrato constitutivo. En caso de silencio, se requiere unanimidad.*

m) *Las formas de tratamiento y las mayorías para decidir la exclusión y la admisión de nuevos participantes. En caso de silencio, la admisión de nuevos miembros requiere unanimidad.*

n) *Las sanciones por incumplimientos de los miembros y representantes.*

ñ) *Las causales de extinción del contrato y las formas de liquidación del consorcio.*

o) *Una fecha anual para el tratamiento del estado de situación patrimonial por los miembros del consorcio.* Es responsabilidad del representante poner anualmente a consideración y aprobación de los miembros los estados de situación patrimonial correspondientes.

p) *La constitución del fondo operativo, el cual debe permanecer indiviso por todo el plazo de duración del consorcio.*

1087. La administración y los deberes del representante

Si bien dentro del contenido del contrato —respecto de la administración del consorcio— la ley dispone que debe indicar la fecha para el tratamiento del estado de situación patrimonial, expresamente el artículo 1475 impone que el contrato contenga además las reglas sobre confección y aprobación de esos estados de situación patrimonial, como también la atribución de resultados y rendición de cuentas, que reflejen adecuadamente todas las operaciones llevadas a cabo en el ejercicio mediante el empleo de técnicas contables adecuadas.

Entendemos que aunque el contrato no fije estas pautas o reglas, las mismas se deberán sujetar a las reglas de uso y costumbre en el manejo contable.

De conformidad con el artículo 1476, el representante debe llevar los libros de contabilidad que correspondan y confeccionar los estados de situación patrimonial respectivos. Los movimientos y operaciones deberán consignarse en los libros

respectivos (Diario, Caja, Inventario y Balances) llevados con las formalidades establecidas en la ley (arts. 320 y ss.).

Está a cargo del representante de la unión transitoria llevar también un Libro de Actas en el cual se deben labrar las correspondientes a todas las reuniones que se realizan y a las resoluciones que se adoptan.

1088. Extinción del contrato

Dentro de los deberes del representante del consorcio está el de informar a los miembros sobre la existencia de causales de extinción del contrato previstas en él o en la ley; y consecuentemente tomar las medidas y recaudos urgentes que correspondan.

De conformidad con lo determinado por el artículo 1478, el contrato de consorcio de cooperación se extinguirá por: a) el agotamiento de su objeto o la imposibilidad de ejecutarlo; b) la expiración del plazo establecido; c) la decisión unánime de sus miembros, y d) la reducción a uno del número de miembros.

La misma norma aclara que la muerte, incapacidad, disolución, liquidación, concurso preventivo, cesación de pagos o quiebra de alguno de los miembros del consorcio, no extingue el contrato, que continúa con los restantes, excepto que ello resulte imposible fáctica o jurídicamente.

VI — INTERVENCIÓN JUDICIAL EN AGRUPACIONES DE COLABORACIÓN, UNIONES TRANSITORIAS Y CONSORCIOS DE COOPERACIÓN

1089. Intervención judicial

Estos contratos no conforman un sujeto de derecho, una sociedad, por lo cual se advierte la imposibilidad —*prima facie*— de aplicar a estas formas contractuales la intervención judicial regulada en los artículos 113 y siguientes de la Ley General de Sociedades.

En un concepto general, la referida medida —sin embargo— no implica solo la intervención en un sujeto de derecho, sino en cualquier organización aunque no tenga tal personificación, al solo efecto de restablecer una administración adecuada de los bienes y fondos u ordenar el adecuado manejo de un patrimonio.

Por otro lado, siendo la medida cautelar de intervención judicial una medida de neto corte procesal, regulada por los códigos adjetivos —sin perjuicio de la particular regulación efectuada por la Ley General de Sociedades—, nada impide que el representante o administrador de una agrupación de colaboración o de una unión transitoria o de un consorcio de cooperación, sea sujeto pasivo de una intervención judicial que —transitoria y cautelarmente— lo desplace de su función, hasta tanto se dilucide el fondo de la cuestión u orgánicamente el grupo pueda tomar una decisión al respecto.

Debe aclararse que tal medida no genera una remoción directa del representante o encargado de esa administración, sino solo su desplazamiento transitorio, concediéndole el beneficio de la plena defensa de sus derechos en el proceso de fondo donde la medida cautelar se decreta.

La circunstancia de que estos contratos no sean sujetos de derecho, no quita ni imposibilita que puedan existir actos u omisiones del representante o administrador que pudieren producir un grave perjuicio al fondo operativo o al objetivo previsto. En tal caso,

nada impide que se designe un veedor y aun un interventor judicial, no ya por vía de la aplicación de los artículos 113 y siguientes de la Ley General de Sociedades —que podrían tener atención en vía analógica—, sino en virtud de las normas previstas para las medidas cautelares genéricas en los Códigos Procesales locales.

CAPÍTULO XXXV - CONTRATO DE AGENCIA

§ 1.— Disposiciones generales

1090. Metodología

El Código Civil y Comercial incorpora a la legislación argentina la regulación de los contratos través de los cuales se puede encauzar la comercialización de productos y servicios bajo moldes típicos. Ellos son los contratos de agencia, concesión, distribución y franquicia, sin perjuicio de otras modalidades que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes lleguen a consensuar.

Por ello resulta importante tener presente que la comercialización es el conjunto de actividades de intermediación que hacen posible que el producto o servicio llegue a su destinatario, es decir, a la persona humana o jurídica que lo demande. Esto último con independencia de que tal sujeto revista calidad de consumidor, en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240 y sus modifs.) y de las disposiciones respectivas previstas por el mismo Código, a partir de artículo 1092.

Adentrándonos en la metodología legislativa, el contrato de agencia ha sido incorporado en el Código Civil y Comercial, en su Libro Tercero, título IV, capítulo 17, artículos 1479 a 1501. No obstante esta inclusión en la ley positiva, ya hace muchas décadas que en nuestro país se reconocía al contrato de agencia una tipicidad social, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

1091. Aclaración respecto del contrato de distribución. La comercialización como género contractual

Conviene aclarar que la expresión contrato de distribución es utilizada en dos sentidos. En uno que llamaremos amplio y que comprende al conjunto de relaciones, usuales en la realidad económica, que encuentran su común denominador en constituir canales o vías de comercialización por medio de terceros que actúan sin relación de dependencia. En nuestro caso preferimos para ello la expresión contratos de comercialización como género, no solo para evitar confusiones sino también porque apreciamos que esta última es solo una etapa del proceso de distribución comercial. Desde esta perspectiva quedan comprendidos como especie de aquel género los contratos de agencia, concesión, franquicia y distribución en sentido estricto. En todos ellos advertimos la presencia de una parte a la cual se la ha llamado "comercializado" que, normalmente, es el productor o importador, y de otra parte denominada

"comercializador" (RUBÍN, Miguel E., *Contratos de Comercialización en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino y en el Derecho Comparado*, p. 27, Ed. La Ley, 2017). Son comercializados el preponente, el concedente, el distribuido y el franquiciante; son comercializadores el agente, el concesionario, el distribuidor y el franquiciado. Resulta sumamente útil tener presente esta terminología, pues varios aspectos de importancia que analizaremos en este capítulo, en referencia al principal y al agente, resultan aplicables a los comercializados y a los comercializadores, en general, más allá de cuál sea el contrato de comercialización en particular.

El sentido restringido de la expresión se refiere de modo específico al contrato de distribución, el cual carece de una definición en el Código Civil y Comercial, aspecto sobre el cual corresponde remitirnos a los números 1131 y siguientes.

En orden a esclarecer esta diferenciación, la doctrina italiana, al estudiar el derecho de la distribución comercial en la Europa comunitaria, señala que existe un género de contratos que comprende aquellas actividades, a la que nosotros llamamos "comercialización", y tal género presenta diversas modalidades. Así, han apreciado que la materia da lugar a la tipicidad de ciertos vínculos jurídicos, en algunos países con carácter legal y en otros solo social. En ese escenario coinciden en señalar al contrato de distribución propiamente dicho y a los de agencia, concesión comercial y franquicia (BALDI, Roberto, *El derecho de la distribución comercial en la Europa comunitaria*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988, ps. 1 y ss.). Sin embargo, en el contrato de agencia advertimos una nota diferencial, y es que el agente promueve los negocios del principal, pero no es parte en ellos, a diferencia de lo que ocurre con el distribuidor, el concesionario y el franquiciado, quienes actúan en nombre y por cuenta o riesgo propios.

Este contrato, al igual que el de distribución —en sentido estricto, ver número 1091— tiene su origen hacia fines del siglo XIX. Son figuras que se han nutrido para su configuración y desarrollo de las normas propias de otros contratos cuya tipicidad ya era conocida por entonces, tales como los de mandato, corretaje y comisión (hoy llamado consignación).

1092. Definición legal

El artículo 1479 establece que *Hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución. El agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente.*

De acuerdo con la definición transcrita, las partes que celebran el contrato se denominan "agente", por un lado, y *preponente* o empresario, por otro.

1093. Las partes contratantes

Los sujetos que celebran el contrato de agencia son: el agente quien tiene la obligación de promover los negocios, y el empresario o *preponente* (art. 1479), comúnmente llamado en la Argentina, "principal".

Más allá de la definición legal que establece el Código, es necesario tener presente para una adecuada visión y comprensión del contrato de agencia, que su concepto se halla estructurado sobre la base que el agente es un comerciante independiente; esto, ya se trate de una persona humana o jurídica, la cual asume la obligación principal de promover la venta de productos o servicios de su contraparte, que será un productor o un importador; incluso, en el derecho francés, puede ser otro agente. En consecuencia, el agente debe disponer de todo lo necesario, a fin de que el *preponente* pueda concertar los negocios con el consumidor, utilizando este término en un sentido amplio, no necesariamente coincidente con los alcances previstos en la ley de defensa del consumidor y en los artículos 1092 y siguientes del Código.

En lo que hace a la contraparte del agente, debemos señalar que la adopción de la palabra *preponente* es ajena a nuestra lengua y a la práctica del contrato de agencia en nuestro medio. Lo primero es sencillo de verificar (*Diccionario* de la Real Academia Española), en tanto en las legislaciones extranjeras solo la hemos hallado en el Código italiano. Si en alguna medida se ha querido seguir el modelo itálico, hubiese sido preferible utilizar la traducción correcta de aquella expresión: "principal". Esta es, efectivamente, la que advertimos a través de los años en la mayoría de los contratos celebrados en nuestro país.

Esta contraparte del agente también es denominada por nuestro Código como "empresario". Pese a que la utilización de este término es muy difundida (Códigos de Comercio alemán, francés y panameño; ley española y directiva 86/653 de la Comunidad Económica Europea, entre otros), presenta un inconveniente y es que el agente también es un empresario de mayor o menor magnitud. En efecto, la presencia de una estructura empresarial detrás del agente, más allá de su envergadura, es la que permite descartar la desnaturalización del contrato de agencia, ocultando otras realidades, tales como el fraude laboral.

Pese a las observaciones formuladas, utilizaremos la palabra *preponente*, por ser la que establece el Código, o bien principal, su traducción correcta.

Cualquiera de las partes puede ser una persona humana o una jurídica (arts. 19 y 141); por lo general, cuanto mayor sea la complejidad y relevancia económica del negocio que se promueva por medio del contrato de agencia, mayor será también la exigencia en cuanto a las características de los sujetos.

1094. Consentimiento

El consentimiento en este contrato es prestado, salvo excepciones, por adhesión a cláusulas que son predispuestas por el *preponente*. No obstante, hay que aclarar que, aunque así se presente en la generalidad de los casos, no necesariamente debe serlo de tal modo.

Ambas partes pueden ejercer con amplitud la libertad de contratar —esto es la posibilidad de contratar o no—, pero en el caso del agente, lo habitual es que aparezca reducida su libertad contractual. Esto último significa que el agente no tiene posibilidad de convenir sin restricciones el contenido del contrato. Ello obedece a la marcada diferencia de potencial económico que en la mayoría de los casos se presenta entre las partes, pese a la igualdad jurídica de las personas contratantes. Esta característica, en lo referente a la libertad contractual, se presenta en todos los contratos de comercialización y afecta por igual los comercializadores.

En el contrato de agencia, el agente puede contratar con el *preponente* o no hacerlo, pero las condiciones son establecidas por este último, al menos en las cuestiones de mayor importancia. Se trata de una contratación en la cual hay libertad de contratar, pero sujeta a condiciones invariables, pues no existe libertad contractual, al menos en los aspectos fundamentales.

El consentimiento en el contrato de agencia se forma por adhesión. Ello se advierte en lo siguiente: a) las cláusulas son predispuestas por el *preponente* en virtud de que tiene, por lo general, superioridad económica o técnica; b) el agente solo tiene la alternativa de aceptarlas, o no contratar; no se admiten en principio contra-ofertas, salvo en cuestiones accesorias.

Conviene aclarar que aunque el contrato de agencia responde al esquema de un contrato por adhesión, no se trata en modo alguno de una contratación prevista para ser realizada en masa, sino de modo más o menos uniforme para toda la red de comercialización.

No obstante, dado que las partes son sujetos que asumen una actividad empresarial, no deben trasladarse sin más las normas que protegen a quienes prestan su conformidad

sin participar de la redacción de los términos contractuales, en virtud de un contrato destinado a satisfacer ciertas necesidades; aquí el escenario no es equiparable. En las vinculaciones entre partes que ejercen el comercio, y tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, el día 4 de agosto de 1988, en el caso "Automóviles Saavedra SA c. Fiat Argentina SA" (E.D 133-121) será necesario atender de un modo especial no tanto al contenido de las cláusulas sino al modo en que se han ejercido las facultades que ellas otorgan.

Ello no obsta a que ante un conflicto de intereses el juez pueda considerar que en este género de contratos se observa siempre una situación de "posición dominante" por parte de las comercializadas. Al respecto se debe tener presente que tal situación no es sancionada por sí, en el ordenamiento legal argentino, pero sí el "abuso de posición dominante", como todo abuso en el ejercicio de un derecho (arts. 10 y 11). La posición dominante suele presentarse no sólo al tiempo de celebrar los contratos de comercialización sino de un modo particular en su ejecución, circunstancia en que las comercializadoras ya tienen en riesgo su inversión, lo cual limita el ejercicio de su voluntad. Ocurre que estos contratos brindan un marco dentro del cual se desarrollarán los vínculos de las partes a través del tiempo y muchos aspectos que los regulan dependen de directivas ulteriores de las comercializadas. Es en esa oportunidad cuando más se aprecia la restricción de la voluntad de la comercializadoras ante las reglas que determine su contraparte.

1095. Condiciones personales del agente

En los contratos de comercialización las cualidades personales, en este caso del agente, resulta un aspecto esencial. Estas cualidades las veremos exigidas más allá de que las partes sean sociedades, aun en su tipo más complejo, es decir, en la sociedad anónima. Cuando se trate de personas de existencia ideal, como las citadas sociedades, existe el sustrato humano que se encuentra conformado por personas humanas, que son los accionistas y los directores. Las aptitudes de estas personas y más allá de la diferenciación de sujetos que existe entre la persona jurídica y quienes la integran o, en su caso, la dirigen, el *preponente* las tendrá especialmente en cuenta para celebrar o no el contrato de agencia. En otras palabras, aquellos integrantes van a determinar en la práctica de los negocios las verdaderas aptitudes del ente, más allá de la abstracción de su objeto expresado en el acto constitutivo.

Por ello, la contratación de un agente, o su "nombramiento", como lo denominan sin ortodoxia jurídica los operadores comerciales, implica poner en esa persona la confianza necesaria en cuanto a que realizará los negocios en forma adecuada, con conocimiento del respectivo segmento del mercado y en forma responsable.

Esta condición para contratar se vincula con que el desarrollo comercial del agente ha de repercutir de modo directo sobre el principal. Además y como contracara, la actuación irresponsable del agente frente al consumidor puede acarrear serios problemas al *preponente*, aunque más no sea, y no es poco, el solo desprestigio de la marca involucrada.

Las expresadas son las razones por las cuales todo principal antes de celebrar el contrato analizará el conocimiento y aptitudes que el futuro agente, en su caso los accionistas y directores, socios y gerentes, tengan respecto del negocio; su seriedad; su solvencia económica y en su caso la reputación en el mercado.

1096. Forma

En cuanto a la forma que debe observar el contrato de agencia, el artículo 1479, tercer párrafo, dispone que debe instrumentarse por escrito, aunque no se impone nulidad por la inobservancia de ello, por lo cual se trata de una exigencia al solo efecto probatorio (arts. 1015 y 1020).

Si no se hubiera cumplido con la forma escrita, resultan aplicables las previsiones de los artículos 1019 y 1020, en virtud de los cuales podrá probarse por otros medios si existe principio de prueba instrumental o comienzo de ejecución.

1097. La actividad del agente y el lucro

A diferencia de lo que ocurre en materia de concesión comercial, distribución y franquicia, el agente no compra los productos para revenderlos y obtener un lucro, con la diferencia entre el costo y el precio de venta. El lucro del agente se configura por la llamada "comisión", que le es pagada por el *preponente*. Esta comisión por lo general es un porcentaje del precio de venta (art. 1486).

Recordamos que el agente tiene por función promover negocios por cuenta del *preponente*, con quien no mantiene una relación de dependencia laboral, aunque normalmente la tenga desde el punto de vista económico y técnico.

Sin perjuicio de ello, la vinculación que se establece entre las partes es estable y duradera (art. 1479). Ello aparece reflejado tanto en el plazo del contrato (art. 1491) como también en los derechos y obligaciones que cada parte asume frente a la otra (arts. 1480 a 1491 y 1497 a 1499).

El texto legal no exige que el agente tenga la obligación de vender los productos o comercializar los servicios que constituyan los negocios, sino de promoverlos. No obstante, lo habitual es que el agente intervenga hasta la efectiva conclusión del negocio, más allá de que las partes en este último sean el *preponente* y el tercero. En este sentido, disentimos con quienes interpretan que la actividad del agente es de mera promoción, y que no debe realizar las actividades necesarias para que las partes, por ejemplo, de una compraventa de un producto, concreten el contrato. Nuestra interpretación se ve confirmada por lo dispuesto en el artículo 1483, inciso b), que obliga al agente a ocuparse *en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que el encomendaron*. Apreciamos que la expresión *en su caso* hace referencia a todos los supuestos de ofertas aceptadas por el *preponente*. Si aún esto generase duda, entendemos que la cuestión queda zanjada por lo establecido en el artículo 1494, inciso f), que autoriza la resolución cuanto el agente incurre en una disminución significativa de los negocios, y de un modo especial por el artículo 1495 que reduce el plazo de preaviso en el supuesto de que el agente disminuya el volumen de sus negocios durante dos ejercicios consecutivos.

El agente, si bien no será el que represente a las partes, tiene sí el deber de hacer todo lo necesario para que el negocio se concrete, en su caso para que se celebre la compraventa u el negocio del cual se trate.

Para comprender mejor el desenvolvimiento de este contrato, es decir, la forma en que se ejecuta, diremos que el *preponente* tiene la potestad de comercializar los productos por sí, pese a lo cual, por diversas razones que tienen que ver con un criterio de optimización de recursos, limitación de riesgos y en busca de una mayor eficiencia, no la realiza de tal modo sino a través de otra persona, para lo cual puede recurrir, entre otras figuras, al contrato de agencia.

En la norma que regula el desempeño del agente se advierte su carácter de intermediario independiente a diferencia de lo que ocurre con el representante de comercio. Tampoco es necesario que el negocio que promueve el agente esté limitado a mercaderías, sino que comprende la circulación de toda clase de bienes muebles y también de servicios.

Por ello, la actuación del agente se realizará con autonomía respecto del *preponente*, por lo cual no tiene —como se dijo antes— subordinación ni dependencia jurídica. El agente tiene su propia estructura empresarial, que podrá revestir mayor o menor envergadura, respecto de la cual dispone su organización y funcionamiento. No obstante

ello, el principal está facultado para imponer ciertas pautas respecto a la presentación del local o criterios de comercialización.

1098. El rol del *preponente*

El agente concluye negocios para el *preponente*, quien queda obligado de forma directa con el adquirente del producto. En este aspecto el contrato de agencia comparte la estructura del mandato con representación, pero no debe confundírselo con dicho contrato, y al respecto cabe destacar que los artículos 1479 y 1485 establecen que el agente carece de esta última. Por ello y más allá de lo que habría ocurrido en los orígenes del contrato de agencia, en su actual evolución no se lo debe asimilar al agente con un mandatario. La existencia de coincidencias o similitudes parciales con otros u otros no le quita su propia identidad.

El Código es claro en cuanto a que el agente no representa al principal a los fines de la conclusión y ejecución de los contratos en los que actúa, salvo en lo atinente a las reclamaciones de terceros conforme a lo previsto por el artículo 1483, inciso e). Esta última disposición aparece más que razonable y en ese sentido resulta concordante con las normas protectorias del consumidor (arts. 1093 y ss., y ley 24.240 —en especial, art. 40—).

En virtud de las normas del derecho del consumidor y más allá del marco que resultaría del análisis aislado del contrato de agencia, por el cual ante la venta o la prestación del servicio, el vínculo se establece entre el principal y el consumidor, no con el agente, éste no se verá libre de responsabilidad ante dicho consumidor en tanto su situación se vea alcanzada por el artículo 40 de la ley 24.240. Esta disposición establece solidaridad, en el caso entre *preponente* y agente, en los supuestos en que el daño resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, por lo cual el contrato de agencia no será causa de deslinde de responsabilidades ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan.

También en orden a comprender la ejecución de este contrato, hay que señalar que el agente, para poder cobrar los créditos que resulten de su gestión, debe tener un poder especial al efecto. De todos modos, en ningún caso podrá conceder quitas o esperas ni consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos concursales, sin que le hayan sido conferidas facultades expresas y de carácter especial, en las que conste en forma específica el monto de la quita o el plazo de la espera.

Además, le está prohibido al agente desistir de la cobranza de un crédito del *preponente* en forma total o parcial (art. 1485).

En cualquier caso, cuando el agente vincule al *preponente* con una persona que sea consumidor en los términos de los artículos 1092 y 1093, y artículo 1º de la [ley 24.240](#), la interpretación de dicha negociación deberá observar por completo las citadas normas protectorias, en particular el principio proconsumidor plasmado por el artículo 37 de la ley de defensa del consumidor.

1099. Vínculo duradero

Ya hemos mencionado que la vinculación entre el *preponente* y el agente es de carácter estable, pues se trata de un contrato que por su naturaleza está destinado a durar en el tiempo, para poder cumplir el objeto para el cual fue celebrado.

En todos los contratos de duración, la voluntad de las partes es la que determina que el contrato se extienda en el tiempo, pero no por la duración misma sino porque ella será imprescindible para que aquel cumpla con la finalidad para la cual ha sido celebrado. Sin ella no sería posible cumplir el objeto del contrato ni la finalidad que las partes han tenido en vista al celebrarlo.

Resulta muy importante en este sentido el artículo 1011, referido al contrato de larga duración y al que nos hemos referido antes (véase nro. 33).

Teniendo en cuenta el artículo referido, si el plazo el contrato fuera indeterminado, tal como lo contempla el artículo 1491, parece razonable que la duración mínima fuese la requerida para que se pudiese cumplir con los fines que las partes tuvieron en vista al celebrarlo. Pese a ello, el Código contempla la posibilidad de resolverlo en todo tiempo mediante la utilización del correspondiente preaviso, aspecto que comentaremos luego al considerar la extinción del contrato.

En verdad, para que el contrato logre su cometido, se requiere que exista una estabilidad del vínculo; es decir, que subsista por un determinado tiempo que haga viable el logro de los fines que las partes persiguieron al celebrarlo. Esto no ha sido receptado en su totalidad en el Código Civil y Comercial, pues en principio la cuestión concluye mediante el otorgamiento del referido preaviso (art. 1492). Sin embargo, y en sentido concordante con lo que hemos entendido desde un principio, parte de la doctrina ya se ha pronunciado en el sentido que la indemnización por preaviso no cercena la posibilidad de otra reparación si se acredita la producción de daños que no han sido satisfechos con ella.

La esencia del contrato de agencia hace imposible concebirlo si no es en vista a una permanencia en el tiempo. Durante los primeros tiempos, las ganancias brutas del agente serán absorbidas en gran parte en amortizar las inversiones realizadas. Solo después de un lapso más o menos prolongado la actividad generará auténticas utilidades. En consecuencia, para que todo el ciclo pueda cumplirse es necesario el transcurso del tiempo. Volveremos sobre este aspecto al analizar el plazo, sin perjuicio de lo cual es oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Automóviles Saavedra", ya mencionado en este capítulo, y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de modo uniforme, han fijado doctrina en el sentido de que duración no es sinónimo de perpetuidad.

1100. Exclusividad

El artículo 1480 establece que el agente tiene derecho a la exclusividad y para parte de la doctrina es una nota esencial y tipificante. No obstante, disentimos con tal apreciación, por cuanto el artículo 1499, referido a la no competencia luego de la extinción del contrato, establece que ello puede pactarse cuando el contrato *prevé la exclusividad del agente en el ramo de negocios*, lo que pone en evidencia que la exclusividad no necesariamente debe existir, porque de lo contrario esta norma sería incongruente.

Además, desde que el texto relaciona las diversas clases de exclusividad con la conjunción "o", ello no resulta conciliable con obligatoriedad.

En consecuencia, la exclusividad es solo una de las posibilidades previstas para este contrato, aunque por cierto en la República Argentina es lo habitual.

Es conveniente aclarar que la exclusividad puede estar referida a diversos aspectos: i) territorial o zonal; ii) de marca; iii) de provisión de producto. Y el artículo 1480 alude de modo particular a la exclusividad en el ramo de los negocios en una zona geográfica o respecto del grupo de personas, expresamente determinados en el contrato.

En cuanto a la exclusividad territorial, opera a favor del agente en tanto importa que el *preponente* no puede autorizar a otro agente en el mismo territorio o zona y, por ello, debe respetar la asignación que le ha realizado. De modo correlativo, el agente tiene la obligación de respetar la zona establecida para desarrollar su actividad, absteniéndose de actuar fuera de ella, ya sea por sí o por interpósita persona.

No obstante la mentada exclusividad, el agente no está impedido de serlo a su vez de otros principales, aunque los negocios que con tal motivo emprenda no podrán referirse al mismo ramo, salvo consentimiento expreso de las partes involucradas.

Esta prohibición que tiene el agente para desarrollar actividades en competencia comprende la imposibilidad de comercializar productos del mismo modo, aunque

mediante por otras figuras, tales como la concesión o la distribución, en el mismo territorio.

De lo dicho se advierte que la exclusividad del agente es un derecho a su favor, pero también importa una obligación a su cargo. Por su parte, el *preponente* tiene la obligación de respetarla y el derecho de hacerla respetar.

Pese a la señalada obligación del principal, cabe contemplar la posibilidad de que sea dejada de lado la exclusividad, mediante un pacto, señalando casos de exclusiones territoriales por circunstancias especiales.

La exclusividad no impide que se pueda pactar, como es habitual, que el *preponente* se reserva el derecho de realizar por sí o por medio de una sociedad del grupo económico cierto tipo de ventas directas o modalidades especiales, y ello más allá de que, a diferencia del contrato de concesión (art. 1504, inc. b)), no haya sido contemplado de modo expreso. En efecto, no media ninguna razón de orden público para impedir que ello sea de tal modo, lo cual por otra parte así se refleja en nuestro mercado, tal como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de ventas al Estado, a integrantes del cuerpo diplomático, o a ciertas entidades privadas, entre otras.

Como resulta de lo analizado más arriba, el agente puede contratar sus servicios con varios empresarios, pero no le está permitido aceptar operaciones del mismo ramo de negocios o en competencia con las de uno de sus *preponentes*, sin que éste lo autorice en forma expresa (art. 1481).

1101. La colaboración entre las partes

El contrato de agencia es un contrato de colaboración, esto es, un contrato en el que cada una de las partes desarrolla su actividad en concurrencia con la de su cocontratante, pero en forma independiente, aunque pueda ocurrir, en ciertos casos, que una de ellas colabore al mejor desenvolvimiento de la actividad de la otra.

El contrato de agencia, como los demás contratos de colaboración, responde a una necesidad económica de complementación y descentralización, que en este caso es del *preponente*. Lo primero, porque el *preponente* complementa la actividad que le es propia, con la intermediación que desarrolla el agente, a efectos de vincularse con el consumidor, con la finalidad de optimizar costos y riesgos. Lo segundo, porque el *preponente* se encuentra con un enorme territorio (como es el de la República Argentina), lo cual le exigiría poseer una importante organización de comercialización para estar presente, de modo directo, en las principales ciudades.

La colaboración puede presentarse como igualitaria o subordinada. La colaboración igualitaria se explica por sí misma; en cambio, conviene señalar que cuando hacemos referencia a una colaboración subordinada, apuntamos a que suele existir dependencia económica, originada —entre otros aspectos— por ciertas restricciones y condiciones impuestas al desempeño del agente; a modo de ejemplo, pueden mencionarse la imposición de cupos mínimos, plazos de liquidación de las comisiones, imposición de pautas de identificación de locales y publicitarias, entre otras.

1102. Caracteres

Habiendo explicado las notas principales del contrato de agencia se puede concluir que éste presenta los siguientes caracteres: a) bilateral; b) oneroso; c) de duración; d) formal; e) de colaboración.

1103. El objeto del contrato

Hemos afirmado antes que el objeto del contrato es la prestación debida, esto es, el hecho o bien prometido (conf. art. 1004, véanse nros. 149 y ss.).

Ahora bien, para determinar, en particular, cuál es el objeto del contrato de agencia, debemos señalar que la vinculación jurídica entre las partes no está dada por una

sumatoria de diversos contratos, aunque pueda ser un negocio jurídico complejo. Por ello, se impone discernir cuáles son las prestaciones esenciales que deben estar presentes. Son estas y el modo particular en que aparecen entrelazadas lo que permite diferenciar el contrato de agencia de otros contratos, en especial de aquellos que integran cauces jurídicos para la comercialización. Así podremos establecer cuál es el conjunto de derechos y obligaciones que justifican la celebración del contrato.

El objeto del contrato de agencia es la promoción de los negocios del *preponente* que el agente debe desarrollar en forma empresarial. Este objeto contractual determina las obligaciones del agente, que apuntan a promover los negocios del principal, en los ramos y productos (o servicios) que se pacten y bajo las condiciones determinadas por este último.

Si bien el Código enumera obligaciones de las partes (arts. 1483, 1484 y concs.), tanto aquellas como los respectivos derechos se ordenan a la finalidad que cada parte ha tenido en vista al celebrar el contrato.

Por otra parte, cabe señalar que, en lo que se refiere al agente, su principal interés está dado en obtener el derecho a intervenir en la comercialización del producto o servicio que el *preponente* proveerá al consumidor y con ello obtener una ganancia.

Desde la perspectiva del *preponente*, su interés radica en disponer de una actividad generadora de negocios sin las desventajas propias de una gran organización propia destinada a ello (costos y riesgos de diversas clases).

Por último, conviene apuntar que en los contratos de comercialización es importante advertir dos miradas diferentes. Una es la perspectiva estática, que solo permite apreciar un modo de organización de las obligaciones bilaterales entre *preponente* y agente. Otra es la funcional, desde la cual se lo concibe como un instrumento de constitución de una unidad de empresas integradas para la comercialización de productos o servicios.

§ 2.— Obligaciones de las partes

1104. Obligaciones del agente

Las obligaciones que corresponden al agente (art. 1483) son las siguientes:

a) *Velar por los intereses del preponente y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades.* El primer aspecto deriva de su rol contractual, que es actuar en interés del principal. La segunda cuestión no es más que una reiteración del principio general en materia de ejercicio de los derechos y de particular significación en materia contractual (arts. 9º, 10, 961 y concs.). Esta obligación tiene directa vinculación con el carácter de contrato de colaboración, que impone una constante interacción de las partes para adecuarse a los niveles de producción y demandas del mercado.

b) *Ocuparse con la diligencia de un buen hombre de negocios de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron.* Sin dudas esta exigencia se impone como un modo concreto de observar la buena fe.

c) *Cumplir su cometido de conformidad con las instrucciones recibidas del empresario (preponente) y transmitir a éste toda la información de la que disponga relativa a su gestión.* Esta obligación se explica, por cuanto la actuación del agente lo es en interés del *preponente*, quien determina las políticas de comercialización.

d) *Informar al empresario (preponente), sin retraso, de todos los negocios tratados o concluidos y, en particular, lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen o se concluyen operaciones.* En este asunto cabe formular igual comentario que a la obligación precedente.

e) *Recibir en nombre del empresario (preponente) las reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque él no las haya concluido, y transmitírselas de inmediato.* En este aspecto, si bien se pone el foco en el interés del principal, el tema se vincula asimismo con la protección del público, más allá de que se trate en sentido estricto de un consumidor en los términos de los artículos 1092 y siguientes, y de la ley 24.240, o de cualquier otro adquirente. Por supuesto que también interesa para el prestigio de la marca involucrada.

f) *Asentar en su contabilidad en forma independiente los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.* Esta previsión responde al principio que rige este contrato, en cuanto a que el agente tiene derecho y obligación de exclusividad, pero puede serlo de más de un principal, en tanto no se trate del mismo ramo.

La obligación de llevar una contabilidad separada y conforme a las normas legales, en función de cada *preponente*, permitirá una mayor claridad en el desempeño del negocio.

1105. Otras obligaciones del agente

Además de las enunciadas en el artículo 1483, se impone al agente, como obligación de no hacer, la prohibición de designar subagentes, salvo consentimiento expreso del *preponente*. Cuando ello esté permitido, las relaciones entre el agente y el subagente se rigen por las reglas aplicables a la relación que existe entre el primero y el principal.

Además, el agente responde en forma solidaria con el subagente, pese a que éste no tendrá vínculo directo con el *preponente* (art. 1500).

También asume la obligación de no hacer en cuanto a que tiene vedado constituirse en garante de la cobranza del comprador presentado al *preponente*, sino hasta el importe de la comisión que se le puede haber adelantado o cobrado, en virtud de la operación concluida por el principal (art. 1482).

En verdad esta obligación se ha impuesto como un límite al actuar del *preponente* en protección del agente. Así se ha puesto coto a una práctica frecuente, que resultaba gravosa para los agentes.

1106. Obligaciones del preponente

En cuanto al principal el artículo 1484 pone a su cargo las siguientes:

a) *Actuar de buena fe, y hacer todo aquello que le incumbe, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para permitir al agente el ejercicio normal de su actividad.* Sobre este aspecto vale lo dicho al comentar la buena fe en el agente.

b) *Poner a disposición del agente con suficiente antelación y en la cantidad apropiada, muestras, catálogos, tarifas y demás elementos de que se disponga y sean necesarios para el desarrollo de las actividades del agente.* La falta de provisión de estos elementos al agente perjudica su actividad y el cumplimiento del objeto del contrato. Por ello es importante que la información sea completa en cuanto a los bienes y servicios cuya contratación debe promover el agente, así como las condiciones de los contratos que habrán de celebrarse con los terceros adquirentes. Esta información deberá ser adecuada a la que el agente debe brindar al consumidor, en virtud de lo establecido por los artículos 1100 y 1101, y el artículo 4º de la [ley 24.240](#).

c) *Pagar la remuneración pactada* al agente, lo cual se explica desde que se trata de un contrato bilateral y oneroso. Éste asunto merece que nos detengamos para analizar ciertos aspectos.

Por definición legal (art. 1479), la actividad del agente se desarrolla contra una contraprestación a cargo del *preponente*, a la que el Código denomina retribución. Se encuentra prevista asimismo como una obligación a cargo del principal (art. 1484, inc. c)).

Las partes tienen amplia libertad para acordar los términos de dicha retribución en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Ahora bien, si no lo hubieran hecho y en todo lo no previsto por ellas, el Código determina algunas pautas. Así, cuando no hay un pacto expreso, la remuneración del agente será una comisión variable, según el volumen o el valor de los actos o contratos promovidos y, en su caso, concluidos por el agente, conforme con los usos y prácticas del lugar de actuación del agente (art. 1486).

Es razonable la previsión legal sobre este aspecto, por cuanto para la determinación de la comisión, como en cualquier otro supuesto en que una persona tenga derecho a ella, es necesario establecer sus bases de cálculo. El Código dispone que, cualquiera que fuese la retribución pactada, el agente tiene derecho a percibirla por las operaciones concluidas con su intervención, durante la vigencia del contrato de agencia y siempre que el precio sea cobrado por el empresario (art. 1487). La expresión "cualquiera sea la forma de retribución pactada" implica que este aspecto del contrato no sería disponible, al menos así lo entendemos y ello se justifica a efectos de evitar abusos pues el agente es parte débil en este contrato con relación al *preponente*.

El agente también tiene derecho a la retribución cuando se trate de operaciones realizadas por él y cobradas por el *preponente*, aunque hayan sido concluidas con posterioridad a la finalización del contrato de agencia. Asimismo, tendrá derecho a aquella cuando el contrato se concluya con un cliente que el agente haya presentado con anterioridad para un negocio análogo, siempre que no hubiese otro agente con derecho a remuneración.

Por último, el *preponente* deberá pagarle la remuneración al agente cuando tenga exclusividad para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas y el contrato se concluya con una perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el agente no lo promueva, excepto pacto especial y expreso en contrario (art. 1487).

Reiteramos que en nuestro parecer estas disposiciones no pueden ser prescindidas por las partes, desde que integran la norma que comienza con la expresión "cualquiera sea la forma de remuneración pactada".

Es importante tener en cuenta el momento a partir del cual se devenga la comisión. De acuerdo con la previsión legal, *el derecho a la comisión surge al momento de la conclusión del contrato con el tercero y del pago del precio al empresario*. Ello implica dos condiciones: conclusión del contrato con el tercero y cobro del precio por el *preponente*.

La comisión debe ser liquidada dentro de los veinte días hábiles contados a partir del pago total o parcial del precio al principal. La orden de compra que se transmita al *preponente* se presume aceptada, a los fines del derecho a percibir la remuneración, excepto rechazo o reserva formulada por éste dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de su conocimiento de la propuesta (arts. 1488 y 1484, inc. d)). Pese a ello, se puede convenir que el pago quede subordinado, en todo o en parte, a la ejecución del contrato, pero esto debe ser pactado de modo expreso (art. 1489).

Aunque no constituye remuneración, es significativo que se ha regulado lo atinente a los gastos que el ejercicio de su actividad origina al agente, estableciéndose que, salvo pacto expreso en contrario, el agente no tiene derecho a su reembolso (art. 1490). Esta disposición resulta congruente con el carácter de empresario que cabe exigir a la

persona del agente según hemos expresado más arriba, lo cual implica una forma organizada de desarrollar la actividad, diferente a la de otros sujetos que trabajan en relación de dependencia o como vendedores independientes.

d) *Comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de su conocimiento, la aceptación o rechazo de la propuesta que le haya sido transmitida.* La previsión trata de garantizar un adecuado desenvolvimiento de las actividades de ambas partes y el éxito del negocio.

e) *Comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de la recepción de la orden, la ejecución parcial o la falta de ejecución del negocio propuesto.* Por idénticas razones vale el comentario precedente.

§ 3.— Fin del contrato

1107. El plazo del contrato

En los contratos de comercialización y por tanto en el de agencia, el plazo es un aspecto esencial, por cuanto se trata de un contrato de duración.

La cuestión se vincula en forma directa con la inversión, su amortización y la obtención de ganancias por un tiempo razonable.

En el contrato de agencia no se ha establecido un mínimo, a diferencia de lo que ocurre en materia de concesión (art. 1506) y de franquicia (art. 1516). Salvo pacto en contrario, se considera que el contrato de agencia se celebra por tiempo (incierto) indeterminado. En el caso de que tenga un plazo (cierto) determinado, la continuación de la relación con posterioridad a su vencimiento lo transforma en contrato por tiempo indeterminado (art. 1491).

La cuestión vinculada al plazo en estos contratos debe analizarse teniendo en cuenta tres factores: a) *seguridad*, en el sentido de que el negocio debe ser tal que no se pierda la inversión realizada; b) *liquidez*, es decir, la aptitud que tenga la inversión para transformarse en dinero efectivo en un determinado plazo, y c) *rentabilidad*, que se logra cuando la inversión permite la obtención de ganancias en un plazo previsto. Por ello, como lo ha reconocido la jurisprudencia, si el plazo de vigencia es impuesto compulsivamente, en virtud de un aprovechamiento abusivo por la situación de predominio del *preponente*, ello podrá, eventualmente, dar lugar a la obligación de reparar el daño que tal circunstancia hubiera generado, lo cual debe ser analizado en cada caso.

En lo atinente al plazo y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de concesión, no se han contemplado supuestos excepcionales, tal como aquel en que el principal proveyese al agente el uso de las instalaciones principales, suficientes para su desempeño (lo que fue previsto en la concesión, art. 1506, párr. 2º). No obstante, al no haberse establecido un mínimo legal, nada impide que se fije un plazo contemplando dicha circunstancia.

1108. La extinción del contrato

Todo lo referido a la extinción de los contratos (arts. 1076 y ss.) lo hemos considerado en el capítulo XVI, sin perjuicio de lo cual resulta necesario hacer una mención particular en el caso del contrato de agencia, pues el Código así lo ha contemplado mediante normas expresas.

1109. a) Rescisión

El artículo 1076 regula la *rescisión bilateral*, es decir, por la voluntad concurrente de ambas partes y que salvo estipulación en contrario produce efectos solo hacia el futuro, sin perjuicio del derecho de terceros; en dicho convenio acordarán los términos en que decidan desvincularse.

Además el artículo 1077 contempla que *el contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad*. En consecuencia la finalización del vínculo a instancias de la voluntad de una sola de las partes puede serlo por tres modos diferentes. En cuanto a la rescisión unilateral produce efectos solo para el futuro (art. 1079, inc. a)). Estas modalidades resultan aplicables a los contratos de duración limitada transformados en contratos de duración ilimitada.

1110. b) Resolución

La resolución produce, salvo disposición en contrario de la ley, efectos retroactivos entre las partes, y no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe (arts. 1079, inc. b), y 1084). Sus causales son contempladas, como tales, por el artículo 1494. En él se prevén: *a) muerte o incapacidad del agente; b) disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, que no deriva de fusión o escisión; c) quiebra firme de cualquiera de las partes; d) vencimiento del plazo; e) incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de una de las partes, de forma de poner razonablemente en duda la posibilidad o la intención del incumplidor de atender con exactitud las obligaciones sucesivas; f) disminución significativa del volumen de negocios del agente*.

Sin perjuicio del principio general establecido por el artículo 1079, inciso b), si se observan las causales indicadas por el artículo 1494, se advierte que en ninguna de ellas el efecto puede ser retroactivo, y ello pese a que la letra de la norma no aclara que en tal caso la llamada "resolución" carece de efectos retroactivos.

La cuestión se ve con nitidez desde que los supuestos comprendidos por el artículo 1494 y de un modo particular por el objeto del contrato de agencia, su extinción en tales casos nunca podría tener efectos retroactivos.

Lo señalado llevaría a pensar que existiría una contradicción normativa entre los artículos 1079, inciso b), y 1494, salvo que entendamos que este último en realidad alude a supuestos de "extinción del contrato" y no de "resolución", lo cual por cierto violenta la literalidad del texto. Otro modo de conciliar las normas es recurrir al mentado primer párrafo del artículo 1079, cuando dice *excepto disposición legal en contrario* y entender que la excepción se halla implícita en el artículo 1494.

Ninguna de las dos alternativas nos parecen ortodoxas, y si bien en algunos de los supuestos la solución puede venir dada por el ordenamiento especial aplicable, como en el caso de la disolución de la persona jurídica, incluida la causal de quiebra, sería muy ponderable que una ley de erratas estableciera que el contrato de agencia "se extingue" en lugar de "se resuelve" (art. 1494).

Por cierto, esta observación no se ve despejada por el artículo 1495 que regula la *manera en que opera la resolución*, la cual no se vincula con los efectos sino con la forma en que se produce. Así lo será de pleno derecho en los casos de los incisos a) a d) del artículo 1494, y por lo tanto, sin que tenga lugar el preaviso ni declaración de la otra parte. En el supuesto de incumplimiento grave o reiterado en las condiciones establecidas por el artículo 1494, inciso e), será la parte cumplidora la que pueda resolver directamente el contrato. El caso del artículo 1494, inciso f), requiere que se cumpla con el preaviso, aspecto que se desarrolla más adelante; ello en tanto el agente no haya incurrido en disminución del volumen de los negocios durante dos ejercicios

consecutivos, en cuyo caso el preaviso no excederá de dos meses, cualquiera que haya sido la duración del contrato e incluso si es de plazo "determinado".

Un supuesto particular de extinción lo constituye el caso en que la persona jurídica *preponente* se fusione o se escinda y con ello se cause un detrimento sustancial en la posición del agente. Si ello ocurre, deberá abonarle las indemnizaciones del artículo 1497 y, en su caso, las del artículo 1493, pues así lo dispone el artículo 1496.

i) *La extinción del contrato con plazo cierto*. Las partes pueden convenir que el contrato tenga un plazo cierto, por lo cual sabrán desde su celebración el día en que concluirá; en tal caso deberán observar lo pactado y allí no se exige preaviso.

En los casos en que el plazo cierto no sea respetado, ello dará lugar a un amplio campo indemnizatorio, comprensivo de diversos aspectos, ya sea a título de daño emergente como por lucro cesante (arts. 1737/1740) y eventualmente, si el agente fuese una persona humana (art. 19) y se hallase debidamente probado, también podría tener lugar el resarcimiento del daño moral (art. 1741) aunque en esta materia el criterio jurisprudencial es restrictivo.

Si del daño emergente se trata, la decisión de los tribunales es variada en cuanto a los conceptos que pueden integrarlo. Entre los rubros controvertidos encontramos la indemnización del valor llave, los gastos de instalación y desinstalación, la indemnización al personal, la resolución de contratos celebrados para realizar la explotación (locación de inmuebles), entre otros.

ii) *Plazo (incierto) indeterminado. El preaviso*. La cuestión atinente a la resolución, en sentido propio, también llamada rescisión unilateral, y los derechos que ella confiere al agente, es una de aquellas de más interés tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Para poder dar por concluido en forma unilateral un contrato de agencia con plazo (incierto) indeterminado, el Código ha impuesto la obligación de otorgar un preaviso, es decir, de avisar con antelación a la otra parte la decisión de darlo por terminado. En tanto se observe el preaviso que establece la ley, no se requiere invocar una causa justa para dar por concluida la relación.

La previsión normativa (art. 1492) debe aplicarse tanto a los contratos pactados desde un inicio como de "duración ilimitada" (rectius plazo —incierto— indeterminado), como a aquellos que habiéndolo sido por una "duración limitada" (rectius plazo cierto) se han convertido en contratos de plazo (incierto) indeterminado.

La finalidad del preaviso es evitar resoluciones intempestivas, para lo cual se fija una pauta legal relativa a la anticipación con la que se debe anotar a la contraparte. La extensión del preaviso es de un mes por cada año de vigencia del contrato. En el caso de que el contrato se hubiese celebrado por un plazo inicial cierto y luego se transforma en (incierto) indeterminado, a los efectos del cálculo de la extensión del preaviso, debe computarse la duración que precedió a esa conversión (art. 1492). La norma añade que el final del plazo del preaviso debe coincidir con el final del mes calendario en el que aquel opera, y que las partes pueden prever plazos de preaviso superiores a los establecidos legalmente.

La jurisprudencia es unánime en cuanto a que, en estos contratos, cualquiera de las partes puede resolverlo sin justificación alguna y en todo momento.

Mediante esta anticipación en comunicar la voluntad de resolver, se persigue que las partes puedan readecuar su actividad. En lo que hace al agente, la jurisprudencia ha señalado que el preaviso adecuado tiene por finalidad permitirle un cierre ordenado o un *redireccionamiento* de su actividad hacia otro negocio. En la actualidad el carácter adecuado del preaviso no lo fijarán, en principio, los jueces —como lo han venido haciendo hasta la sanción del Código Civil y Comercial—, sino que será determinado por el artículo 1492.

La omisión en que se incurra en dar el preaviso o su insuficiencia confiere a la otra parte el derecho a una indemnización. Esta consiste en una suma equivalente a las ganancias dejadas de percibir en igual período (art. 1493). Por el contrario, cumplido el preaviso no tendrá lugar —en principio— una indemnización por la conclusión del contrato, salvo que se acredite la existencia de daños que no resulten cubiertos por aquél. Tal puede ser el caso de un contrato que es resuelto cuando solo ha transcurrido un año de celebrado, supuesto en que muy probablemente aunque se preavise con un mes o bien se pague la indemnización sustitutiva, nada de ello compense el daño por no haberse siquiera amortizado la inversión.

Es conveniente saber que, aunque nuestra jurisprudencia ha definido al preaviso como el tiempo necesario para readecuar la empresa o lograr un cierre ordenado, la práctica nos ha revelado que, en gran cantidad de casos, la extinción del contrato de agencia produce el cierre definitivo de la explotación comercial del agente, derivando muchos de ellos en una quiebra.

Sin perjuicio de que el preaviso en este contrato no es una creación de la jurisprudencia, de la doctrina ni del legislador argentino, puesto que se advierte su antelación en normas y jurisprudencia extranjeras, es de señalar que el modo en que se dispone su cálculo implica una severa contradicción. En efecto, se aprecia con facilidad que, desde la óptica de las inversiones y su recuperación, cuanto menor tiempo haya transcurrido desde el inicio de ejecución del contrato, mayor será el perjuicio, ya que el que hubiese transcurrido puede resultar insuficiente, no solo para lucrar sino para recuperar las inversiones.

De tal modo, puede advertirse que para la fijación del plazo o eventualmente el cálculo de la indemnización que lo sustituya, no se toman en cuenta la relación que existe entre inversión, amortización y lucro. Curiosamente, la resolución temprana que acarreará mayor perjuicio dará lugar a menor compensación. Además, hasta tanto el negocio se halle comercialmente establecido en un lugar, sus ganancias tampoco suelen ser las más destacadas de su previsible evolución, lo cual magnifica la desproporción.

Como mero ejemplo, se puede decir que si la resolución se produce en el primer año, el perjuicio es muchísimo mayor que si tiene lugar en el segundo, pues la posibilidad de amortización ha sido menor y así sucesivamente.

Tampoco se han tomado en cuenta para establecer el plazo de preaviso, las nuevas inversiones que el *preponente* haya demandado al agente desde que se celebró el contrato, puesto que de haber tenido lugar y según su importancia, pueden generarle un daño adicional; es que en tal caso reaparece el tema de la amortización y una rentabilidad acorde con ella.

Con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (1/8/2015), las decisiones judiciales que fijaban un plazo de preaviso como elemento adecuado para resolver un contrato con plazo (incierto) indeterminado, por lo general, no tomaban en cuenta las variables que hemos señalado más arriba, referidas a inversión, amortización y rentabilidad. En tal sentido, se ha seguido el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la ya referida causa "Automóviles Saavedra c. FIAT Argentina", cuya doctrina, aunque referida al contrato de concesión, resulta de aplicación a todo contrato de comercialización.

La indemnización legal que sustituye el preaviso puede no resultar adecuada para atender en cabal forma los perjuicios que ocasione una resolución cuando esta haya sido abusiva. Compartimos la línea de pensamiento que entiende que nada impide que en tal caso se conceda una indemnización por el mayor daño que haya resultado, pero ello condicionado a que sea efectivamente probado. La jurisprudencia, por su parte, no indica un criterio unánime sobre este aspecto.

iii) *Compensación por clientela*. La compensación por clientela, establecida por los artículos 1497 y 1498, implica que cuando tiene lugar la extinción del contrato, ya fuese "por tiempo determinado o indeterminado", el agente —que por su labor ha incrementado de modo significativo el giro de las operaciones del *preponente*— tiene derecho a una compensación, en tanto su actividad anterior pueda continuar produciendo ventajas sustanciales a dicho principal. Este derecho corresponde a los herederos cuando la extinción se produce por muerte del agente.

La extensión de esta compensación puede convenirse entre las partes; de no ser así, será fijada judicialmente. En tal caso no puede exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato si éste es inferior. Esta compensación no impide al agente reclamar los daños derivados de la ruptura por culpa del *preponente*. Claro está que, en tal supuesto, el agente no sólo debe probar que hubo culpa del principal en la extinción del contrato sino además la efectiva existencia del daño y su cuantía.

Como excepciones se establece que no hay derecho a compensación por clientela cuando la extinción del contrato se debe al incumplimiento del agente; tampoco cuando es éste quien lo da por terminado, a menos que la terminación esté justificada por incumplimiento del *preponente*; o por la edad, invalidez o enfermedad del agente, que no permiten exigir razonablemente la continuidad de sus actividades.

iv) *Cláusula de no competencia*. Las partes pueden pactar cláusulas de no competencia por el agente, luego de la finalización del contrato, si éste preveía su exclusividad en el ramo de negocios del principal. La validez de una cláusula así está supeditada a que la restricción no sea superior a un año y se aplique a un territorio o grupo de personas que resulten razonables, habida cuenta de las circunstancias del caso (art. 1499).

1111. Exclusiones a la regulación

Para concluir, debe señalarse que las provisiones referidas al contrato de agencia no se aplican a los agentes de bolsa o de mercados de valores, de futuros y opciones o derivados; a los productores o agentes de seguros; a los agentes financieros, o cambiarios, a los agentes marítimos o aeronáuticos y a los demás grupos regidos por leyes especiales en cuanto a las operaciones que efectúen (art. 1501).

CAPÍTULO XXXVI - CONCESIÓN Y DISTRIBUCIÓN

I — CONTRATO DE CONCESIÓN

1112. Concepto

El artículo 1502, al definir el contrato de concesión expresa: *Hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a*

terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido. La norma abarca también a los contratos por los que se conceda la venta o comercialización de software o de procedimientos similares, pues así lo dispone el artículo 1511, inciso a).

Esta definición comprende las notas esenciales del contrato de concesión: a) la actuación del concesionario frente a terceros, esto es, en nombre y por cuenta propia; b) la puesta a disposición de su organización empresarial; c) la provisión de productos por el concedente; d) la prestación de los servicios adecuados a los productos; e) la venta al público de los repuestos y accesorios de las mercaderías incluidas en el objeto principal.

Consideramos que debieron incluirse asimismo dos aspectos importantes. Uno de ellos es que la comercialización se hará bajo la marca del concedente, pues no solo la práctica así lo ha determinado, sino que, además, todo operador que recurre a este contrato pretende el derecho a usar la marca a los fines de la promoción y venta del producto (mercaderías como las denomina el Código Civil y Comercial). En efecto, el derecho al uso y la exhibición de la marca es un derecho vital para el desarrollo del concesionario, por ello es acertado que el Código prevea que es una obligación del concedente permitir su uso por aquel a los fines del contrato (art. 1504, inc. e)); esta disposición complementa la definición del artículo 1502.

El referido uso de la marca, contrariamente a lo que se ha sostenido en alguna jurisprudencia, no se concede en forma gratuita, sino contra la puesta a disposición del concedente de una estructura empresarial que desarrollará el negocio por parte del concesionario. Ambas contraprestaciones deben mantenerse por todo el plazo de contrato.

El otro aspecto que no se ha incluido, y que juzgamos vital, es la duración, que permite satisfacer en forma adecuada la ecuación "inversión-amortización-beneficio", bajo un esquema contractual de colaboración.

El artículo 1502 no comprende la llamada concesión privada, sino solo la que se conoce como concesión comercial. El objeto de una y otra es diverso; en la primera se vincula con la prestación de ciertos servicios, por ejemplo, el de restaurante en clubes u otras entidades de diversa naturaleza, en los cuales la venta de productos es complementaria del servicio, y ellos tampoco, por lo general, son provistos por el concedente; en la segunda, diremos por ahora que el objeto está dado por la comercialización que el concesionario hará, bajo su propio riesgo, de los productos de cierta complejidad técnica que el concedente le proveerá; también asume el concesionario obligación de prestar servicios de posventa.

La denominación dada al contrato de concesión (comercial o privada) y a sus partes reconoce su origen en el contrato de concesión del derecho público, debido a ciertas semejanzas que presentan. En ambos, la parte que otorga el derecho (concede el derecho) lo hace respecto de una actividad que le compete por sí y de la cual no se desprende sino en forma temporal y por lo común, de modo parcial. La finalidad perseguida para conceder la actividad al concesionario tiene diversas causas: optimización de recursos, limitación de riesgos y mayor eficiencia.

1113. Metodología

El Código ha sistematizado los contratos de comercialización en capítulos sucesivos, puesto que todos cumplen la función de dar un cauce jurídico a modalidades típicas de esa actividad económica.

En cuanto al de concesión, su tipicidad legal aparece en el derecho argentino con la sanción de la ley 26.994, aunque ya la tenía desde el punto de vista social. En su reglamentación se ha seguido, sin alteraciones de fondo, el Proyecto de 1998.

Las normas sobre concesión no tienen en general carácter imperativo, salvo en lo que se refiere al plazo del contrato y al mínimo del preaviso (arts. 1492 y 1508) o de la indemnización que lo sustituya (arts. 1493 y 1508).

1114. Autonomía del concesionario

El concesionario desarrolla su actividad con autonomía respecto del concedente, lo cual es consecuencia de los siguientes factores: a) Es un comerciante que no tiene subordinación jurídica respecto del concedente; tampoco la tiene económica, de modo directo, aunque en su desenvolvimiento pueda verse condicionado por la superioridad técnica y económica del concedente; por todo ello, el concesionario organiza su estructura empresarial y determina su funcionamiento, sin perjuicio de ciertas pautas que le imponga su contraparte. b) Su actuación es en nombre y por cuenta —o riesgo— propios, por lo cual el concedente no queda obligado ante el adquirente del producto, lo que constituye una diferencia importante con la agencia; todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven por aplicación de la ley de defensa del consumidor (art. 40, ley 24.240). c) El vínculo con el concedente es de carácter estable, por un lapso prolongado; se trata de un contrato de duración para desarrollar una modalidad de comercialización.

1115. Caracteres

La concesión es un contrato:

a) *Bilateral*, por cuanto resultan obligaciones para ambas partes.

b) *Oneroso*, pues el concedente confiere al concesionario el derecho a vender sus productos utilizando para ello su marca, dentro de una zona y con un régimen (en principio) de exclusividad, y, a cambio, obtiene el derecho de exigir al concesionario que afecte su estructura empresarial para el desarrollo de la comercialización acordada. Concedente y concesionario obtienen una ventaja con su celebración; por su prestación obtendrán una contraprestación.

c) *Conmutativo*, en tanto las obligaciones de cada una de las partes resultan ciertas y determinables.

d) *No formal*, toda vez que no está sujeto a ninguna forma, no obstante que lo habitual es que sea celebrado por escrito.

e) *Nominado*. La tipicidad legal del contrato de concesión en el derecho argentino (o su carácter nominado) aparece con la sanción de la ley 26.994, que aprueba el Código Civil y Comercial.

f) *Por adhesión*. Los contratos de concesión son redactados de forma más o menos uniforme por el concedente para toda su red de comercialización y en principio no se admiten contraofertas sobre sus cláusulas sustanciales o que sin ser tales tengan significativa importancia en el desarrollo del negocio. Por ello, es común que se lo denomine como un verdadero reglamento de concesión.

El concesionario tiene plena libertad para celebrar el contrato o no hacerlo ("libertad de contratar") pero su "libertad contractual" se encuentra sensiblemente acotada, ya que no existe la posibilidad de convenir sin restricciones el contenido del contrato.

g) *De duración*. La duración es una característica esencial para que el contrato de concesión cumpla la finalidad para la cual es celebrado. El plazo debería estimarse observando, al menos, un tiempo adecuado para que puedan cumplirse los fines que las partes tuvieron en vista al celebrarlo, teniendo en cuenta la inversión, su amortización y una renta proporcional. Sin embargo, el Código da una pauta mínima objetiva y obligatoria, que es de cuatro años.

h) *"Intuitu personae"*, pues las cualidades personales de las partes son determinantes para celebrar el contrato. Aunque es habitual que se trate de sociedades, el sustrato

humano, conformado por accionistas y directores en el caso de las anónimas, o bien por los socios y gerentes, si fuese una sociedad de responsabilidad limitada, determinan ciertas características de esa persona de existencia ideal a la que de una forma u otra se vinculan. Tanto es así que es habitual que en estos contratos se incluya una cláusula que prohíbe la venta de acciones o cesión de cuotas, o la introducción de ciertas modificaciones en la conformación del directorio o de la gerencia, sin previo consentimiento de la parte concedente, erigiéndose en causa de resolución con justa causa.

Para el concedente la celebración del contrato significa un acto de cierta confianza en las aptitudes empresariales del concesionario en el ramo de productos que sean objeto de la concesión. El éxito del negocio del concesionario depende en buena medida de sus aptitudes para la comercialización de las mercaderías de las que se trate; su buen desarrollo comercial repercutirá directamente en el concedente. Además, la conducta reproachable del concesionario frente al adquirente del producto puede acarrear serios problemas al concedente, por aplicación de las normas protectorias de consumidor. Por otra parte, se encuentra en juego nada menos que el prestigio de la marca del concedente.

Por todo ello, al tiempo de celebrarse un contrato de concesión, el concedente tendrá en cuenta el conocimiento que el futuro concesionario tenga del negocio que emprenderá, su seriedad, su solvencia económica y la reputación que tengan en el mercado.

A su vez, para el concesionario, la marca y calidad del producto elaborado o importado por el concedente será una cualidad que tendrá en cuenta para celebrar el contrato.

Vale señalar que también hay quienes piensan que no estamos ante un contrato *intuitu personae*, y que la concedente se limita a exigir cierta solvencia, seriedad y buena reputación.

i) *De colaboración*, por cuanto el contrato de concesión se origina en la necesidad económica de complementación y descentralización, que se concreta en la inserción del concesionario en la red de comercialización del concedente, sin que exista subordinación jurídica. De tal modo se concreta una función de colaboración en la actividad económica del concedente.

j) *De agrupamiento*, en tanto el concedente —al organizar la comercialización a través de una red— genera una estructura de agrupamiento vertical que, pese a ello, no implica una organización común ni subordinación jurídica.

k) *Asimétrico*, pues no obstante ser un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, lo cierto es que el cúmulo de obligaciones que asume el concesionario es mayor que las asumidas por el concedente, quien por otra parte se reserva el derecho a modificar algunas que le son propias.

1116. Objeto del contrato

El objeto del contrato está dado por las prestaciones que se deben las partes. En este caso, delimitarlas presenta cierta complejidad, por lo cual antes de expresarlo es conveniente tener en cuenta algunos aspectos.

El interés del concedente es disponer de una actividad generadora de negocios sin una gran organización propia, de modo tal que no se vea obligado de forma directa por aquellos ni por las desventajas de esta última. A su vez, el concesionario busca comercializar las mercaderías de un fabricante o importador bajo el prestigio de la respectiva marca. En consecuencia, los derechos y obligaciones de las partes se determinarán en función de tales finalidades.

En la génesis del contrato está presente un intercambio modular: el concesionario pone su estructura empresarial a disposición del concedente para vender sus mercaderías y prestar los servicios que ellas requieran, por lo cual el concedente le otorga el derecho de usar la marca a tal fin. La interdependencia entre estas dos prestaciones se mantendrá en el tiempo y es la que justifica su carácter de contrato de duración, a punto tal que la pérdida o incumplimiento de cualquiera de ellas importará necesariamente la resolución del contrato.

En síntesis, se puede afirmar que el objeto del contrato está dado por el desarrollo de la actividad del concesionario, que consiste en comercializar bajo la marca del concedente los productos que éste le proveerá y brindar los servicios que ellos requieran, así como vender y en su caso instalar los repuestos que resulten necesarios.

1117. Derechos y obligaciones de las partes

Los derechos y obligaciones de las partes se encuentran enunciados, principalmente, en los artículos 1504 y 1505, sin perjuicio de lo que resulta de otras disposiciones que regulan el contrato.

1118. a) Obligación implícita

Como en todo contrato, la concesión presenta una obligación implícita para ambas partes, que es la de celebrarlo, interpretarlo, ejecutarlo y en su caso, resolverlo de buena fe (arts. 9º y 961). Pese a que se trata de un deber genérico, merece resaltarse en este caso de un modo especial, pues así lo señala el Código cuando establece que en los contratos de larga duración, carácter que como se ha visto reviste el de concesión, *las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones... considerada en relación a la duración total* (art. 1011, párr. 2º).

1119. b) La cláusula de exclusividad

En materia de concesión comercial, la exclusividad no es una nota esencial, por lo cual puede prescindirse de ella mediante pacto en tal sentido (arts. 1503, inc. a); 1504, inc. b], y 1505, inc. b]). No obstante, lo habitual es que esté prevista en algún aspecto.

i) *La multiplicidad del concepto.* La exclusividad puede estar referida: a) al territorio o zona; b) a la marca; c) a la provisión de producto. El Código se refiere de modo particular al territorio o zona de influencia (arts. 1503, inc. a); 1504, inc. b], y 1505, inc. b]) y a la adquisición del producto, y en su caso, los repuestos (art. 1505, inc. a)).

Desde el punto de vista territorial la exclusividad tiene dos facetas, una a favor del concesionario, en el sentido de que el concedente no puede autorizar otra concesión en el mismo territorio o zona; la otra consiste en que el concesionario tiene la obligación de respetar la zona que se le ha establecido para el desempeño de su actividad, por lo cual debe abstenerse de actuar fuera de ella, sea por sí o por interpósita persona (art. 1505, inc. b]). La exclusividad territorial se ve alterada en cierta forma por las modernas tecnologías aplicadas a la promoción y realización de las ventas por canales antes desconocidos, y cada vez más difundidas, como ocurre con las que se realizan por internet.

ii) *La exclusividad de mercadería. Marca.* La exclusividad importa para el concesionario la obligación de no competir en negocios del mismo ramo del concedente, al menos en el territorio o zona asignado. No obstante, es frecuente que un mismo grupo empresarial, a través de diferentes sociedades, opere con diversas marcas, aun en el mismo territorio, supuesto que no se encuentra comprendido en la restricción del artículo 1503, inciso a), segundo párrafo, pues no se trata de un caso de "interpósita persona". La práctica comercial así lo demuestra.

La exclusividad, en lo que se refiere a la adquisición del producto, no impide que el concesionario pueda *vender mercaderías del mismo ramo que le hayan sido entregadas*

en parte de pago de las que comercialice por causa de la concesión, así como financiar unas y otras y vender, exponer o promocionar otras mercaderías o servicios que se autoricen por el contrato, aunque no sean accesorios de las mercaderías objeto de la concesión ni estén destinados a ella (art. 1505, párr. final).

iii) *Excepciones a la exclusividad.* El concedente puede reservarse el derecho de realizar por sí o por medio de una sociedad del grupo económico *cierto tipo de ventas directas o modalidades especiales* (art. 1504, inc. b)), tal como ocurre con las ventas al Estado, a diplomáticos y a empresas que adquieren determinada cantidad de productos por año, entre otras.

1120. c) Provisión

Es una obligación del concedente la de *proveer al concesionario de una cantidad mínima de mercaderías que le permita atender adecuadamente las expectativas de venta en su territorio o zona, de acuerdo con las pautas de pago, de financiación y garantías previstas en el contrato* (art. 1504, inc. a)). Se trata de una prestación esencial del contrato, pues solo se puede cumplir con su objeto mediante la oportuna provisión del producto o mercadería. La inclusión de este precepto reviste importancia y ha venido a proteger al concesionario, por cuanto hasta la sanción del Código Civil y Comercial era habitual que los contratos indicasen que la concedente se "reservaba" el derecho de vender, como si fuese algo potestativo. Por su parte, el concesionario debe mantener la existencia convenida de mercadería, y si no se hubiese convenido ello, la cantidad suficiente para la continuidad de los negocios y la atención al público consumidor (art. 1505, inc. a)).

Se relaciona con esta obligación la que también se impone al concedente respecto a los objetivos de ventas, los cuales *deben ser fijados y comunicados al concesionario de acuerdo con lo convenido* (art. 1504, inc. a), *in fine*).

Otro aspecto importante, que tiende establecer un trato igualitario entre los concesionarios que integran la red de comercialización, es que la provisión comprende todas las mercaderías fabricadas o provistas por el concedente (art. 1503, inc. b)), por lo cual quedan incluidas tanto las elaboradas en el país como las que importadas, cualquiera que sea el modelo y versión, incluso los nuevos. Esta previsión obedece a que, en ciertos casos, ha ocurrido que algunas concedentes han sido selectivas sobre este aspecto restringiendo la comercialización de productos importados de alta gama a un reducido número de concesionarios y no a toda la red.

1121. d) Información y formación

Es obligación del concedente proveer al concesionario la información técnica y los manuales del producto necesarios para la capacitación de su personal y toda otra que requiera para la explotación de la concesión (art. 1504, inc. c)), el mantenimiento y reparación del producto. Por su parte, el concesionario deberá disponer todo lo que se requiera para capacitar a su personal conforme a las normas del concedente (art. 1505, inc. f)).

1122. e) Repuestos y prestación de servicios

El concedente tiene la obligación de proveer al concesionario, durante un período razonable —según expresa el Código—, los repuestos que correspondan a los productos comercializados (art. 1504, inc. d)). Este aspecto hace a la relación con el concesionario, sin perjuicio de lo cual, de modo indirecto, protege asimismo al comprador de las mercancías. El concesionario a su vez tiene el deber de prestar los servicios de preentrega y mantenimiento del producto, en tanto así se pacte (art. 1505, inc. d)). Más allá de que se trate de una cláusula facultativa, en nuestro país el contrato de concesión comercial se ha caracterizado hasta el presente por la obligación de todo

concesionario de la respectiva red, de efectuar los servicios de posventa y garantías, con independencia de que haya vendido el producto.

1123. f) Pautas de desenvolvimiento

No obstante, la autonomía que tiene el concesionario en su desempeño, debe observar las normas que establezca el concedente referidas al sistema de ventas, de publicidad y de contabilidad (art. 1505, inc. e)). Estas últimas son particularmente importantes, pues le facilitan al concedente el control sobre la actuación del concesionario. Además, pese a que el Código no lo mencione de modo expreso, es razonable admitir que el concedente puede establecer pautas de comercialización en lo atinente a cupos, paquetes de modelos, etcétera.

1124. g) La marca, enseññas comerciales, elementos distintivos y la estructura empresarial

La puesta a disposición de la estructura empresarial del concesionario, con las capacidades inherentes, es la principal prestación pretendida por el concedente, por lo cual aquel debe *disponer de los locales y demás instalaciones y equipos que resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de su actividad* (art. 1505, inc. c)).

En virtud de ello, el concedente está obligado a *permitir el uso de marcas, enseññas comerciales y demás elementos distintivos, en la medida necesaria para la explotación de la concesión y para la publicidad del concesionario dentro de su territorio o zona de influencia* (art. 1504, inc. e)).

1125. h) Subconcesionarios, agentes, intermediarios. Cesión del contrato

Salvo que se pacte en contrario, el concesionario no se encuentra facultado para "designar" un subconcesionario, una agencia, ni intermediarios para la venta (art. 1510), cualquiera que sea la figura a la que se recurra. El fundamento de esta disposición es permitir que el concedente mantenga el control respecto a quienes comercializan sus productos.

Tampoco está permitido, salvo pacto contrario, la cesión del contrato. La restricción, en este caso, es para ambas partes (art. citado).

1126. El plazo

El plazo del contrato de concesión es de suma importancia, pues se trata de un contrato de larga duración en el cual deben operar las variables: inversión, amortización y rentabilidad proporcional. Ya hemos dicho que el artículo 1011 establece que en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Y también dijimos que la norma añade que las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato considerada en relación con la duración total.

Siguiendo el concepto impuesto por la citada norma, el Código ha establecido un mínimo de cuatro años, con carácter imperativo, por cuanto, si se pacta uno menor, o si el plazo es indeterminado, se lo considerará vigente por el plazo legal (art. 1506). Por lo tanto, resulta claro que se trata de un plazo no renunciabile, ya que de lo contrario la previsión de tenerlo celebrado por el mínimo legal no tendría sentido alguno, lo que permite encuadrar el supuesto en el artículo 962, parte final.

El párrafo final del artículo citado aclara que si ha continuado la relación contractual, después de vencido el plazo convenido o fijado por la ley, y sin especificar antes el nuevo plazo, el contrato se transforma en uno de tiempo indeterminado.

1127. Supuestos de excepción del plazo

Por excepción, si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales, suficientes para su desempeño, puede pactarse un plazo no inferior a dos años (art. 1506, párr. 2º). Es una circunstancia nada frecuente, pese a lo cual la reducción del plazo resulta coherente con la menor inversión del concesionario.

1128. La "retribución" del concesionario

El término "retribución", que utiliza el Código en sus artículos 1502 y 1507 no resulta el más adecuado a la esencia del contrato de concesión, dado que el concesionario actúa en nombre propio y por riesgo propio. En verdad, se retribuye a quien hace algo por otro, tal como lo define el *Diccionario* de la Real Academia Española (*Recompensa* o *pago de algo*; *Recompensa*: acción de recompensar; *Recompensar*: remunerar un servicio). El concesionario, por la forma en que desarrolla su actividad, lucra con la diferencia entre el precio que paga por la compra del producto al concedente y aquel en que lo vende. Esa diferencia es denominada por los operadores "margen comisional", más allá de la incorrección del último término y sin perjuicio de que tampoco se trata de una comisión como la que percibe un agente.

Lo cierto es que más allá de las imprecisiones señaladas y que quien paga la "ganancia bruta" al concesionario es el comprador del producto, ese margen de lucro puede ser modificado por el concedente según circunstancias del mercado, facultad que debe ser ejercida con razonabilidad y buena fe, pues es un aspecto de suma importancia en este contrato.

Pese a lo observado en la praxis de este contrato y las consideraciones precedentes, el artículo 1507, primer párrafo, establece que la "retribución" del concesionario puede consistir en *una comisión o un margen sobre el precio de las unidades vendidas por él a terceros o adquiridas al concedente, o también en cantidades fijas u otras formas convenidas con el concedente*. Hemos de reiterar que esta previsión no responde a la esencia del contrato de concesión. Sin embargo, puede ocurrir que la concedente reconozca ciertos beneficios al concesionario tales como bonificaciones especiales las que en verdad se traducen en un mayor "margen comisional", es decir, la diferencia entre el precio de compra y el de venta.

1129. Gastos de explotación

El párrafo final del artículo 1507 dispone que *los gastos de explotación están a cargo del concesionario, excepto los necesarios para atender los servicios de pre-entrega o de garantía gratuita a la clientela, en su caso, que deben ser pagados por el concedente conforme a lo pactado*.

La disposición es la lógica consecuencia del carácter independiente del concesionario, quien actúa por riesgo propio. Por el contrario, es a cargo del concedente todo lo vinculado con los servicios necesarios para realizar la entrega del producto al comprador, aunque en la práctica el gasto inicial lo afronte el concesionario y luego lo facture a aquella, lo cual suele incluirse en una cuenta de gestión, la cual no debe ser confundida —como ocurre con frecuencia— con la cuenta corriente, que hemos estudiado en el capítulo XXXIII.

1130. La extinción del contrato

En lo que se refiere a la extinción del contrato de concesión, el Código establece la aplicación de las normas del contrato de agencia (art. 1509), por lo cual remitimos a las consideraciones efectuadas en los números 1108 y siguientes.

Además de lo que establecen los artículos 1492, 1493 y 1494, el concedente tiene la obligación de *readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido conforme con las obligaciones pactadas en el contrato y que tenga en existencia al fin del período de preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago* (art. 1508, inc. b)).

II — CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

1131. Concepto

El Código no brinda una definición del contrato de distribución, por lo cual corresponde determinar su concepto conforme lo entiende la doctrina y la jurisprudencia.

Ante todo es necesario tener presente la distinción entre la distribución comercial como actividad económica en general y el contrato específico de distribución, el cual constituye una modalidad de los contratos de comercialización.

Teniendo en cuenta la aclaración precedente, se puede afirmar que hay contrato de distribución cuando una parte llamada distribuidor se obliga a comercializar los productos que la otra parte, denominada distribuido, se obliga a proveerle, realizando su actividad en nombre y riesgo propios, bajo un esquema de vinculación estable y de cooperación.

Es un contrato en el que existe un vínculo de colaboración, pero sin subordinación jurídica. La subordinación técnica y económica no puede ser determinada en abstracto, dependiendo de diversas variables de cada contratación, pudiendo mencionarse en tal sentido la clase de producto comercializado, la existencia o no de exclusividad, entre otras.

Por lo general, la actividad del distribuidor no comprende obligaciones de posventa del producto.

1132. Normas aplicables

Al contrato de distribución se le aplican las normas del contrato de concesión en cuanto sean pertinentes (art. 1511, inc. b)]. Esta pertinencia debe ser analizada en cada caso conforme a sus circunstancias porque, además, los productos que son objetos de la distribución son muy variados (v.gr., alimentos, combustibles, lubricantes, agroquímicos, etc.).

El citado artículo 1511, inciso b), altera el orden de prelación normativa establecido por el artículo 970, ya que en defecto de la voluntad de las partes (inc. a)] deberán aplicarse en primer lugar las normas pertinentes del contrato de concesión; solo en subsidio las indicadas por los incisos b) —normas generales sobre contratos y obligaciones—, y c) —los usos y prácticas del lugar de celebración—. Lo dispuesto por el artículo 1511, inciso b), es una aplicación específica, por remisión legal, de lo establecido en el artículo 970, inciso d).

1133. Autonomía del distribuidor

El distribuidor desarrolla su actividad con autonomía respecto del distribuido, puesto que se trata de un comerciante que no tiene subordinación jurídica respecto de éste y tampoco económica; además, actúa en nombre y por cuenta —o riesgo— propios, por lo cual el distribuido no queda obligado ante el adquirente del producto, sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven por aplicación de la ley de defensa del consumidor (art. 40, ley 24.240).

1134. Caracteres

La distribución es un contrato:

a) *Bilateral*, por cuanto resultan obligaciones para ambas partes.

b) *Oneroso*, en tanto el distribuido vende los productos al distribuidor quien a su vez los revende, ya sea a otros distribuidores —si fuese mayorista— o a los consumidores. Esta reventa se encuentra autorizada, por lo general, para una zona determinada en el contrato.

c) *Conmutativo*, toda vez que las obligaciones de cada una de las partes resultan ciertas y determinables desde un inicio.

d) *No formal*, pues siguiendo en este aspecto al contrato de concesión, no está sujeto a ninguna forma.

e) *Innominado*. Es un contrato que tiene una denominación reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, aunque no en el sentido previsto por el artículo 970. El artículo 1511, inciso b), lo menciona de modo expreso, pero no ha sido tipificado de modo particular, sino por remisión a las normas sobre el contrato de concesión, en cuanto "sean pertinentes". No obstante, hay autores que lo consideran nominado en atención a que el Código remite, en cuanto a su regulación, al contrato de concesión. En este caso la diferencia de criterio doctrinal no parece tener mayor relevancia.

f) *Por adhesión*. Cuando el contrato se formaliza por escrito, es redactado de forma más o menos uniforme por el distribuido para toda su red de comercialización y en principio no se admiten contraofertas sobre sus cláusulas sustanciales o que sin ser tales tengan significativa importancia en el desarrollo del negocio.

El distribuidor tiene plena libertad para celebrar el contrato o no hacerlo ("libertad de contratar"), pero su "libertad contractual" se encuentra sensiblemente acotada, ya que no existe la posibilidad de convenir sin restricciones el contenido del contrato.

g) *De duración*, por cuanto es un contrato destinado a mantener la vinculación en el tiempo, en vistas a que se pueda cumplir la finalidad para la cual fue celebrado. Al respecto vale, en principio, lo dicho al analizar el contrato de concesión, aunque las inversiones del distribuidor suelen ser significativamente menores a las de un concesionario.

h) *"Intuitu personae"*, en tanto las cualidades personales de las partes son determinantes para celebrar el contrato por similares consideraciones efectuadas al tratar el contrato de concesión.

i) *De colaboración*. El contrato de distribución se origina en la necesidad económica de complementación y descentralización, que se concreta en la inserción del distribuidor en la red de comercialización del distribuido, sin que exista subordinación jurídica, todo ello para colaborar en la actividad económica del primero.

j) *De agrupamiento*, por cuanto el distribuido —al organizar la comercialización a través de una red— genera una estructura de agrupamiento vertical que, pese a ello, no implica una organización común ni subordinación jurídica.

1135. Objeto del contrato

El objeto del contrato está dado por las prestaciones que se deben las partes. En consecuencia, se puede afirmar que, en el caso de la distribución, se configura por la obligación que asume el distribuidor de realizar la comercialización de los productos del distribuido y que éste se obliga a proveer, todo ello en un vínculo estable de colaboración.

1136. Extinción del contrato

La extinción del vínculo contractual tendrá lugar por las mismas causales previstas para el de agencia, pues si bien resultarían las propias del contrato de concesión, el Código remite a su vez a aquellas (arts. 1511, inc. b)). Por tal motivo, son aplicables los artículos 1492, 1493, 1494, 1508 y 1509 (nos remitimos a los nros. 1108 a 1110).

CAPÍTULO XXXVII - FRANQUICIA

1137. Concepto

El artículo 1512, primer párrafo, dispone que *Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.*

Luego, en los párrafos siguientes, la norma formula precisiones que delimitan los alcances de los términos contemplados en el párrafo primero.

En tal sentido determina que *el franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato (párr. 2º).*

Y añade que *el franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado (párr. 3º).*

La finalidad de la franquicia es multiplicar un negocio probadamente exitoso de modo que el franquiciado pueda vender o prestar un servicio tal como lo ha hecho el franquiciante.

El concepto de "sistema probado" está relacionado con una idea de comercialización de un producto mediante una forma que ha superado con éxito la prueba de aceptación por el público consumidor.

En la franquicia se aprecia una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado en la cual el primero ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del segundo en aspectos tales como el *know-how* y la asistencia técnica; el franquiciado opera bajo un nombre comercial conocido, un método o un procedimiento que pertenece o que es controlado por el franquiciante, y en el cual el franquiciado ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos.

El término franquicia comprende diversas especies. Así podemos mencionar la *franquicia de producción* (el franquiciante produce y sólo franquicia para la comercialización); *franquicia industrial*, cuando siendo ambas partes industriales, el franquiciante cede al franquiciado sólo una parte del *know-how* y se reserva otra; *franquicia de servicios*, en la cual el objeto franquiciado es un servicio brindado bajo pautas técnicas y comerciales dadas por el franquiciante; *franquicia de distribución*, en la que el franquiciante distribuye sus productos a través de franquiciados. A su vez podemos diferenciar la *franquicia individual* de la *master franquicia*; en la primera se limita a un establecimiento, en tanto en la segunda el franquiciado puede sub-franquiciar.

1138. Caracteres

La franquicia es un contrato:

a) *Nominado*, a partir de la vigencia de la [ley 26.994](#), que aprobó el Código Civil y Comercial; sin embargo, desde antes, se le reconocía su tipicidad social.

b) *Bilateral*, por cuanto genera obligaciones para franquiciante y franquiciado, cuyo detalle efectuamos al considerarlas en particular.

c) *Oneroso*, en tanto ambas partes obtienen una prestación a su favor.

d) *Conmutativo*, pues desde su celebración cada parte sabe las ventajas que le reporta. Para el franquiciante, es contar con la estructura empresarial que aportará el franquiciado y las ventas que ello generará, para este último, disponer de una metodología de comercialización exitosa.

e) *De duración*. Es que el tiempo constituye un requisito esencial para que produzca los efectos que las partes han tenido en vistas al celebrarlo, pues solo mediante un vínculo estable puede atenderse la relación que existe entre inversión, amortización y renta proporcional.

f) *Por adhesión*, ya que las cláusulas son predispuestas por el franquiciante, sin que el franquiciado tenga mayor margen para negociarlas.

g) *"Intuitu personae"*, pues se tienen en cuenta las condiciones personales de las partes; el franquiciante aprecia las capacidades del franquiciado para llevar adelante el negocio, en tanto este último apreció las bondades del producto y la metodología utilizados por el primero.

h) *De colaboración*, toda vez que cada una de las partes colabora al mejor desenvolvimiento de los negocios de la otra. El franquiciante, brindando sus conocimientos y experiencia; el franquiciado, replicando el negocio de su contraparte con ventaja económica para esta. En otras palabras, el franquiciante expande sus negocios sin asumir el riesgo de nuevas inversiones, en tanto el franquiciado aprovecha la ventaja de comercializar una marca conocida y un método probadamente exitoso.

i) *Que no afecta la competencia*. El contrato de franquicia, por sí mismo, no debe ser considerado un pacto que limite, restrinja o distorsione la competencia, de acuerdo con lo previsto de modo expreso por el artículo 1523. Esta disposición ha sido fundamentada en que la franquicia es en la Argentina un negocio que beneficia a los pequeños inversores y no se han verificado estas situaciones.

1139. La autonomía de las partes

El franquiciante y el franquiciado mantienen su autonomía en el sentido que no media entre ellos dependencia jurídica alguna.

Otra cuestión diversa se aprecia desde el punto de vista técnico. En este aspecto, por definición, estará presente la dependencia, que se traduce en la asistencia y el entrenamiento que el franquiciante debe brindar al franquiciado; también se desataca la facultad de control que ejerce sobre este último.

En virtud de la autonomía, el franquiciado actúa en nombre y por cuenta propias, sin perjuicio de que utilice la marca, emblemas y demás elementos que identifican al franquiciante.

La autonomía se ve reflejada, asimismo, por algo ya dicho: *El franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado* (art. 1512, párr. 3º).

1140. Condiciones requeridas al franquiciante

El franquiciante *debe ser el titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato* (art. 1512, párr. 2º).

Es evidente que si el franquiciante no tuviese los derechos considerados en la norma transcrita, mal podría conferirle al franquiciado la posibilidad de ejercerlos y lo pondría a su uso ilícito de la marca y el *know-how*.

1141. Terminología

El artículo 1513 define diversos términos atinentes al contrato de franquicia que es necesario tener en cuenta para comprenderlo.

En primer lugar, diferencia clases de franquicia, comprendiendo la mayorista y de desarrollo; asimismo, establece qué debe entenderse por sistema de negocios.

La *franquicia mayorista* es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional o regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiciados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas.

Como se aprecia, en esta franquicia, el franquiciado tiene derecho a ejercerla en todo un territorio, ya sea regional o nacional, con la potestad de nombrar subfranquiciados, multiplicando el negocio.

La *franquicia de desarrollo* es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a cinco años, y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que éste tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante.

Como se aprecia, la franquicia de desarrollo también está prevista para ejercerse dentro de todo un ámbito regional o nacional. Sin embargo, a diferencia de la mayorista, aquí el franquiciado —quien desarrolla la actividad a través de múltiples locales o negocios— no puede ceder su posición como tal ni subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante. Además, se establece un plazo mínimo de vigencia de cinco años.

El *sistema de negocios* es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. Es secreto cuando en su conjunto o la configuración de sus componentes no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Es sustancial cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios y permite al franquiciado prestar sus servicios o vender los productos conforme con el sistema de negocios. Es transmisible cuando su descripción es suficiente para permitir al franquiciado desarrollar su negocio de conformidad con las pautas creadas o desarrolladas por el franquiciante.

1142. Obligaciones del franquiciante

El artículo 1514 establece las obligaciones que pesan sobre el franquiciante. Veámoslas:

a) *Proporcionar, con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero.* La finalidad de esta previsión es que el franquiciado disponga de los elementos necesarios para decidir si emprende el negocio que ofrece el franquiciante.

b) *Comunicar al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos, aun cuando no estén patentados, derivados de la experiencia del franquiciante y comprobados por éste como aptos para producir los efectos del sistema franquiciado.* Se trata del *know-how* del franquiciante, debiendo entenderse por tal, al conjunto de conocimientos prácticos, aunque no se encuentren patentados, que resulten de la experiencia

comprobable del franquiciante. Estos conocimientos deben ser secretos, sustanciales, identificados y reproducibles.

c) *Entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato.* Es una concreción del deber de colaboración que deben cumplir las partes, en este caso el franquiciante, en orden a que el franquiciado alcance el éxito esperable. Comprende los diversos aspectos del negocio, desde la presentación de los locales, del producto y sus características, el desempeño del personal, publicidad, *marketing* y todo aquello atinente a la relación con el consumidor.

d) *Proveer asistencia técnica para la mejor operatividad de la franquicia durante la vigencia del contrato.* Es una obligación que complementa la entrega del manual operativo; comprende la enseñanza completa del sistema y de su funcionamiento.

e) *Si la franquicia comprende la provisión de bienes o servicios a cargo del franquiciante o de terceros designados por él, asegurar esa provisión en cantidades adecuadas y a precios razonables, según usos y costumbres comerciales locales o internacionales.* Es otra manifestación del deber de colaboración permanente, y comprende —según los casos— los insumos para la fabricación, o bien, los productos terminados.

f) *Defender y proteger el uso por el franquiciado, en las condiciones del contrato, de los derechos referidos en el artículo 1512,* sin perjuicio de que i) en las franquicias internacionales esa defensa está contractualmente a cargo del franquiciado, a cuyo efecto debe ser especialmente apoderado, más allá de la obligación del franquiciante de poner a disposición del franquiciado, en tiempo propio, la documentación y demás elementos necesarios para ese cometido, y ii) en cualquier caso, el franquiciado está facultado para intervenir como interesado coadyuvante, en defensa de tales derechos, en las instancias administrativas o judiciales correspondientes, por las vías admitidas por la ley procesal y en la medida en que esta lo permita.

Esta disposición aparece justificada desde que el uso de la marca del franquiciante por el franquiciado constituye un elemento esencial del contrato.

Las obligaciones detalladas en el estudiado artículo 1514 para el franquiciante, al igual que las establecidas por el artículo 1515 para el franquiciado, constituyen una pauta mínima, sin perjuicio de otras adicionales que las partes puedan acordar.

1143. Obligaciones del franquiciado

El artículo 1515 impone al franquiciado diversas obligaciones. Ellas son:

a) *Desarrollar efectivamente la actividad comprendida en la franquicia, cumplir las especificaciones del manual de operaciones y las que el franquiciante le comunique en cumplimiento de su deber de asistencia técnica.* Es lógico que se exija al franquiciado que realice la efectiva explotación de la franquicia, pues el franquiciante pone en ella su expectativa de lucro, mediante la colaboración que en ese sentido aquel debe prestar.

b) *Proporcionar las informaciones que razonablemente requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo de la actividad y facilitar las inspecciones que se hayan pactado o que sean adecuadas al objeto de la franquicia.* La información que el franquiciado debe aportar comprende todos los datos relevantes del negocio objeto de la franquicia, facilitando el derecho de control que tiene el franquiciante.

c) *Abstenerse de actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia que integra o de los derechos mencionados en el artículo 1512, segundo párrafo, y cooperar, en su caso, en la protección de esos derechos.*

d) *Mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa confidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, a las que deban comunicarse para el desarrollo de las*

actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato. La protección que se persigue es de los derechos del franquiciante respecto del objeto de la franquicia, por lo cual el franquiciado debe disponer lo necesario para que no se encuentre al alcance de terceros toda aquella información que haya recibido con motivo de la franquicia y que no esté destinada a ser exhibida al público.

e) *Cumplir con las contraprestaciones comprometidas, entre las que pueden pactarse contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas a la franquicia.* La forma en la cual se retribuirá al franquiciante es variable y debe establecerse en el contrato. Por lo general se acuerda un pago al momento de la contratación y luego sumas durante su vigencia, a modo de un canon periódico, en función de la rentabilidad del negocio del franquiciado.

1144. Plazo

En cuanto al plazo, el Código remite a lo establecido en el artículo 1506, primer párrafo, para el contrato de concesión (art. 1516). Sin perjuicio de que lo atinente al plazo en el referido contrato ha sido analizado antes (nros. 1126 y ss.), la cuestión merece algunas consideraciones en orden a armonizar lo dispuesto por los artículos citados.

Recordamos que el artículo 1506, primer párrafo, dispone: *El plazo del contrato de concesión no puede ser inferior a cuatro años. Pactado un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por cuatro años.* A su vez, el artículo 1516 establece que es aplicable el artículo 1506, primer párrafo. Empero, añade: *Sin embargo, un plazo inferior puede ser pactado si se corresponde con situaciones especiales como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares. Al vencimiento del plazo, el contrato se entiende prorrogado tácitamente por plazos sucesivos de un año, excepto expresa denuncia de una de las partes antes de cada vencimiento con treinta días de antelación. A la segunda renovación, se transforma en contrato por tiempo indeterminado.*

La interpretación armónica de las normas aplicables (arts. 1516 y 1506) nos lleva a concluir que

a) El plazo mínimo del contrato de franquicia es de cuatro años.

b) Si el plazo convenido es menor se entiende celebrado por cuatro años.

c) Si no media denuncia de cualquiera de las partes notificada con treinta días de anticipación al vencimiento del plazo (cuatro años), éste se considera prorrogado por un año y luego por otro año más.

d) Si antes del vencimiento del segundo año no es denunciado de la misma forma, el plazo se convierte en (incierto) indeterminado.

e) Se admite un plazo menor a cuatro años si se corresponde con situaciones especiales como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares.

La franquicia es un contrato de duración, por la ya mencionada exigencia de la relación entre inversión, amortización y lucro proporcional. Valen a su respecto las consideraciones formuladas con respecto a los contratos de agencia y concesión (véanse nros. 1107, 1126 y 1127).

1145. Exclusividad

De acuerdo con lo normado por el artículo 1517: *Las franquicias son exclusivas para ambas partes. El franquiciante no puede autorizar otra unidad de franquicia en el mismo territorio, excepto con el consentimiento del franquiciado. El franquiciado debe desempeñarse en los locales indicados, dentro del territorio concedido o, en su defecto,*

en su zona de influencia, y no puede operar por sí o por interpósita persona unidades de franquicia o actividades que sean competitivas. Las partes pueden limitar o excluir la exclusividad.

Tal como lo hemos considerado al analizar la exclusividad en los contratos de agencia y concesión, se trata de un aspecto renunciable y por lo tanto, no esencial, aunque sea habitual. Lógica consecuencia es que, si franquiciante y franquiciado nada hubieran previsto sobre el tema, debería considerarse que media exclusividad, pues en la medida que el Código autoriza a prescindir de algo, parece lógico concluir que esa característica la entiende implícita, salvo pacto en contrario.

La exclusividad se contempla para ambas partes. En lo que hace al franquiciante, implica que no podrá autorizar otra franquicia en el territorio asignado al franquiciado sin que medie su consentimiento; este último tampoco podrá operar fuera de los límites establecidos.

La exclusividad para el franquiciado comprende los locales autorizados, dentro del territorio concedido o, en su defecto, en su zona de influencia. La prohibición de operar fuera de dichos ámbitos alcanza no solo la actividad que lleve a cabo por sí mismo, sino que, además, tampoco podrá hacerlo por interpósita persona. Del mismo modo tiene vedado realizar, en los citados ámbitos, actividades en competencia con el franquiciante.

1146. Restricciones

El Código enumera algunas restricciones en cuanto a los alcances del contrato de franquicia. En efecto, el artículo 1518 —luego de dejar a salvo que las partes convengan en contrario— dispone:

a) El franquiciado no puede ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato mientras está vigente, excepto los de contenido dinerario. Esta disposición no se aplica en los contratos de franquicia mayorista destinados a que el franquiciado otorgue a su vez subfranquicias, a esos efectos. En tales supuestos, debe contar con la autorización previa del franquiciante para otorgar subfranquicias en las condiciones que pacten entre el franquiciante y el franquiciado principal. Esta restricción es consecuencia del carácter *intuitu personae*, por lo cual al franquiciante no le resulta indiferente quién es el franquiciado. Esta restricción no opera en los supuestos de franquicias mayoristas, dado el objeto que ellas tienen según lo analizado más arriba.

b) El franquiciante no puede comercializar directamente con los terceros, mercaderías o servicios comprendidos en la franquicia dentro del territorio o zona de influencia del franquiciado. Esta restricción se origina en la exclusividad que rige entre las partes.

c) El derecho a la clientela corresponde al franquiciante. El franquiciado no puede mudar la ubicación de sus locales de atención o fabricación.

En el aspecto referido a la clientela, el criterio legal se sustenta en que la clientela se genera por la presencia, calidad y prestigio de la marca del franquiciante, que constituye el elemento conocido por el consumidor.

Respecto de la imposibilidad que tiene el franquiciado para mudar la ubicación de sus locales de atención o fabricación, debe tenerse presente que su determinación es una facultad del franquiciante, quien es el verdadero conocedor del negocio y el cual, según su localización, podría verse afectado.

1147. Cláusulas nulas

El artículo 1519 establece la invalidez de ciertas cláusulas en cuanto significan restricciones a los derechos del franquiciado. Así, establece que no son válidas las cláusulas que prohíban al franquiciado:

a) Cuestionar justificadamente los derechos del franquiciante mencionado en el artículo 1512, segundo párrafo, es decir, los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión.

b) Adquirir mercaderías comprendidas en la franquicia de otros franquiciados dentro del país, siempre que estos respondan a las calidades y características contractuales.

c) Reunirse o establecer vínculos no económicos con otros franquiciados, con lo cual se tiende a garantizar los derechos de libertad y propiedad. Ello en tanto no implique una actuación en competencia con el franquiciante o una violación del deber de secreto que debe observar el franquiciado.

1148. Responsabilidad

En cuanto a las responsabilidades que se derivan de la actuación de las partes, el artículo 1520 dispone que se trata de personas independientes y no mantienen una relación laboral. Por ello, el franquiciado debe indicar claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales; esta obligación no debe interferir en la identidad común de la red franquiciada, en particular en sus nombres o rótulos comunes y en la presentación uniforme de sus locales, mercaderías o medios de transporte (art. cit., párr. final).

La independencia señalada determina algunas consecuencias que es necesario tener en cuenta, ya que son expresamente contempladas por el Código.

a) El franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario (art. 1520, inc. a)]. Esta disposición es de gran trascendencia, por cuanto refuerza la autonomía de las partes y en particular se complementa con lo dispuesto en el inciso b) del mismo artículo, que constituye una aplicación del mismo criterio, pero en relación específica a las cuestiones laborales.

b) Los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral (art. 1520, inc. b)].

La relevancia de esta previsión es significativa, por cuanto disipa incertidumbres en cuanto a las responsabilidades del franquiciante en materia laboral, con relación a los dependientes del franquiciado y a las obligaciones laborales que de ella se derivasen.

La cuestión es muy importante si se tiene en cuenta que el artículo 30 de la ley 20.744 (de Contrato de Trabajo) establece que "Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos

o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social".

Se advierte que el artículo 1520, inciso b), desliga al franquiciante del riesgo de tener que afrontar deudas laborales o previsionales del franquiciado, en tanto no se acredite la existencia de un fraude laboral.

La previsión se fundamenta en que el franquiciante no cede la explotación del negocio sino su *know-how* y el uso de la marca, nombre y demás elementos que hacen a la comercialización del producto o servicio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se había expedido en los autos "Rodríguez, Juan Ramón c. Compañía Embotelladora Argentina SA y otro", el día 15 de abril de 1993 (J.. 1993-II-718) en cuanto que el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo no resulta aplicable en los casos de contrato de distribución, concesión, franquicia y otros en los cuales la actividad normal del fabricante excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, término que alcanza también al franquiciante. En la misma línea también falló en las causas "Sandoval, Daniel O. c. Compañía Embotelladora Argentina", el 18 de julio de 1995 (JA 1995-IV-97) y "Luna c. Agencia Marítima Rigel y otros", el día 2 de julio de 1993 (DJ 1994-1-758).

c) *El franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia*, lo cual es consecuencia de que este último actúa por riesgo propio, sin garantizar el éxito de la explotación (art. 1520, inc. c)).

1149. Responsabilidad ante el franquiciado por defectos en el sistema

El artículo 1521 prescribe que el franquiciante responde por los defectos de diseño del sistema, que causan daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo del franquiciado. La normativa se sustenta en que los vicios o defectos del sistema corresponde que sean atribuidos a su autor.

1150. Responsabilidad por daños a los consumidores

En lo que se refiere a daños que se puedan ocasionar a los consumidores, será de aplicación lo establecido por el artículo 40 de la [ley 24.240](#), por el cual si el daño resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio, responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. Esta responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan y solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. La razonabilidad de la disposición radica, además del deber de seguridad que impone el artículo 5º de la citada ley al proveedor, en que el consumidor es atraído al local o al negocio del franquiciado en virtud de la identificación que existe con el franquiciante.

1151. Extinción del contrato

De acuerdo con lo previsto por el artículo 1522, el contrato de franquicia se extingue por las siguientes causales:

a) Muerte o incapacidad de cualquiera de las partes, por cuanto se trata de un contrato *intuitu personae* (art. 1522, inc. a)).

b) Si el plazo contractual es menor de tres años, justificado por razones especiales según el artículo 1516, concluye de pleno derecho a su vencimiento (art. 1522, inc. c)).

c) Cualquiera que sea el plazo de vigencia, por voluntad de la parte que desea concluirlo a su expiración, sea el original o el de sus prórrogas, debe preavisar a la otra con una anticipación no menor de un mes por cada año de duración, hasta un máximo de seis meses, contados desde su inicio hasta el vencimiento del plazo pertinente. En los contratos por tiempo (incierto) indeterminado, el preaviso debe darse de manera que la resolución se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año desde su

concertación. En ningún caso se requiere invocación de justa causa. La falta de preaviso hace aplicable el artículo 1493, el cual regula la indemnización que lo sustituirá (art. 1522, inc. d)). Todo lo atinente al preaviso los hemos analizado antes, al desarrollar el contrato de agencia (nro. 1110).

El Código prohíbe la resolución (rescisión unilateral) sin que medie una justa causa dentro del plazo de su vigencia (art. 1522, inc. b)), resultando de aplicación lo previsto por los artículos 1084 y siguientes, es decir, debe mediar un incumplimiento esencial en atención a la finalidad del contrato, lo cual ha sido analizado antes (nros. 240 y 241, 324 a 327).

Por último, la cláusula que impida la competencia del franquiciado con la comercialización de productos o servicios propios o de terceros después de extinguido el contrato por cualquier causa, es válida hasta el plazo máximo de un año y dentro de un territorio razonable habida cuenta de las circunstancias del caso.

1152. Alcances de la regulación legal

Las disposiciones que regulan el contrato de franquicia se aplican, en cuanto sean compatibles, a las franquicias industriales y a las relaciones entre franquiciante y franquiciado principal y entre éste y cada uno de sus subfranquiados (art. 1524).

En lo que se refiere al primer aspecto, la franquicia industrial tiene por objeto otorgar al franquiciado el derecho de utilizar un sistema probado para fabricar y comercializar determinados productos, bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien le provee el conjunto de conocimientos técnicos y prestación continua de asistencia técnica y comercial necesarias a tal efecto. El franquiciante, además, puede reservar parte del conocimiento, como suele ocurrir con la fórmula del producto base que provee al franquiciado para elaborar el producto final.

En cuanto a las subfranquicias, se regirán tanto en lo que hace a las relaciones entre el franquiciante y el franquiciado principal, como entre éste y cada uno de sus subfranquiados, por las mismas normas que se establecen para el vínculo franquiciante-franquiciado.

CAPÍTULO XXXVIII - MUTUO

1153. Antecedentes

El Código Civil de Vélez Sarsfield, siguiendo una larga tradición jurídica reguló — distinguiéndolos— dos tipos de préstamos: el *mutuo* o préstamo de consumo y el *comodato* o préstamo de uso, distinción justificada porque en uno el prestamista o mutuante entrega la cosa en propiedad al cocontratante mutuuario y en el otro se entrega solamente la tenencia, conservando el prestamista comodante, el derecho de dominio. La diferencia está en la naturaleza de la cosa que se presta, esquema que ha mantenido el Código Civil y Comercial, resaltando la diferencia entre el mutuo que tiene por objeto cosas fungibles (art. 1525) y el comodato que lo tiene solo sobre cosas no fungibles (art. 1533), lo que impuso necesariamente una distinta regulación legal.

El mutuo fue entendido siempre en el Código Civil de Vélez (art. 2242) como un contrato *real*, o sea que solo se perfeccionaba con la entrega de la cosa, pero si el mutuo era comercial, muchos autores afirmaban que el contrato era consensual, pues se perfeccionaba con el mero consentimiento de las partes, ya que el artículo 559 del

derogado Código de Comercio establecía que si nada se ha estipulado acerca del plazo y lugar en que deba hacerse la entrega, debe verificarse luego que la reclame el mutuante, pasados diez días de la celebración del contrato y en el domicilio del deudor.

En función de esa norma mercantil, se superaba el artículo 2244 del Código Civil de Vélez que parecía limitar la promesa de mutuo oneroso incumplida, a la indemnización de daños, pero no habilitaba el reclamo de su cumplimiento, como surgía posible a la luz de lo determinado por ese artículo 559 del Código de Comercio.

El Código Civil y Comercial en tal sentido ha obviado el problema regulando al mutuo como consensual, siguiendo la práctica usual de la negociación empresaria que había admitido el cumplimiento forzoso de la "promesa de mutuo", y la usual operatoria que representaban los "convenios de asistencia financiera", que impedían en los hechos por esa propia operatoria, que se configuraran como contratos reales o que solo se perfeccionaran con la entrega de la cosa.

1154. Concepto

Ha dispuesto el artículo 1525 que *hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.*

El Código Civil de Vélez —a diferencia de la norma transcrita— disponía (art. 2241) que la cosa a entregar debía ser consumible o fungible aunque no fuera consumible (las consumibles se extinguen con su solo uso y las fungibles pueden sustituirse unas por otras). Entendemos que la norma respecto solo de cosas fungibles es adecuada, pues lo importante y definitorio, a nuestro criterio, es que la devolución lo sea en cantidad, calidad y especie igual a la entregada.

No hay una identidad necesaria entre las cosas consumibles y las fungibles, aun cuando tengan un paralelismo casi constante, pues puede ocurrir esa inequivalencia con los ejemplares de la misma edición de un libro, que no son consumibles pero sí son fungibles si están intactos, sin anotaciones, dedicatorias, etc.; o con un vino de cosecha muy vieja y prácticamente inhallable, que es consumible, pero no será fungible. Es que el que presta solo pretende que se le restituya otra cosa en la misma cantidad y de la misma especie y calidad. Se desprende así que la cosa entregada pasa a la propiedad del mutuario, tenga o no conciencia de ello, de allí la necesidad de devolver igual cantidad en igual calidad y especie. Consecuencia de esa transmisión del dominio es que el mutuario cargará con los riesgos de la cosa, y su obligación de devolver igual cantidad de cosas equivalentes se mantendrá aunque las recibidas por él se hayan deteriorado o perdido por fuerza mayor.

A *contrario* de la definición del artículo 1525, si en el contrato se estipula la devolución de cosas distintas, ya no podrá considerarse que estemos ante un mutuo, aunque así lo llamen las partes, sino permuta o compraventa, pero el compromiso de devolver una cantidad mayor o menor que la recibida no va a desnaturalizar al contrato de mutuo.

1155. Caracteres

El contrato de mutuo tiene los siguientes caracteres:

Se trata de un contrato *consensual*, pues —a diferencia de cómo lo regulara el Código Civil de Vélez (art. 2242)— se perfecciona como tal por el solo consentimiento de los intervinientes.

También se trata de un contrato *bilateral*, pues por definición (art. 1525) las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra, una comprometiéndose a entregar determinada cantidad de cosas fungibles y la otra a reintegrar igual cantidad de cosas de igual especie y calidad.

Se trata de un contrato, por regla, *oneroso*, pues así lo indica la ley (art. 1527), en razón de que las ventajas que le procura a una de las partes le son concedidas en función de una prestación que la otra ha hecho o se obliga a hacer. Sin embargo, la norma citada admite que sea gratuito si así lo hubieran convenido los contratantes.

Se trata finalmente de un contrato *nominado*, pues se encuentra específicamente regulado por la ley (arts. 1525 y ss.).

1156. Comparación con otros contratos

A los efectos de tener una mejor visión del contrato, veamos qué diferencias se notan con otros contratos regulados en el Código Civil y Comercial.

La diferencia con el *comodato* reside en esencia en la naturaleza de la cosa prestada: en el mutuo la cosa es necesariamente fungible (art. 1525); en el comodato debe ser no fungible (art. 1533). De esta diferencia surge como consecuencia que en el mutuo hay transferencia de la propiedad de la cosa, en el comodato no. A la vez, los riesgos de la cosa, dado que se hallan en cabeza del propietario, recaen en el mutuo en el que recibió el préstamo y en el comodato en el que lo hizo. El comodato es gratuito (art. 1533), el mutuo es por regla oneroso (art. 1527).

La diferencia con la *locación* se advierte en la cosa objeto del contrato. Si bien ambos contratos tienden a aproximarse, porque se presentan como compromiso de entregar una cosa con facultad de usarla, a cambio de un precio en dinero que por lo general se paga periódicamente; la diferencia esencial reside en la naturaleza de la cosa sobre la cual recae el contrato: las cosas fungibles en principio no pueden ser dadas en locación, en tanto que el mutuo solo puede recaer sobre ellas. De donde se sigue que el prestamista transfiere la propiedad de la cosa, en tanto que el locador la conserva, por lo cual y como consecuencia de ello los riesgos de la cosa originados en un acontecimiento de fuerza mayor son sufridos por el mutuuario, mientras que en la locación pesan sobre el locador.

La diferencia de este contrato con los *contratos societarios* merece ser precisada también. Si bien la posibilidad de confusión entre ambos es difícil, ella se presenta cuando una persona facilita dinero a otra con destino a un negocio asociativo. El elemento distintivo y que permite advertir la diferencia es el siguiente: si el que entrega el dinero no participa de las pérdidas y se le asegura el reintegro de su capital contra todo evento, hay préstamo y no sociedad. No obstante, volveremos sobre el tema al tratar la disposición del artículo 1531.

Finalmente, es necesario diferenciar el mutuo del contrato de *compraventa* con pacto de retroventa, cuestión que hemos tratado en los números 453 y siguientes.

1157. Promesa de mutuo

Con anterioridad al Código Civil y Comercial, la promesa de un préstamo gratuito no daba acción alguna contra el promitente (art. 2244, Cód. Civil vlezano), lo que se veía razonable atento a que se trataba solo de la promesa de una liberalidad. En cuanto a la promesa onerosa no cumplida, ella no daba acción al mutuuario a reclamar el cumplimiento del contrato, sino solamente a demandar los daños.

La doctrina moderna, sin embargo, se inclinaba a reconocer a la promesa de mutuo todos los efectos propios de los contratos y particularmente, como expresara Daniel VÍTOLO (*Contratos comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, ps. 539 y ss.), el de reclamar su cumplimiento.

Dado que en el Código Civil y Comercial el mutuo se ha convertido en un contrato consensual, no podemos hablar de promesa de mutuo como ocurría en vigencia del Código Civil y del Código de Comercio, pues hoy ella se confunde con el contrato mismo que genera la obligación de entregar la cosa comprometida, conforme surge del artículo 1525 y su extensión en el artículo 1526.

No obstante, nada impide que la promesa de mutuo se instrumente a través de la promesa de celebrar un contrato, conforme regula el artículo 995, en cuyo caso el futuro contrato prometido debe contener todos los elementos esenciales que identifiquen el mutuo, acuerdo al cual le serán aplicables las normas de las obligaciones de hacer (arts. 773 al 778) y dicha promesa no podrá tener validez por más de un año (art. 994).

1158. Forma y prueba

El mutuo no requiere formalidad alguna. Dado que las normas particulares de este contrato no indican ninguna forma específica en la celebración del acuerdo, podrá ser contratado incluso verbalmente.

Regirán, entonces, las disposiciones generales de los artículos 1015 y siguientes, que imponen el principio de *libertad de forma*, siendo también de aplicación con dicha pauta, lo que podemos llamar el "paralelismo de las formas". En tal sentido, es que el artículo 1016 impone que la formalidad con la que se celebrara el contrato rige también para las modificaciones ulteriores que puedan introducirse, salvo que versen sobre cláusulas accesorias o secundarias o exista disposición legal en contrario.

En cambio, si se trata de un mutuo para el consumo, el contrato debe ser celebrado por escrito y expresar, bajo pena de nulidad: a) la descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios; b) el precio al contado, solo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios; c) el importe a desembolsar inicialmente —de existir— y el monto financiado; d) la tasa de interés efectiva anual; e) el total de los intereses a pagar o el costo financiero total; f) el sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses; g) la cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar, y h) los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere. Además, si el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declarara la nulidad parcial, deberá integrar simultáneamente el contrato, si ello fuera necesario (art. 36, ley 24.240, ref. por ley 26.361).

En lo que atañe a la *prueba*, también regirán las disposiciones generales de los artículos 1019 y siguientes; por lo que será válido cualquier medio de prueba apto para llegar a una *razonable convicción* sobre la existencia del mutuo, según las reglas de la *sana crítica* y con arreglo a lo que disponen las normas procesales. De lo expuesto, entendemos que la sola entrega del dinero, aun cuando pudiera ser por sí una presunción importante, un indicio relevante, no será suficiente para la plena prueba del contrato.

En la práctica usual de los negocios difícilmente suela acordarse un mutuo sin contrato escrito, por lo que de ocurrir el caso —especialmente en los mutuos bancarios y financieros— será de aplicación a dicho supuesto el principio contenido en el artículo 1019, segundo párrafo, por el cual en los contratos que sea *de uso y práctica instrumentar*, estos no podrán probarse exclusivamente por testigos.

La existencia de un principio de prueba instrumental (cualquier instrumento que emane de una de las partes, de su causante o de parte interesada) que haga verosímil la existencia del contrato, habilitará la prueba del contrato de mutuo por medio de testigos (conf. art. 1020) y aun mismo por medio de presunciones. No obstante, no debe olvidarse el principio general del artículo 727 en cuanto que la interpretación respecto de la existencia y extensión de la obligación debe entenderse restrictiva.

El tema de la prueba del contrato de mutuo cobra relevancia en el campo concursal, donde se suelen simular contratos de mutuo para tratar de obtener ventajas en las conformidades del posible acuerdo. De allí que la jurisprudencia ha sido más estricta en la prueba, incorporando recaudos no previstos en las normas vigentes, como, por ejemplo, acreditar el ingreso de los fondos en el patrimonio del concursado, que figure

en su contabilidad, la fecha cierta del mutuo, etc., lo que entendemos debe mantenerse vigente.

1159. Efectos

Veamos ahora los efectos del contrato de mutuo.

i) *Obligación del mutuante o prestamista.* Dado que el contrato de mutuo es consensual, la primera y esencial obligación del mutuante es entregar la cosa fungible prometida y consecuentemente respetar el derecho del mutuario de retener la cosa consigo durante todo el término fijado en el contrato.

Por ello, si el mutuante no entregara la cantidad comprometida en el plazo pactado, o en su defecto, ante el simple requerimiento del mutuario —requerimiento que entendemos deberá ser fehaciente—, éste podrá exigir el cumplimiento forzoso del mutuo o la resolución del contrato, tal como dispone el artículo 1526, segundo párrafo, más los daños a que hubiere lugar.

Por otro lado, el mismo artículo 1526 dispone que, acordado el mutuo, puede el mutuante negarse a la entrega de la cosa prometida si —con posterioridad al contrato— ocurriera un cambio en la situación económica del mutuario, que hiciera incierta la restitución del objeto del contrato, aspecto este cuya prueba y acreditación recaerá en cabeza del mutuante o prestamista.

Nada en particular dice el Código Civil y Comercial sobre el *lugar de entrega* de la cosa, por lo que —si nada se hubiera pactado— corresponderá estar a las normas generales de las obligaciones, y en tal sentido será lugar de entrega el del domicilio del deudor (mutuante o prestamista) al momento del nacimiento de la obligación, o bien —si la obligación es de dar cosas ciertas— será el lugar donde la cosa se encuentra habitualmente (conf. arg. art. 874).

La entrega puede ser real o ficta. La primera ocurre por vía de tradición (art. 750); la segunda, cuando la cosa está ya en poder del mutuario por otro título. Toda deuda de dinero, por cualquier causa origen que tenga, puede ser convertida en mutuo por simple convenio de las partes.

ii) *Responsabilidad por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa.* Dispone el artículo 1530 que *si la cantidad prestada no es dinero, el mutuante o prestamista responde por los daños causados por la mala calidad o vicio de la cosa prestada. Si el mutuo es gratuito responde solo si conoce la mala calidad o el vicio y no advierte al mutuario.*

Es de aplicación al caso el artículo 747, pues el tomador del mutuo (mutuario) tiene derecho a requerir la inspección de la cosa en el acto de su entrega. La recepción de la cosa fungible por el mutuario hará presumir la inexistencia de vicios aparentes y que la cosa es de la calidad acordada, ello sin perjuicio de la natural obligación de saneamiento que tiene el mutuante o prestamista y que resalta el artículo 1530.

Resulta curioso que se excluya el dinero, pues nada obsta a que el dinero prestado sea falso y, en tal caso, perjudica al mutuario como si fuera vino agriado o grano en malas condiciones, aunque por otro lado —probado el hecho— el contrato no habría sido cumplido por el mutuante.

Dado que en el mutuo se transfiere la propiedad de la cosa, también responde el mutuante por la evicción de conformidad con los términos de los artículos 1044 y siguientes. Remitimos a los números 258 y siguientes.

De lo expuesto por el artículo 1530, podemos válidamente concluir que se habilita tanto la acción redhibitoria como la acción de indemnización por los daños ocasionados. No así en el caso de un mutuo gratuito en que solo responderá el mutuante o prestamista, si se acredita que conocía la mala calidad o vicio antes de la entrega y no advirtió al mutuario tomador.

iii) *Obligaciones del mutuario.* a) *Plazo:* El mutuario debe devolver al prestamista en el término convenido una cantidad igual de cosas de la misma especie y calidad que la prestada. Si bien el artículo 570 del Código Civil de Vélez entendía que el plazo se reputaba acordado en beneficio de ambas partes, el Código Civil y Comercial, siguiendo la orientación del derecho comparado (conf. art. 1184, Cód. Civil italiano), varió el criterio presumiendo que el plazo se entiende establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir (art. 351) salvo pacto en contrario u otras circunstancias que indiquen que el plazo es en beneficio de ambas partes o del acreedor.

En caso de no haberse previsto un plazo o término para el cumplimiento de la obligación del mutuario, la restitución deberá hacerse dentro de los diez días de requerido a ello, salvo que de los usos o costumbre surja otra alternativa (art. 1528).

Caben tres aclaraciones a este respecto: a) conforme expresara Guillermo A. BORDA (*Tratado de derecho civil. Contratos*, 10ª ed. actual. por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, t. II, nro. 2095), importa concesión tácita de plazo recibir intereses adelantados en los préstamos de dinero; el plazo se entiende entonces prorrogado durante todo el período cubierto por dichos intereses; b) el mutuario o tomador no puede eximirse de devolver la cosa dada en mutuo so pretexto de que la cosa se ha perdido por caso fortuito o fuerza mayor, pues habiéndosele transmitido su propiedad, solo para él corren los riesgos: *res perit domine* (conf. art. 755), aspecto que nos lleva a la tercera aclaración; c) cuando no sea posible restituir otro tanto de la misma especie y calidad, se aplica al caso la "imposibilidad de cumplimiento" (citado art. 755) y en dicho caso el mutuario deberá pagar el precio de la cosa o cantidad recibida, calculado por el que la cosa tenía en el lugar y fecha de su restitución o bien afrontar una indemnización de todos los daños causados (art. 955).

b) *Lugar de restitución:* De conformidad con lo determinado por el artículo 1528 y su remisión al artículo 874, la restitución debe efectuarse en el lugar convenido y, en su defecto, en el domicilio del deudor al nacimiento de la obligación. Si éste mudara su domicilio, es facultad del acreedor reclamar en el nuevo domicilio o en el anterior.

iv) *Incumplimiento del mutuario. Consecuencias.* De conformidad con lo determinado por el artículo 1529, *la falta de pago de los intereses o de cualquier amortización del capital da derecho al mutuante o prestamista a resolver el contrato y exigir la devolución de la totalidad de lo prestado, más sus intereses hasta la efectiva restitución.*

En caso de no haberse previsto acuerdo alguno sobre intereses moratorios, regirá a su respecto lo regulado por el Código en relación con las obligaciones de dar sumas de dinero (art. 1529, *in fine*), por lo que deberá estarse a lo que pudieran disponer las leyes especiales y en su defecto por las tasas que se fijen según reglamentación del Banco Central.

En el caso de que el mutuo fuere gratuito, ocurrido el incumplimiento de una cuota de capital o su reintegro, el mutuario o tomador deberá los intereses moratorios en los términos precedentemente indicados (art. 1529, párr. 2º).

v) *Intereses.* La forma típica del mutuo es el préstamo de dinero, operación en la que pueden pactarse intereses, lo cual suele generar algunos inconvenientes y diferentes interpretaciones. El Código Civil y Comercial no ha fijado ninguna tasa específica, pero no ha dejado de atender a este tema.

Dispone al respecto el artículo 1527: *El mutuo es oneroso, excepto pacto en contrario. Si el mutuo es en dinero, el mutuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada.* La disposición nos remite a lo dispuesto por el artículo 767 que al efecto indica que son válidos (en principio, conf. art. 10) los intereses convenidos y la tasa fijada entre acreedor y deudor.

Pero si no se hubiere acordado ello por las partes, ni resultara de la ley o de usos y costumbres, la tasa de interés puede ser fijada por los jueces.

Continúa expresando el artículo 1527 que *...Si el mutuo es de otro tipo de cosas fungibles, los intereses son liquidados en dinero, tomando en consideración el precio de la cantidad de cosas prestadas en el lugar en que debe efectuarse el pago de los accesorios, el día del comienzo del período, excepto pacto en contrario.*

Salvo estipulación distinta, los intereses *se deben por trimestre vencido*, o con cada amortización de lo prestado que ocurra antes de un trimestre.

Vale aclarar que el Código Civil y Comercial regula tres diferentes tipos de interés, aunque a nuestro criterio deberían ser solo dos. Veamos lo dispuesto por los artículos 767, 768 y 769:

a) *Interés compensatorio*. Éste es el interés debido por la indisponibilidad del capital. También se le suele conceptuar como resarcitorio de tal indisponibilidad. Se entiende que es el precio por el uso de un capital con independencia del dolo o culpa del deudor; corren como un accesorio de la prestación a cargo del deudor. Por ello también suele llamárselos retributivos, por ser el precio por el uso del dinero (BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones*, t. I, n° 485, Ed. La Ley, 10ª edición actualizada por Alejandro BORDA). Estos intereses compensatorios —conforme al art. 767— suelen ser convenidos y fijada la tasa entre acreedor y deudor. Si ello no fuere acordado, ni resultara de la ley o de usos y costumbres, la tasa de interés puede ser fijada por los jueces.

b) *Interés moratorio*. Éste es el que se aplica en las obligaciones de dar dinero a causa de la mora en el cumplimiento de la obligación. Se genera este interés cuando el pago de la cuota de amortización o el capital correspondiente no se realiza en la fecha pactada. Estos intereses moratorios se adeudan con motivo de la privación del uso de un capital al cual el deudor no tiene derecho, porque nunca lo tuvo o bien porque ha dejado de tenerlo a consecuencia de su incumplimiento. Se lo considera una forma de sanción o indemnización (conf. CCiv. y Com., San Isidro, Sala I, 11/9/2007, Derecho Civil y Comercial Departamental, N° 2, Año 2008, p. 66). Estos intereses suelen ser mayores que los compensatorios, porque se trata del incumplimiento de la obligación y por ende, de sancionar ese incumplimiento obligacional. El artículo 768 indica que a partir de la mora el deudor debe estos intereses, que se determinarán por la tasa acordada por las partes, por lo que dispongan las leyes especiales o —en subsidio— por la tasa que fije la reglamentación del Banco Central. El mutuuario tiene obligación de pagarlos aunque el préstamo hubiera sido gratuito.

c) *Interés punitivo*. Se considera en el Código Civil y Comercial una tercera categoría, el interés punitivo o indemnizatorio, que es el que corresponde para reparar las consecuencias del acto ilícito del incumplimiento (REZZÓNICO, Luis María, *Estudio de las Obligaciones*, p. 448, Ed., Depalma, 9ª edición). El artículo 769, al referirse a los mismos, señala que *Los intereses punitivos convencionales se rigen por las normas que regulan la cláusula penal*. A la luz de lo que dispone el artículo 768, inciso a), que habla de intereses *moratorios por acuerdo de partes* y este artículo 769 que habla de intereses *punitivos convencionales*, no parece haber lugar a la doctrina y jurisprudencia que identifica al interés punitivo con el moratorio pactado, incorporándose así una tercera categoría que va a complicar la interpretación de los acuerdos de préstamo cuando fijen estos tres tipos de interés diferenciados, pues el deudor se vería ante dos sanciones por mora: el interés moratorio (que puede pactarse) y el interés punitivo convencional (que también puede pactarse pero que al regirse por la cláusula penal sería un pacto que debería eliminar cualquier otro tipo de reclamo por daños o perjuicios derivados de la mora).

Debemos resaltar que la norma del artículo 1527 viene a aclarar dos circunstancias que suelen generar problemas respecto del mutuo expresamente pactado como gratuito y los recibos de intereses.

En tal sentido la norma dispone:

- Si se ha pactado la gratuidad del mutuo, los intereses que haya pagado el mutuario voluntariamente son irrepitibles.

- El recibo de intereses por un período, sin condición ni reserva, hace presumir el pago de los anteriores.

Finalmente, debemos reiterar que la recepción del pago de intereses correspondientes a un determinado período significará, para el prestamista receptor de ellos, la concesión tácita del plazo comprendido por todo el tiempo que cubren dichos intereses.

vi) *Anatocismo o acumulación de intereses*. Como principio, debe resaltarse que no se deben intereses de intereses.

Sin embargo dicha acumulación se considerará legítima —de conformidad con lo determinado por los artículos 1532 y 770— en los siguientes casos:

a) Cuando una cláusula expresa del contrato autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses; por lo cual semestralmente o anualmente se podrán acumular los intereses al capital a efectos de que este monto acumulado genere más intereses compensatorios y/o moratorios pactados.

b) Cuando la obligación de reintegro del mutuario se demande judicialmente. En este caso, tal como indica la norma citada, la acumulación de los intereses al capital (para que rindan intereses sobre ese capital y los intereses acumulados) operará desde la fecha de la notificación de la demanda.

c) Cuando la obligación de dar suma de dinero se liquide judicialmente. En este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma total resultante de la liquidación (del capital y sus intereses) y el deudor es moroso en hacerlo.

d) Cuando existan otras disposiciones legales que prevean la acumulación (p. ej., algunas deudas tributarias).

No obstante lo expuesto, la disposición del artículo 771 va a limitar la acumulación de intereses disponiendo que *Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos.*

viii) *Daños por incumplimiento. Intereses punitivos*. Diversos autores se han efectuado la siguiente pregunta: ¿Puede el mutuante o prestamista reclamar otros daños y perjuicios a más de los intereses?

Si bien la cuestión está controvertida, no vemos razones decisivas para apartarse de la regla general de que la indemnización por incumplimiento debe satisfacer todos los daños sufridos. Así, por ejemplo, si el préstamo cuya restitución se reclama devengara intereses del 25% y el mutuante, como consecuencia del incumplimiento del mutuario, se vio forzado a gestionar a su vez otro préstamo por el que tuvo que pagar el 30% de interés, parece de toda justicia reconocerle el derecho a reclamar del mutuario la diferencia de intereses (conf. arts. 1710 y 1716).

No obstante lo expuesto, entendemos que en caso de haberse pactado intereses punitivos, ello no sería viable a la luz de lo expresado antes (subpunto v.c) pues el artículo 793 inhibe el reclamo de daños cuando se pacta una cláusula penal, siendo esa norma aplicable en virtud de lo que dispone el artículo 769. Todo ello sin perjuicio de la facultad morigeradora que tiene el juez cuando la acumulación de intereses resulte abusiva (conf. art. 1747, *in fine*). La acumulación de tasas puede resultar excesiva, abusiva o contraria al orden público lo cual configura el fundamento que permite corregir cualquier exceso que se hubiese pactado o convenido.

ix) *Una sanción ejemplar omitida.* El derogado Código de Comercio disponía en el artículo 565, modificado por decreto-ley 4777/1963 y ratificado por ley 16.478, que el mutuario perseguido judicialmente que litiga sin razón valedera podía ser condenado a abonar un interés punitivo de hasta dos veces y media el que cobren los bancos públicos.

Esta adecuada sanción, que tendía a la tutela del crédito e imponía una forzosa ética en el cumplimiento de las obligaciones, fue lamentablemente omitida en el texto del Código Civil y Comercial.

1160. Aplicación supletoria de otras normas

Más allá de las remisiones efectuadas en el presente capítulo a otras disposiciones del Código Civil y Comercial, expresamente el artículo 1532 indica la aplicación supletoria —al mutuo— de otras normas, expresando: *Se aplican al mutuo las disposiciones relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero o de género, según sea el caso.*

Por lo tanto, en caso de ausencia regulatoria o de duda habrá de estarse a las normas de los artículos 765 a 772 (obligaciones de dar sumas de dinero) o bien a los artículos 762 y 763 (obligaciones de género). Si el contrato de mutuo contiene un reconocimiento de deuda, con el nombre de los celebrantes, el monto prestado y las condiciones indubitables en que dicha suma debe ser devuelta (intereses, modo de calcularlos, etc.); es entonces un instrumento hábil para habilitar la preparación de la vía ejecutiva (CNCom. Sala B, 26/4/2019).

1161. Aplicación de las normas del mutuo a otros acuerdos

El Código Civil y Comercial dispone también —en su artículo 1531— que las reglas de este capítulo se aplican aunque el contrato de mutuo tenga cláusulas que establezcan que

a) *La tasa de interés consiste en una parte o un porcentaje de las utilidades de un negocio o actividad, o se calcula a una tasa variable de acuerdo con ellos.*

Nos encontramos en este supuesto ante un préstamo participativo, en el cual —más allá del reintegro del capital— el interés compensatorio se determinará sobre un porcentual de la utilidad del negocio o actividad del mutuario. Así, por ejemplo, puede pactarse una tasa del 10% sobre un determinado porcentual de las utilidades; o bien que esa tasa se aplicará en tanto las utilidades no superen una determinada suma y de superarla, la tasa será, por ejemplo, del 15%.

b) *El mutuante tiene derecho a percibir intereses o a recuperar su capital sólo de las utilidades o ingresos resultantes de un negocio o actividad, sin derecho a cobrarse de otros bienes del mutuario.*

En este inciso el artículo 1531 plantea también dos supuestos: el primero es similar al inciso a), pero sin poder cobrarse los intereses devengados sobre otros bienes del mutuario que no sean los propios resultados del negocio o actividad o los bienes que los integran.

En el segundo supuesto de este inciso, entendemos que estamos ante una especie particular del negocio participativo o en participación del artículo 1448, ya que el prestamista o mutuante solo recuperará sus intereses y su capital del resultado del negocio o actividad, sin posibilidad de otro tipo de reclamo al mutuario sobre otros bienes que no sean los que integren el negocio o la actividad de éste.

c) *El mutuario debe dar a los fondos un destino determinado.*

Éste también sería una suerte de subespecie del segundo de los supuestos del inciso b) anterior.

En todos los supuestos vistos, serán de aplicación preferente las normas del mutuo (arts. 1525 a 1532) antes que cualquier norma que pudiera regular los supuestos particulares vistos.

1162. Prescripción

El Código Civil y Comercial no ha previsto una norma particular para la prescripción liberatoria respecto de las acciones que nacen del contrato de mutuo.

En tal sentido, debe entenderse que rige en principio el plazo de prescripción general de cinco años del artículo 2560.

Este término lo será respecto del reintegro del capital dado en mutuo, pues respecto de los intereses, deberá entenderse que —en tal aspecto— rige el plazo de prescripción de dos años en función de lo determinado por el artículo 2562, inciso c), que así lo fija para todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, salvo el reintegro del capital cuando lo deba ser en cuotas.

Finalmente, respecto de cualquier acción de daños que pudiera emerger de lo normado —entre otros— por los artículos 1526, 1529, 1530, etc., regirá el plazo de tres años del artículo 2561, segundo párrafo.

CAPÍTULO XXXIX - COMODATO

A.— CONCEPTO GENERAL

1163. Definición

El artículo 1533 establece que hay comodato cuando *una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida.*

A diferencia del préstamo de consumo, no hay aquí transferencia de la propiedad; el prestatario solo adquiere un derecho personal de uso de la cosa. Además, el uso debe ser gratuito; desde el momento en que se paga algo por él, deja de ser comodato para convertirse en locación.

1164. Características

El comodato tiene los siguientes caracteres:

a) Es un contrato *consensual*, por lo que la promesa de entrega de la cosa obligará al comodante a cumplir con ella y otorgará al comodatario acción de cumplimiento.

b) Es un contrato *gratuito*. Que el comodante no pueda recibir retribución sin desnaturalizar el contrato, no significa que deba necesariamente carecer de todo interés en él. Así, por ejemplo, quien presta su casa durante su viaje a Europa a unos amigos,

puede tener interés en que se la vigilen, impidiendo daños y robos; quien presta un caballo durante cierto tiempo, puede contar con la ventaja de no gastar en alimentación.

c) Es un contrato celebrado *intuitu personae*.

d) Es un contrato *bilateral*, puesto que ambas partes resultan obligadas; el comodante a permitir el uso de la cosa por el tiempo pactado; el comodatario a cuidarla y devolverla en su momento.

e) El comodato puede revestir carácter comercial como medio de ejecución de algunos modernos contratos comerciales. Tal el caso de la distribución comercial o el suministro, donde determinados envases para la comercialización son objeto de comodato (garrafas, tanques, contenedores, etc.). Otros ejemplos de los que estamos hablando son los siguientes: i) los contratos de telefonía móvil, de televisión por cable, digital o satelital, o de provisión de Internet, en los que se incluye la entrega en comodato del aparato de telefonía celular, decodificador, antena, *modem*, etc.; ii) el seguro de automotor con préstamo de un vehículo en caso de siniestro; iii) la entrega de prismáticos o "lentes 3D" en un teatro o cine, y iv) la entrega de carritos en supermercados o aeropuertos. Como puede advertirse, en general se trata de contratos de consumo o, al menos, de relaciones de consumo, lo cual —de alguna manera— mengua el carácter gratuito de estos comodatos accesorios.

1165. Comparación con la locación y con el usufructo

Empecemos por ver las diferencias con la locación. En ambos contratos se entrega una cosa inmueble o mueble no fungible para que la use el que la recibe; pero la locación es onerosa, en tanto que el comodato es gratuito. De esta diferencia esencial surgen otras muy importantes que se traducen en general en reconocerle al locatario mayores derechos que al comodatario.

También es clara la diferencia con el usufructo. El derecho del usufructuario tiene carácter real, en tanto que el del comodatario es personal, el usufructo puede ser gratuito u oneroso, el comodato es necesariamente gratuito; aquél se adquiere por contrato, por testamento, por disposición de la ley o por prescripción, en tanto que el comodato solo se constituye por contrato; el usufructuario adquiere los frutos, no así el comodatario.

B.— FORMACIÓN DEL CONTRATO

1166. Quiénes pueden ser comodantes

No es indispensable ser propietario de la cosa que se da en comodato; basta tener sobre ella un derecho real o personal de uso y goce. Por consiguiente, pueden darla en comodato el usufructuario, el usuario o el locatario. Pero si el contrato de locación prohíbe subalquilarla, debe entenderse que no se la puede dar en comodato. Dudoso es si el comodatario puede prestar la cosa que recibió por ese mismo título. El Código italiano no lo permite, a menos que estuviera autorizado expresa o tácitamente en el contrato (art. 1804). Es la solución que mejor se adecua a la naturaleza del contrato, que es un servicio de complacencia, prestado *intuitu personae*; parece abusivo que el prestatario preste a su vez la cosa recibida.

El nudo propietario no puede prestar la cosa, puesto que se ha desprendido de su uso y goce. Tampoco pueden hacerlo las personas que se encuentran en posesión de una cosa con derecho de usarla cuando la posesión les ha sido entregada no con la

finalidad de que la gocen sino con otra distinta; tal es el caso del comprador en la venta a prueba, del empresario de una obra, del mandatario, administrador, etcétera.

1167. Capacidad

Se discute si para dar una cosa en comodato se requiere capacidad para disponer de los bienes o basta con la de administrarlos. En favor de la primera opinión se hace notar que se trata de un acto gratuito, cuyo significado económico puede ser a veces muy importante; en favor de la segunda, que el préstamo es esencialmente un acto de cortesía y complacencia, que no empobrece al comodante, quien siempre conserva la propiedad de las cosas.

Hagamos notar que, en nuestro derecho, este problema tiene interés en lo que atañe a la capacidad de los emancipados y de los cónyuges. Los emancipados no pueden disponer de los bienes recibidos a título gratuito (arts. 28 y 29). Los cónyuges, en el régimen de comunidad, no pueden disponer de los bienes registrables de carácter ganancial, sin el asentimiento del otro cónyuge (art. 470) o la supletoria autorización del juez (art. 457).

Es obvio que, en ambos casos, lo que se ha querido evitar es la enajenación de los bienes; que, en ambos, el principio de libre administración debe interpretarse con amplitud. Por lo tanto, no cabe duda de que los menores emancipados y los cónyuges tienen capacidad para dar sus bienes en comodato sin depender de autorización alguna.

1168. Objeto

Es claro que solo podrán ser objeto de un contrato de comodato aquellas cosas que estén destinadas a ser usadas por el comodatario, sin consumirse en sí mismas, en tanto, en este supuesto, tendremos un contrato de mutuo.

Aclara sin embargo el artículo 1534 que el objeto del comodato podrán ser cosas fungibles, únicamente, cuando el comodatario se obligue a restituir las mismas cosas que le fueron entregadas en comodato. Es el caso del vino de vieja cosecha e inhallable en el comercio, que puede ser objeto de comodato si se presta para ser exhibido en una exposición, por ejemplo, y devuelto a su finalización.

¿Pueden prestarse los derechos? Algunos autores han sostenido la opinión afirmativa, en cuyo apoyo brindan como ejemplos los siguientes derechos que podrían darse en comodato: el derecho personal de caza, el abono a un teatro o para viajar en ciertos medios de transporte. En nuestra legislación solo las cosas pueden ser objeto de comodato; la solución nos parece correcta, porque el llamado préstamo de un derecho no es otra cosa que su cesión gratuita; hablar en ese supuesto de comodato, es confundir ambos contratos sin ventaja alguna.

1169. Uso contrario a la moral y las buenas costumbres

El Código Civil y Comercial eliminó la referencia del Código Civil de Vélez respecto de que las cosas dadas en comodato no deben ser empleadas *para un uso contrario a las buenas costumbres*. Sin embargo, en razón de la regulación general de los requisitos del objeto (véase nro. 155), esta estipulación sigue vigente, con la aclaración de que las cosas no son en sí mismas inmorales; inmoral es el acto humano. Así, por ejemplo, sería perfectamente lícito el préstamo de una fotografía obscena o de una novela pornográfica hecha a un crítico de arte o un criminólogo con fines de estudio; en cambio, es inmoral si se presta a un adolescente. Lo inmoral no es propiamente el objeto, sino la causa del acto.

1170. Forma y prueba

El comodato no requiere forma alguna, basta con el mero consentimiento, aun verbal.

En cuanto a la prueba, al eliminarse las disposiciones de los artículos 2263 y 2264 del Código Civil de Vélez, entendemos que el legislador ha remitido al régimen de prueba de los contratos en general.

1171. Contratos prohibidos

El artículo 1535 establece dos supuestos en los que no se podrán suscribir contratos de comodato, a saber: a) los tutores, curadores y apoyos, respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida, bajo su representación, y b) los administradores de bienes ajenos, públicos o privados, respecto de los confiados a su gestión, excepto que tengan facultades expresas para ello.

Cabe señalar en este punto una distinción entre ambas prohibiciones, mientras que en la contenida en el inciso a), la prohibición es absoluta; en la del inciso b) es relativa, en tanto, con la autorización expresa de los titulares de los bienes se podrá subsanar el impedimento.

Claramente la finalidad de la norma, en el primer supuesto, radica en la protección del incapaz, para que los bienes no sean aprovechados por terceros que se encuentran en una situación de predominio, sin beneficio alguno para aquel.

En el segundo caso, en cambio, se procura evitar la administración en contra de los intereses del administrado que es plenamente capaz; por ello, el administrador puede ser facultado de manera expresa a dar los bienes en comodato.

C.— OBLIGACIONES DE LAS PARTES

1172. Obligaciones del comodatario

Son obligaciones del comodatario, conforme al artículo 1536, las siguientes: *a) usar la cosa conforme al destino convenido; b) pagar los gastos ordinarios de la cosa y los realizados para servirse de ella; c) conservar la cosa con prudencia y diligencia; d) responder por la pérdida o deterioro de la cosa, incluso causados por caso fortuito, excepto que pruebe que habrían ocurrido igualmente si la cosa hubiera estado en poder del comodante; e) restituir la misma cosa con sus frutos y accesorios en el tiempo y lugar convenidos,*

a) Usar la cosa conforme el destino convenido

El comodante puede disponer que la entrega de la cosa se haga para su utilización con un determinado fin, o de un determinado modo. Aclara la norma (art. 1536), que si nada dice el contrato sobre el fin, debe entenderse que la cosa ha de ser utilizada conforme al destino que tenía al tiempo del contrato, el que se da a cosas análogas o el que corresponda a su naturaleza, lo cual es de sentido común.

El incumplimiento de esta imposición habilitará al comodante a pedir la restitución de la cosa y la reparación de los daños y perjuicios que sufra la misma.

b) Pagar los gastos ordinarios de la cosa y los realizados para servirse de ella

El comodatario, en tanto beneficiario de una cosa a título gratuito, deberá pagar los gastos ordinarios que la misma devengue.

Así, por ejemplo, si el objeto del comodato es un departamento, el comodatario tendrá a su cargo el pago de las expensas y servicios del bien. Sin embargo, esta norma es de

carácter supletorio, y nada impide que las partes pacten en contrario, quedando el comodante a cargo del pago de dichos gastos.

Sobre los gastos extraordinarios que pague, podrá pedir su reembolso al comodante, pero no podrá retener la cosa objeto del comodato para garantizar su crédito (art. 1538).

c) Conservar la cosa con prudencia y diligencia

El comodatario debe cuidar la cosa como si fuera de su propiedad. Al conjugarse este deber con el que se describe en el párrafo siguiente —responder por la pérdida o deterioro de la cosa—, podemos concluir que este deber de conservación es una obligación de resultado, respondiendo por todo daño que sufra la cosa en los términos que veremos seguidamente.

d) Responder por la pérdida o deterioro de la cosa, incluso causados por caso fortuito, excepto que pruebe que habrían ocurrido igualmente si la cosa hubiera estado en poder del comodante

Como dijéramos en el párrafo anterior, el deber de conservación que pesa sobre el comodatario es una obligación de resultado, no pudiendo eximirse salvo en las formas en los que establece la norma. Desde esta perspectiva, entendemos, que reviste radical importancia la frase *excepto que pruebe que habrían ocurrido igualmente si la cosa hubiera estado en poder del comodante*; en tanto, una interpretación prudente de la norma nos lleva a concluir que el comodatario no responde: a) por deterioros propios del uso y goce normal de la cosa; b) por daños causados en vicios que la cosa ya presentaba antes de ser entregada al comodatario, y c) daños derivados de vicios ocultos.

e) Restituir la misma cosa con sus frutos y accesorios en el tiempo y lugar convenidos

El comodatario deberá restituir la cosa junto con sus frutos y accesorios. Es que en tanto no ha adquirido la propiedad del bien, solo su uso y goce, resulta lógico que los frutos y accesorios pertenezcan al comodante y le sean debidos. A renglón seguido, el mismo inciso regula los supuestos en los que el contrato no indique el momento en el que debe restituirse el bien, primando las siguientes reglas:

i) Primeramente el comodatario deberá devolver la cosa, luego de agotada la finalidad para la que le fue prestada. Ello, en tanto una vez cumplido el beneficio que obtendría con el uso, en nada justifica que el bien permanezca en poder de quien no es su dueño. Un ejemplo de esta situación es el préstamo de un automóvil para hacer un viaje; es claro que cuando el viaje termine, el comodatario debe devolverlo.

ii) Si el contrato no ha establecido el plazo, ni su finalidad, el comodante tiene el derecho de reclamar la restitución de la cosa en cualquier momento. Una conjugación del texto de la norma con el artículo 1539, nos indica que si el contrato tiene establecida una finalidad determinada, el comodante no puede requerir la restitución de ella hasta que dicho fin sea cumplido, salvo en el caso de que la necesite en razón de una circunstancia urgente e imprevista (art. 1539, inc. a)).

1173. Cosa hurtada o perdida

El artículo 1537 prohíbe al comodatario negarse a restituir la cosa, alegando que la misma no es de propiedad del comodante, salvo que se determinare que la cosa dada en comodato estaba perdida o fue sustraída a su dueño (la norma habla de hurto, pero se debe entender que refiere a cualquier forma de sustracción, tanto hurto, como robo). Asimismo, le impone la carga de denunciar que se halla en poder de la cosa ante el dueño, siendo éste el único legitimado para reclamarla en un *plazo razonable*. Si el comodatario no efectúa la denuncia, o si, pese a hacerla, restituye la cosa al comodante, deberá responder frente al dueño por los daños causados. A su vez, el dueño solo puede

recuperar la cosa del comodatario cuando obtenga o bien el consentimiento del comodante, o bien una resolución judicial que lo reconozca como dueño.

Cabe preguntarse frente a esta regulación, cuál sería el *plazo razonable* al que alude la norma, y cuál sería el efecto de la falta de reclamo por parte del dueño, en dicho plazo.

Entendemos que el plazo de reclamación será aquel que falte para que el comodante adquiera la cosa por prescripción adquisitiva; ello atento a los términos en que se regula la usucapión en el artículo 1898.

En efecto, la norma señala que la adquisición de los bienes muebles *hurtados o perdidos* se adquiere por prescripción adquisitiva luego de dos años. Esta solución parece razonable en tanto si el comodante entregó una cosa que estaba en su poder desde hacía más de dos años, podrá oponerle al dueño la prescripción adquisitiva como defensa, y si fuera menos, el contrato de comodato no le podrá ser opuesto al dueño frente a la acción reivindicatoria que éste inicie.

Asimismo, y en este supuesto de que la cosa resultare hurtada o perdida, el comodatario debe conservar la cosa, ya no en dicho carácter, sino como depositario, hasta tanto: a) el comodante le autorice a devolver la cosa a quien la reclama; b) el dueño obtenga una sentencia judicial que lo reconozca como tal y en consecuencia le pueda pedir la cosa al comodatario; c) el comodante obtenga una sentencia de prescripción adquisitiva.

El comodatario podrá, además, liberarse de sus obligaciones consignando la cosa judicialmente para ser entregada a quien corresponda.

A su vez, el dueño de la cosa, si no le es reconocida la propiedad por el comodante, deberá iniciar acción de reivindicación contra este último.

1174. Pluralidad de comodatarios

Cuando varias personas han tomado en comodato una cosa, responden solidariamente por todas las obligaciones previstas en el artículo 1536. Así lo dispone expresamente la parte final de la norma citada.

La solidaridad rige únicamente respecto de los comodatarios que han celebrado el contrato, sus herederos solo responden mancomunadamente (art. 843).

1175. Obligaciones del comodante

Conforme al artículo 1540, son obligaciones del comodante: a) entregar la cosa en el tiempo y lugar convenidos; b) permitir el uso de la cosa durante el tiempo convenido; c) responder por los daños causados por los vicios de la cosa que oculta al comodatario; d) reembolsar los gastos de conservación extraordinarios que el comodatario hace si éste los notifica previamente o si son urgentes.

a) Entregar la cosa en el lugar y tiempo convenidos

Al ser un contrato consensual, el comodante queda obligado por la promesa de entrega a cumplir con lo estipulado. De este modo, ante el incumplimiento del comodante de la obligación asumida, el comodatario tendrá a su disposición la acción de cumplimiento forzoso; situación que no acontecía en el Código Civil de Vélez donde el comodato era un contrato "real" y por lo tanto, no tenía efectos hasta que no se materializara la entrega de la cosa. Si bien nada dice la norma cuál sería la solución en el caso de silencio respecto del lugar y tiempo de entrega la cosa, entendemos que respecto del lugar, rigen las normas generales sobre el lugar de cumplimiento de las obligaciones (arts. 873 y 874), y que el silencio en el tiempo implica la entrega inmediata de la cosa.

b) Permitir el uso de la cosa durante el tiempo convenido

Si bien el comodante no responde por evicción respecto de las turbaciones de derecho que sufiere el comodatario, sí debe abstenerse de ejercer vías de hecho que le impidan a este último emplear la cosa durante el tiempo convenido. Esta obligación se sustenta en no frustrar la finalidad del contrato para la cual la cosa fue dada en préstamo.

c) Responder por los daños causados por los vicios de la cosa que oculta al comodatario

Al ser el contrato de comodato un contrato gratuito, es norma que el comodante no responde por vicios redhibitorios de la cosa, y por lo tanto, no debe confundirse el deber contenido en este inciso c), con la obligación de saneamiento y vicios redhibitorios. En efecto, la finalidad perseguida en este inciso es la de garantizar la finalidad del contrato; por ello, el comodante responde exclusivamente cuando el daño sufrido por el comodatario obedezca a vicios de la cosa, que hubiera ocultado, dolosa o culposamente.

d) Reembolsar los gastos de conservación extraordinarios que el comodatario hace si éste los notifica previamente o si son urgentes

Si bien los gastos ordinarios de conservación ordinarios son a cargo del comodatario, los extraordinarios son a cargo del comodante. Sin embargo, la norma establece como requisito previo al reembolso, el deber del comodatario de notificar la existencia del gasto extraordinario antes de efectuar el pago del mismo. Ello obedece a que la norma persigue darle al comodante el derecho de abonar él directamente el gasto extraordinario. Por lo tanto, la notificación previa constituye un requisito formal ineludible para que el comodatario pueda luego requerir el reembolso de los pagos extraordinarios. Solo se eximirá de este deber, tal como lo dice la norma, en caso de que hubiere mediado urgencia en la erogación del gasto.

D.— EXTINCIÓN DEL COMODATO

1176. Restitución anticipada

El art. 1539 reconoce la posibilidad al comodante de resolver el comodato en forma anticipada en dos supuestos: a) si necesita la cosa en razón de una circunstancia imprevista y urgente, o b) si el comodatario la usa para un destino distinto al pactado, aunque no la deteriore.

a) Necesidad de la cosa

Aun antes de vencido el plazo, el comodante tiene derecho a exigir la restitución si le sobreviene una necesidad urgente e imprevista de la cosa. No basta con que la necesidad sea urgente, es también indispensable que sea imprevista. Los jueces deberán apreciar prudentemente si se ha producido o no el supuesto legal.

b) Uso de la cosa con un destino distinto del pactado

Si el comodante tiene noticias sobre un uso diferente al pactado, aun cuando no genere mayor deterioro en la cosa, podrá pedir la restitución del bien antes del término pactado. Mismo derecho le asiste si conoce que la cosa está siendo descuidada por el comodatario.

1177. Derecho del comodatario a restituir la cosa en forma anticipada

Tenga o no plazo el contrato, el comodatario tiene derecho a restituir la cosa cuando le plazca (art. 1541, inc. c)], porque el término se supone pactado en su beneficio, a menos que expresamente se hubiera acordado que el comodatario no pueda restituirla antes del plazo fijado. Pero la restitución no debe ser intempestiva ni maliciosa, ni en momento que ocasione perjuicio al comodante; así ocurriría si el comodatario pretende devolver la cosa cuando el comodante está ausente y no se encuentra en condiciones de proveer a su cuidado.

1178. Destrucción de la cosa

No hay subrogación real, ni el comodante tiene obligación de prestar una cosa semejante (art. 1541, inc. a)]. La norma parece señalar el supuesto de destrucción de la cosa antes de la entrega por parte del comodante, en tanto, de allí se justifica que se aclare la inexistencia de una obligación de prestar una *cosa semejante*. Así, la destrucción de la cosa antes de la entrega hará extinguir el contrato, aunque el comodatario podrá reclamar los daños si la misma se destruyó por culpa del comodante. Por otro lado, la destrucción de la cosa, una vez en poder del comodatario, hará nacer la obligación de éste de repararle al comodante —como regla— todos los daños derivados de dicha destrucción.

1179. Vencimiento del plazo

El vencimiento del plazo por el cual se prestó la cosa hace concluir de pleno derecho el contrato, haciendo nacer la obligación de restituir la cosa, sin importar si la cosa prestada fue o no usada (art. 1541, inc. b)]. En efecto, y al igual que sucede en el contrato de locación, no se admitirá la tácita reconducción, al menos que esté pactada.

1180. Muerte del comodatario

Siendo el comodato un contrato, en general, *intuitu personae*, la muerte del comodatario extinguirá el contrato y obligará a sus herederos a restituir las cosas al comodante. La norma admite para este supuesto dos excepciones: a) que se pacte lo contrario, o b) que el comodato no se haya hecho teniendo en consideración a la persona del comodatario (art. 1541, inc. d)].

1181. Restitución por los herederos del comodatario

Puede ocurrir que los herederos, ignorando que la cosa era prestada y creyendo de buena fe que pertenecía al causante, la hubieran enajenado. En tal caso, su responsabilidad en el artículo 2272 del Código Civil de Vélez era diferenciada conforme los herederos hubieran obrado de mala o buena fe. En el primer caso, respondían por el valor total de la cosa, con más los daños y perjuicios causados por la enajenación. Pero si se había obrado de buena fe, la responsabilidad se limitaba al precio recibido.

En el Código Civil y Comercial no se aprecia que se haya respetado dicha norma para el contrato de comodato, aunque sí se lo hizo para el contrato de depósito en el artículo 1366.

Entendemos que esta última norma es igualmente aplicable al contrato de comodato, en tanto, dada la centralidad que tiene el principio general de la buena fe en el Código Civil y Comercial, resultaría contrario a dicho principio que se establecieran las mismas consecuencias jurídicas para quien obra de buena fe, como para quien no lo hace.

§ 1.— Nociones generales

1182. El concepto en el Código Civil y Comercial

La donación es uno de esos conceptos tan fáciles de comprender en su esencia como difíciles de delinear en sus contornos precisos. La dificultad reside en la circunstancia de que no todo acto a título gratuito es donación. No lo son los actos de última voluntad, ni tampoco numerosas liberalidades realizadas entre vivos que quedan excluidas del concepto jurídico de donación, como, por ejemplo, el préstamo de uso de una cosa no fungible. La ley ha circunscripto el régimen legal de las donaciones a ciertos actos respecto de los cuales considera particularmente importante proteger al donante. Esto explica por qué no se aplica a todas las liberalidades entre vivos el mismo régimen.

Examinaremos ante todo el concepto de nuestro Código y luego haremos su valoración crítica a la luz de la doctrina y del derecho comparado.

Según el artículo 1542 *hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta*. De esta definición se desprenden los siguientes elementos:

a) *Obliga a transferir la propiedad de una cosa*. Sobre este punto cabe decir que el artículo 1542 refuerza el carácter de consensual del contrato de donación, en tanto, la mera promesa de la transferencia de la propiedad de una cosa, a título gratuito, dará al donatario la potestad de exigir la efectiva tradición e inscripción por la vía judicial en caso de incumplimiento.

Solo las cosas pueden ser objeto de donación en nuestro régimen legal; si se trata de la transmisión gratuita de un derecho, habrá cesión y no donación, aunque el régimen legal es análogo, pues el artículo 1614 dispone que si se cede un derecho sin contraprestación, se aplicarán las reglas de la donación en tanto no estén modificadas por las del capítulo referido a la cesión de derechos.

Tampoco hay donación en nuestro Código por la transferencia o constitución gratuita de cualquier derecho real o personal sobre una cosa que no sea el derecho de propiedad. Vélez subrayaba enérgicamente esta idea en la nota al artículo 1791 del Código Civil en la que dice: *Sea cual fuere el desinterés de una de las partes, sea cual fuere el beneficio de la otra, donde no hay enajenación, no hay donación*.

b) *La transferencia debe ser a título gratuito*. Es decir, hay un desprendimiento de bienes, sin compensación por la otra parte. Pero esta no es una regla absoluta. Es posible que el contrato de donación obligue al donatario a hacer o pagar algo, sea en beneficio del donante o de un tercero. Esto no altera la esencia gratuita del acto. Sin embargo, a veces el cargo tiene tal importancia que la gratuidad del contrato queda desvirtuada casi totalmente: aquí se roza el problema del *negotium mixtum cum donatione*, que estudiaremos más adelante.

c) Si bien el artículo 1542 no lo dice expresamente, como la donación es un contrato, necesariamente es un *acto entre vivos*; los actos de última voluntad, llamados

testamentos, tienen un régimen legal distinto. En nuestro derecho no hay donaciones para después de la muerte. Este criterio se refuerza con la imposición del deber aceptar por parte del donatario estando en vida ambas partes (art. 1545), así como la prohibición del artículo 1546 de que la donación esté sujeta a la condición suspensiva de la muerte del donante.

1183. Liberalidades que no son donaciones

El Código Civil de Vélez enumeraba en el artículo 1791 algunas liberalidades que no son donaciones, norma que no ha sido replicada en el Código Civil y Comercial, lo que genera ciertos problemas que veremos más adelante (nro. 1186). La norma mencionada indicaba como liberalidades que no son donación, las siguientes:

1) *La renuncia de una hipoteca, o la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor esté insolvente.*

2) *El dejar de cumplir una condición a que esté subordinado un derecho eventual, aunque en la omisión se tenga la mira de beneficiar a alguno.*

3) *La omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella.* Lo mismo debe decirse de la pérdida de cualquier derecho real por el no uso, o de cualquier derecho personal por dejar transcurrir el término de la prescripción; la solución no varía aunque se pruebe que hubo intención de beneficiar a la otra parte.

4) *El dejar de interrumpir una prescripción para favorecer al propietario.* La circunstancia de que el titular de un derecho real o personal permita que se opere la prescripción en favor de un tercero, no es donación, aunque exista ánimo liberal.

5) *El servicio personal gratuito, por el cual el que lo hace acostumbra pedir un precio.* Falta aquí la enajenación de una cosa, esencial en nuestro derecho para configurar la donación.

6) *Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o reciben gratuitamente, pero no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas.* Tal es, por ejemplo, el comodato o préstamo gratuito de una cosa.

1184. El *animus donandi*

La donación exige gratuidad, *animus donandi*. La transferencia del bien se hace *sin recompensa patrimonial*. Lo que no es lo mismo que desinterés. En verdad, casi no hay donación que no esté inspirada en el deseo de satisfacer un interés religioso, político, cultural, científico, deportivo, afectivo o amoroso; es una forma de satisfacer vanidades, una vía para recibir honores, alcanzar prestigio. Es el medio más difundido y más práctico de satisfacer intereses no económicos. Pero a diferencia de los negocios onerosos, no se hace con miras a una contraprestación patrimonial.

Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de una donación con cargo, en la que se impone al donatario la obligación de cumplir alguna prestación de índole patrimonial o extrapatrimonial, sea en beneficio del donante o de un tercero. Es razonable que así sea. El *animus donandi* no se ve afectado por las circunstancias de que se imponga alguna obligación accesoria al beneficiario. Solo que a veces esa carga resulta pesada; apreciada cuantitativamente, el cargo puede llegar a ser casi tan oneroso como los bienes donados y quizás más. ¿Cuándo el acto gratuito deviene oneroso? Este problema se vincula estrechamente con el del *negotium mixtum cum donatione*, que veremos seguidamente.

1185. *Negotium mixtum cum donatione*

A la par de donaciones con cargo hay otros negocios onerosos, en los que una parte da más de lo que recibe y lo hace con ánimo liberal. Así, por ejemplo, sabiendo el comprador que la cosa vale \$ 1.000, paga \$ 1.500; el empleador de un obrero paga generosamente por su trabajo más de lo que éste acostumbra cobrar; un *amateur* con

espíritu de mecenas paga más de lo que vale un cuadro. ¿Cuándo la donación con cargo deja de ser un negocio gratuito para convertirse en oneroso? ¿Cuándo la desproporción de las prestaciones convierte el negocio supuestamente oneroso en una donación? Éste es uno de los problemas clásicos del derecho civil; las dificultades provienen de que la mayor parte de los autores se niegan a escindir un negocio que ha sido único en el ánimo de las partes. Nuestro Código Civil y Comercial se ha ocupado del tema expresamente en el artículo 1544 con una solución en la que busca hacer equilibrio entre la parte gratuita del negocio y la parte onerosa. Establece la norma las siguientes pautas a seguir:

a) La forma del contrato se regirá por las disposiciones que rigen al contrato de donación. Así, el Código exige que si el negocio en alguna de sus partes involucra un inmueble, un bien mueble registrable o una donación de rentas periódicas o vitalicias, se debe seguir la forma de escritura pública bajo pena de nulidad (art. 1552).

b) El contenido del acto que tiene disposiciones a título gratuito se rige por las normas del contrato de donación.

c) Por otro lado, el contenido del acto que se realiza a título oneroso se rige por la naturaleza *aparente* del acto oneroso. Ello es, se le aplican las reglas del contrato con el que guarde mayor similitud.

1186. Régimen de las liberalidades que no son donaciones

El artículo 1543 dispone que las normas de la donación se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito. ¿Cuáles son los alcances reales de esta norma? Ante todo, debemos advertir que una nueva reflexión nos ha llevado a modificar parcialmente lo que expresamos en la primera edición de este libro.

Una primera cuestión que debe resaltarse es que la aplicación subsidiaria de las normas de la donación se aplica a actos jurídicos a título gratuito. Esto significa que si no ha existido una acción, sino una mera omisión, no ha habido un acto y, consiguientemente, las normas de la donación no pueden ser aplicables de manera subsidiaria. Quien no cumple una condición, o deja perder una servidumbre o no interrumpe una prescripción (supuestos previstos en el art. 1791 del Código de Vélez, vistos en el nro. 1183) no queda sujeto, por tanto, a las normas de la donación.

Una segunda cuestión que debe tenerse en cuenta es que existen actos jurídicos, gratuitos, que no pueden ser asimilados a la donación, pues en ellos no ha habido una transmisión del dominio de una cosa (art. 1542) y, además, tienen un régimen propio. Así, cuando se entregan o reciben cosas gratuitamente, pero sin transferir o adquirir su dominio, estamos ante contratos de mutuo o comodato, que se gobiernan por sus propias normas. Lo mismo sucede con la prestación de servicios gratuita o el mandato gratuito. En la misma línea, el cumplimiento de un deber moral es irrepetible (art. 728) y, por tanto, no pueden aplicarse las normas de la donación de manera subsidiaria.

Una tercera cuestión que debe contemplarse es que el artículo 1543 establece que se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito "las normas de este capítulo". Esto implica que solamente aquellos aspectos regulados en el capítulo referido a la donación (tales como reversión o revocación) son aplicables. En cambio, otros temas regulados fuera de este capítulo, aunque vinculados a la donación (como reducción por inoficiosidad o colación) no lo son. Solo debe hacerse la excepción de la cesión gratuita de créditos, a la que se aplican las reglas de la donación en todo lo que no esté dispuesto de otra manera en las reglas especiales de ese contrato.

Finalmente, otras liberalidades, tales como la transmisión a título gratuito de todo un patrimonio (con reserva de su usufructo para el transmitente o en el caso de que éste contare con medios suficientes para su subsistencia), o de una parte alícuota de él (art. 1551), o la entrega de prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552), quedan

cubiertas por el artículo 1543, y a ellas se les aplica subsidiariamente las reglas de la donación.

1187. Caracteres

En el régimen del Código Civil y Comercial, la donación presenta los siguientes caracteres:

a) Es un contrato *a título gratuito*; no hay contraprestación del donatario. El cargo que suele imponer a veces el donante no tiene carácter de contraprestación, sino de obligación accesorio. Tampoco desvirtúan el carácter gratuito del contrato algunas obligaciones que la ley impone al donatario, como la de pasarle alimentos al donante, en caso de que le sean necesarios, y de guardarle lealtad.

b) Es *formal* y en algunos casos, *solemne*; remitimos sobre este punto a los números 24 y 1202.

c) Es *irrevocable* por la sola voluntad del donante.

1188. Promesa gratuita de bienes para después de la muerte

La promesa gratuita de bienes, hecha con la condición de que no producirá efectos sino después del fallecimiento del promitente, es nula (art. 1546). Se explica esta solución porque la donación es un acto entre vivos; quien quiere disponer de sus bienes para después de su muerte, debe valerse del testamento. Sin embargo, si la promesa se ha hecho con las formalidades propias del testamento, valdrá como tal.

§ 2.— Elementos del contrato

A.— CONSENTIMIENTO

1189. Requisito de la aceptación

La donación no tiene efectos legales mientras no sea aceptada por el donatario (art. 1545).

En algunos casos la aceptación es formal y exige la escritura pública; en otros basta con la aceptación tácita que puede resultar del recibo de la cosa o de otro acto igualmente inequívoco, como, por ejemplo, la enajenación por el donatario de la cosa que se le ha donado.

Sin embargo, en los supuestos de aceptación tácita, ella deberá ser evaluada —en caso de duda— con carácter restrictivo (art. 1545, párr. 1º). Esta solución se funda en que siendo el donatario el beneficiario del acto, resulta lógico exigirle que manifieste su aceptación en forma unívoca.

1190. Muerte del donante o del donatario antes de la aceptación

El Código Civil y Comercial ha reforzado, al regular las reglas de la aceptación, la noción de que el contrato de donación es un acto entre vivos. Con toda claridad dispone que la aceptación de la donación por parte del donatario debe hacerse estando ambas partes con vida (art. 1545, *in fine*). Esta solución difiere del régimen del Código Civil de Vélez, pues éste, en el artículo 1795, disponía la validez de la aceptación de la donación formulada por el donatario, luego de la muerte del donante. Esta solución había sufrido las críticas de nuestros autores, quienes señalaban su incongruencia con la naturaleza contractual de la donación: si antes de producirse el acuerdo de voluntades fallece una de las partes, no puede haber contrato.

1191. Donación hecha a varios donatarios

En el Código Civil de Vélez, si la donación había sido hecha a varios donatarios, solo tenía efectos respecto de los aceptantes (art. 1794). Más aún, como regla, la donación conjunta de una cosa no daba derecho de acrecer a los donatarios, a menos que el donante se lo hubiera conferido expresamente (art. 1798).

Esto ha sido modificado por el Código Civil y Comercial, que ha optado por una solución pragmática al problema de la donación hecha a varios donatarios. El artículo 1547 establece que si la donación es hecha a favor de varias personas solidariamente, la aceptación de uno o algunos de los donatarios se aplica a la donación entera; ello es, se la tiene por aceptada por el todo. Ahora bien, si la aceptación por algún donatario se hace imposible por su muerte, o porque la donación ha sido revocada por el donante, el porcentaje que iba a recibir el donatario fallecido o revocado debe repartirse entre los aceptantes, lo que implica que la porción de estos acrece.

B.— CAPACIDAD

1192. Regla general

El Código Civil y Comercial distingue entre la capacidad para donar y la que se necesita para aceptar la donación. Mientras en este último caso solo establece que el donatario debe ser capaz (art. 1549), en el primero se exige una capacidad agravada: que el donante pueda disponer de sus bienes (art. 1548, párr. 1º). Esta última norma reitera la limitación establecida en el artículo 28, inciso b), esto es que los emancipados no pueden donar los bienes que hayan sido recibidos a título gratuito. E, incluso, si quisieran donar los bienes recibidos a título oneroso, necesitarán ser autorizados judicialmente (art. 29).

Más allá de lo expuesto, no es posible prescindir de la regla general contenida en los artículos 1001 y 1002 del Código Civil y Comercial, según la cual no pueden contratar los que sufren una incapacidad absoluta o una relativa referente a determinada persona, acto u objeto. Con particular referencia a la donación, el Código establece las siguientes reglas:

i) *Menores*. Según el artículo 30, los menores no pueden donar sus bienes, salvo los que adquieran por ejercicio de su profesión, cuando hubieran obtenido título habilitante para ejercerla. La norma no establece ningún límite de edad, de tal modo que un menor de 13 años puede donar los bienes adquiridos con su trabajo profesional. Conviene insistir en que el menor solamente podrá disponer libremente de los bienes adquiridos con su trabajo si se trata de un profesional; ello, porque la norma se refiere al ejercicio de una profesión, y porque es la mejor manera de proteger a los menores en general.

Sin embargo, debe destacarse que los menores no pueden, en ningún caso, donar sus bienes a sus padres (arg. art. 689).

Ya hemos dicho que los menores emancipados no pueden hacer donaciones de los bienes que hubieren recibido a título gratuito, ni aun con autorización judicial (art. 28, inc. b)], lo que implica que pueden donar los bienes que hubieran recibido a título oneroso, siempre que cuenten con la autorización del juez (art. 29). Además, el menor emancipado por matrimonio no puede, en ningún caso, efectuar donaciones a su cónyuge en las convenciones matrimoniales (art. 450). De todos modos, entendemos que mantiene la capacidad para efectuar donaciones manuales de los llamados presentes de uso.

ii) *Cónyuges*. La capacidad de donar de los cónyuges quedará sujeta al régimen patrimonial del matrimonio que ellos escojan, ya sea el de comunidad, ya sea el de separación de bienes.

ii.a) *Régimen de comunidad*. El régimen de comunidad otorga al cónyuge plena capacidad de administración y disposición sobre los bienes calificados como propios en el artículo 464. Podrá donarlos sin asentimiento del otro cónyuge. Sin embargo, el asentimiento será necesario para donar la vivienda familiar y los muebles indispensables que se encuentren en ella (art. 456). En el caso de los bienes reputados como gananciales (art. 465), la administración le corresponde al cónyuge que tiene la titularidad del bien, siendo necesario el asentimiento del otro cónyuge para enajenar (sea a título gratuito, sea a título oneroso) los siguientes bienes: a) los bienes registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública; c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios (art. 470).

ii.b) *Régimen de separación de patrimonios*. El artículo 505 es claro en dejar establecido que cada uno de los cónyuges tendrá la libre administración y disposición de sus bienes, pero para poder enajenar la vivienda familiar o los bienes muebles indispensables que se encuentren en ella, se requiere el asentimiento del otro cónyuge (art. 456).

1193. Incapacidades para donar

No pueden hacer donaciones:

a) Los menores emancipados, salvo las excepciones consideradas en el número 1192. Por su parte, los padres y tutores pueden donar los bienes de sus hijos menores y pupilos, pero para ello necesitan que el juez los autorice (arts. 692 y 121, párr. 1º), lo que en la práctica jamás ocurre, puesto que, teniendo en cuenta que la autorización solo se otorga en caso de interés evidente del menor, es prácticamente inimaginable que ello acaezca en una donación, en la que nada se recibe a cambio de lo que se da.

b) Los esposos, durante el matrimonio, no pueden donarse entre sí si han optado por el régimen de comunidad (art. 1002, inc. d)], aunque no surgen impedimentos para la contratación entre ellos si hubieren elegido el régimen de separación de patrimonios.

En cambio, no hay inconveniente en que el padre o la madre, o ambos conjuntamente, hagan donaciones —sin cargo— a favor de sus hijos menores (arts. 689 y 1549). Desde luego, tampoco lo hay si los hijos son mayores.

Tales donaciones se reputarán como adelanto de la herencia, a menos que el donante exprese su voluntad de mejorar al donatario (art. 2385).

Estas donaciones estarán siempre sujetas a la limitación resultante de la obligación paterna de respetar la legítima de sus herederos forzosos.

Asimismo, los cónyuges podrán hacerse donaciones mediante las convenciones prematrimoniales (art. 451), salvo, como ya hemos visto, que fueran menores de edad (art. 450).

1194. Incapacidad para recibir donaciones

Las donaciones pueden hacerse en beneficio de cualquier persona, física o jurídica.

Ahora bien, en el caso de las personas incapaces, la aceptación la debe dar su representante legal (art. 1549), pero si la donación impone un cargo al donatario incapaz, se requiere autorización judicial para su aceptación.

Asimismo, no pueden aceptar donaciones:

a) Los tutores y los curadores de los bienes que han tenido a su cargo, antes de la rendición de cuentas, y del pago del saldo que contra ellos resultare (art. 1550).

b) Los padres, de los bienes de sus hijos menores, pues si no pueden comprar sus bienes (art. 689), tanto menos podrán recibirlos en donación.

c) Por igual motivo, los albaceas —que no sean herederos— no podrán recibir en donación los bienes de las testamentarias que estuvieren a su cargo.

A su vez, ni los jueces, ni los funcionarios y auxiliares de la justicia, ni los árbitros, mediadores y sus auxiliares, ni los abogados y procuradores, escribanos y tasadores, podrán recibir en donación los bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido. Tampoco los funcionarios públicos podrán recibir en donación los bienes cuya administración o enajenación tengan o hayan tenido a su cargo (art. 1002).

d) Finalmente, como ya se ha dicho, los esposos no pueden donarse entre sí bienes si han optado por el régimen de comunidad (art. 1002, inc. d)), quedando a salvo las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales (art. 451).

1195. Poderes para donar y aceptar donaciones. Los representantes legales

Para hacer donaciones se requiere poder especial (art. 375, inc. I)).

En cuanto a los representantes legales, el Código establece las siguientes soluciones:

a) Los padres no pueden donar los bienes de sus hijos que estén bajo su patria potestad, sin expresa autorización judicial (art. 692). Y como el juez no puede conceder la autorización sino en caso de necesidad o de ventaja evidente, no la da nunca para donar. Sin embargo, el artículo 375, inciso I), autoriza como excepción a los presentes de uso (también llamadas pequeñas gratificaciones habituales).

b) Los tutores se rigen por las mismas normas impuestas a los padres para la administración de los bienes de sus hijos, por lo que la donación deberá ser autorizada expresamente por el juez (art. 121, párr. 1º). Al igual que respecto de los padres, al no haber conveniencia para el menor, debe denegarla. Sin embargo, entendemos que el juez puede considerar como excepción a la regla el supuesto que tenía el Código Civil de Vélez (arts. 1807, inc. 4º, y 450, inc. 5º), esto es, que la donación sea necesaria para la prestación de alimentos a sus parientes o pequeñas dádivas remuneratorias o presentes de uso.

c) Igual prohibición rige respecto de los curadores (art. 138).

En cuanto a los poderes necesarios para *aceptar* donaciones, rigen las siguientes normas:

a) Los representantes voluntarios, para aceptar donaciones, necesitan poder especial o general según cuál sea el bien objeto de la donación. La regla general es que no se requiere poder especial para aceptar donaciones (art. 375); sin embargo, sí se lo necesita para constituir derechos reales sobre bienes inmuebles o bienes registrables (art. 375, inc. e)). Por lo tanto, como por la donación se constituye un derecho real de dominio sobre el bien objeto de la donación, el representante voluntario necesitará poder

especial de su representado para aceptar la donación si se trata de un inmueble o de un mueble registrable.

b) Los padres, tutores y curadores pueden aceptar bienes donados a sus representados sin autorización judicial, salvo que se le imponga un cargo al tutelado, en cuyo caso sí será necesaria tal autorización (art. 1549).

1196. Donaciones entre convivientes

Las relaciones económicas entre los integrantes de una unión convivencial se rigen por lo estipulado por ellos en el pacto de convivencia (art. 518, párr. 1º), por lo que la validez o no de las donaciones entre ellos dependerá de lo pactado. En cambio, si no existe tal pacto, como regla los convivientes ejercen libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad (art. 518, párr. 2º). En este caso, la donación hecha entre ellos es válida a menos que importe el pago del comercio sexual o del rompimiento de las relaciones, en cuyo caso el acto tendría una causa inmoral y por tanto ilícita.

1197. Momento en que debe existir la capacidad

La capacidad de ambas partes debe ser juzgada al momento en que el donante recibe la aceptación del donatario, en tanto si alguna de las partes fallece o se incapacita antes de dicho momento, la oferta caduca de pleno derecho (art. 976).

C.— OBJETO

1198. Cosas que pueden ser donadas; principio general

El objeto de la donación debe ser una cosa corporal; los derechos no pueden donarse, sino cederse gratuitamente, si bien la distinción no es de mayor importancia, porque a la cesión gratuita de derechos se aplican las reglas de la donación en lo que no estén modificadas por reglas especiales (art. 1614). En el derecho comparado prevalece en cambio el sistema de que tanto los derechos como las cosas corporales pueden ser objeto de una donación.

1199. Prohibición de donar los bienes futuros

La donación debe referirse a cosas determinadas cuyo dominio esté en poder del donante al momento de contratar (art. 1551, 1ª parte); en razón de lo cual la donación de bienes futuros es nula.

La prohibición de la ley se justifica por una razón de política legislativa; tiende a evitar la prodigalidad. Es bueno que el donante tenga conciencia exacta del alcance de su liberalidad; la prohibición de donar cosas futuras lo pone a resguardo de su imprevisión.

Por cosas futuras debe entenderse todas las que no están actualmente incorporadas al patrimonio de una persona, aunque más tarde ingresen a él sin necesidad de un acto de voluntad; tal como, por ejemplo, la próxima cosecha, el producido del año financiero de una sociedad cuando todavía no se ha cerrado el ejercicio, la próxima parición de un establecimiento ganadero. Va de suyo que si después de separada la cosecha o nacida la cría o revelada la ganancia de la sociedad, el donante hace entrega de su producido al donatario, el acto que originariamente era nulo, queda confirmado.

Si bien el Código Civil y Comercial nada dice respecto del supuesto en que la donación comprende bienes presentes y futuros, entendemos que la nulidad afecta solo

a los futuros, tal como lo disponía el artículo 1800 del Código Civil de Vélez, norma que resulta aplicable por constituir un uso, no contrario a derecho, de conformidad con lo que prevé el artículo 1º. Es un caso de nulidad parcial del acto.

1200. Donación de cosa ajena

La donación de cosa ajena es nula, pues, como se dijo antes, la donación debe referirse a cosas determinadas cuyo dominio esté en poder del donante al contratar (art. 1551). La adquisición posterior de la cosa no convalida el negocio nulo ab initio, del mismo modo que la adquisición posterior al acto de una cosa futura no mejora la nulidad. En ambos casos, la solución está inspirada en un deseo de frenar la prodigalidad.

1201. Donación de todos los bienes presentes

Es nula la donación de todos los bienes presentes de una persona o de una parte sustancial de su patrimonio, a menos que el donante se reserve su usufructo o cuente con otros medios suficientes para su subsistencia (art. 1551, 2ª parte). Nuevamente la ley se ocupa de evitar el desamparo del donante provocado por su prodigalidad o su irreflexión.

Cabe preguntarse si la donación de todos los bienes presentes es totalmente nula, o solo lo es en la medida suficiente para dejar en poder del donante los bienes necesarios para su subsistencia. Predomina, a nuestro juicio con razón, la opinión de que se trata de una nulidad total. La donación de todos los bienes presentes, sin reserva alguna, revela una grave irreflexión que afecta todo el acto.

Si siendo suficientes los bienes —en el momento en que se otorgó el acto— para su subsistencia, devienen más tarde insuficientes, sea que el donante los consumió o se perdieron por fuerza mayor, la donación mantiene su validez y el donante no tendrá otro derecho que reclamar alimentos.

D.— FORMA

1202. Forma de las donaciones

Dispone el artículo 1552 que *deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad, las donaciones de bienes inmuebles; las de bienes muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias.*

En tales hipótesis la escritura es un requisito solemne, de solemnidad absoluta; solo se exceptúan las donaciones hechas al Estado que puedan acreditarse con las constancias de actuaciones administrativas (art. 1553) y los aportes patrimoniales (que incluyen los bienes registrables) para constituir una fundación que requieren ser formalizados por instrumento público (los que están enunciados en el art. 289) y que el Estado la autorice a funcionar (art. 193, párr. 2º).

La exigencia de escritura pública tiene su antecedente en el artículo 1810 del Código Civil, luego de la reforma de la [ley 17.711](#). Con esta solución, la ley se propone proteger al donante, asegurar la libertad de su decisión, llamar su atención respecto del acto que va a realizar y evitarle los perjuicios que pueden resultarle de un impulso irreflexivo y generoso. Si para concretar la donación es indispensable ocurrir ante el escribano, hacer preparar la escritura y luego firmarla, transcurrirán varios días entre la promesa y la consumación del acto; días en los cuales el donante podrá reflexionar acerca de su liberalidad y arrepentirse, o reafirmarse en su propósito de llevarla a cabo.

Es razonable que la ley cuide de modo especial estas transmisiones de dominio que no son el resultado de una negociación, ni un cambio de valores, y que importan una amputación líquida del patrimonio del donante. No es lo mismo la promesa de una donación que la de una compraventa o permuta, porque en estos casos, como en todos los contratos conmutativos, la ley debe su protección por igual a ambas partes, en tanto que en la donación debe proteger principalmente al autor de ella.

Muy importante debe ser esta consideración desde que el carácter solemne de las donaciones es de las reglas más tradicionales y más uniformemente admitidas en la legislación contemporánea (Cód. Civil francés, art. 931; italiano, art. 782; español, art. 633; portugués, art. 947; venezolano, art. 1439; peruano, arts. 1624 y 1625; mexicano, arts. 2344 y 2345; brasileño, art. 541; paraguayo, art. 1213; ecuatoriano, art. 1416; cubano, art. 374; alemán, art. 518, solo para las promesas de donación; de las Obligaciones suizo, arts. 242 y 243, solo para los inmuebles). Es indudable, pues, que la tendencia a la desolemnización no ha alcanzado a las donaciones.

Las donaciones de cosas muebles no registrables y títulos al portador pueden hacerse, bien por instrumento privado, bien por la mera entrega de la cosa (art. 1554). En cambio, los títulos nominativos o a la orden no se transmiten por la sola tradición. En esos casos será necesario el endoso o la prueba escrita de la donación por instrumento separado. Con todo, debe señalarse que —estrictamente— esta es una hipótesis de cesión gratuita de derecho y no de donación; pero la cuestión no tiene importancia porque de cualquier modo se aplica el régimen de las donaciones (art. 1614).

La donación de los buques de diez toneladas o más de arqueado total debe hacerse por escritura pública o por documento autenticado, bajo pena de nulidad (art. 156, ley 20.094); los de menos de diez toneladas deben hacerse por instrumento privado con la firma de los contratantes certificada (art. 159, ley 20.094).

1203. Forma de la aceptación

El artículo 1545 remite la regulación de las formas de la aceptación a lo establecido para la formas de las donaciones, en el artículo 1552. Desde esta perspectiva, entendemos que las donaciones que deben ser realizadas por escritura pública, también deben ser aceptadas en la misma forma. El resto de las donaciones, en cambio, pueden ser aceptadas de cualquier forma, expresa o tácita. La forma corriente será la recepción de la cosa donada.

E.— PRUEBA

1204. Prueba de las donaciones solemnes

El problema de la prueba de las donaciones debe ser apreciado en relación con las partes y con los terceros.

a) Entre las partes

Si se tratase de la demanda del donatario para exigir la entrega de las cosas que se enumeran en el artículo 1552, la donación solo podrá probarse por escritura pública. No basta con la prueba del ofrecimiento de la donación; es indispensable también que se acredite por el mismo medio la aceptación.

b) Por terceros

Los terceros pueden tener interés en probar la existencia de una donación, sea para intentar la acción revocatoria o de simulación, sea para demandar la reducción de las liberalidades inoficiosas. Respecto de ellos no hay ninguna restricción y pueden valerse de cualquier medio de prueba.

1205. Prueba de las donaciones de cosas muebles no registrables

También aquí es necesario considerar el problema con relación con las partes y terceros.

a) Entre las partes

El que exige la entrega de la cosa donada, debe probarla por instrumento escrito; no se admite la prueba de la promesa verbal de donación, por más concluyente que ella sea, a menos que el donante la confiese judicialmente. Un contrato de donación, por las consecuencias que acarrea, es de uso instrumentarlo por escrito, y por ello, no puede ser probado exclusivamente por testigos (art. 1019, párr. 2º). Si estamos ante una donación manual, la prueba de la tradición puede hacerse por cualquier medio. Si el que transmitió la cosa alegase que el poseedor de ella no la tiene por donación sino por otro título (depósito, préstamo, etc.), debe probar que la donación no ha existido, para lo cual podrá valerse de cualquier medio de prueba, o probar que fue adquirida por otro título diferente de la donación manual. Así lo disponía, de manera expresa, el artículo 1817 del Código Civil de Vélez. Esta solución es una consecuencia de la presunción de propiedad que goza quien posee una cosa mueble (art. 1895).

b) Por los terceros

Como en el caso de las donaciones solemnes, no hay limitaciones a los medios de prueba de que pueden valerse los terceros que necesiten acreditar la liberalidad.

§ 3.— Efectos de las donaciones

A.— OBLIGACIONES DEL DONANTE

1206-1216. Obligación de entregar la cosa; los frutos

La obligación esencial del donante es la de entregar la cosa donada; obligación que nace desde que es puesto en mora por el donatario (art. 1555), mora que —como regla— se produce por el mero transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación (art. 886, párr. 1º). Sostenemos además, que tal como lo disponía el artículo 1833 del Código Civil de Vélez, el donante no solo debe entregar la cosa, sino también los frutos que la cosa devengue a partir del momento en que fue puesto en mora. Pero el donante, aun puesto en mora, no puede ser considerado poseedor de mala fe, lo que sería realmente una sanción excesiva contra el autor de una liberalidad. Es decir, él debe solo los frutos percibidos desde el momento de la mora, pero no los que por su

culpa hubiera dejado de percibir, obligación que solo pesa sobre el poseedor de mala fe (art. 1935).

1217. Pérdida o deterioro de la cosa

En caso de incumplimiento o mora, el donante solo responderá por dolo (art. 1555), esto es, cuando haya tenido intención de dañar al donatario o una manifiesta indiferencia por los intereses de este último (art. 1724). Por lo tanto, el Código Civil y Comercial no diferencia según que la cosa se pierda o deteriore antes o después de la mora. En ambos casos, el donante solamente responderá si ha actuado dolosamente.

1218. Acciones de que puede valerse el donatario

El donatario tendrá tanto la acción real de reivindicación, en tanto dueño de la cosa donada, como las acciones personales contra el donante y sus herederos por cumplimiento. En principio, la acción reivindicatoria tiene por objeto defender la existencia de un derecho real que se ejerce por la posesión (art. 2248), y como no pudo haber posesión del donatario desde que no hubo tradición todavía, parece razonable deducir que no tiene acción real hasta el momento de la tradición. Pero si se reconoce al comprador el derecho a reivindicar la cosa del tercero que la posee aunque todavía no se le haya hecho tradición (así lo ha resuelto un fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital, 9/11/1958, LL 92-463), parece que la misma solución debe aplicarse a la donación. Es decir, si después de hecha la donación, el donante transmite la cosa a un tercero, el donatario podrá reivindicarla de este tercero. Tratándose de muebles, empero, esa acción quedará normalmente paralizada por imperio del artículo 1895, según el cual la posesión de buena fe de una cosa mueble crea en favor del que la posee la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si la cosa no fuere robada o perdida.

La acción para reclamar la cosa del donante y sus herederos será siempre una acción personal.

1219. Garantía de evicción

El donante sólo responde por evicción en los siguientes casos: a) si expresamente ha asumido esa obligación; b) si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario; c) si la evicción se produce por causa del donante; d) si las donaciones son mutuas, remuneratorias o con cargo (art. 1556). Surge claramente entonces que la regla general es que el donante no garantiza por evicción al donatario, salvo que el donante haya asumido esa obligación u obre de mala fe, o exista una prestación a cargo del donatario.

A su vez, el artículo 1557 define los alcances de la responsabilidad por evicción, de acuerdo con diferentes supuestos:

a) Si la donación es puramente gratuita, el donatario solo debe indemnizar los gastos en los que incurrió el donatario en razón del contrato de donación.

b) Si la donación es parcialmente onerosa, además de los gastos antes referidos, debe: i) reembolsar el valor de la cosa por él recibida, si la donación es mutua; ii) abonar los gastos incurridos en el cumplimiento del cargo si se tratare de una donación con cargo, o iii) pagar los servicios recibidos en el caso de las donaciones remuneratorias.

Debe señalarse que en el caso de las donaciones mutuas, el donatario no puede pretender la restitución de la cosa por él entregada, sino solamente su valor económico.

El artículo 1557 añade que *si la evicción proviene de un hecho posterior a la donación imputable al donante, éste debe indemnizar al donatario los daños ocasionados.*

Finalmente, si la evicción es parcial, lógicamente el resarcimiento se reduce proporcionalmente (art. 1557, párr. 3º).

1220. Vicios ocultos

El artículo 1558 establece claramente que *el donante sólo responde por los vicios ocultos de la cosa donada si hubo dolo de su parte, caso en el cual debe reparar al donatario los daños ocasionados*. Desde esta perspectiva, entendemos que hay "dolo del donante", cuando éste conoce la existencia del vicio y no se lo advierte al donatario, lo que implica una manifiesta indiferencia por los daños que puede sufrir éste (art. 1724).

Desde luego, tanto en el supuesto de vicios ocultos, como en el de evicción, el donatario puede ejercer en su provecho las acciones de responsabilidad correspondientes a su donante y a los demás antecesores (art. 1035).

B.— OBLIGACIONES DEL DONATARIO

1221. Principio

La donación es un contrato unilateral que en principio no impone obligaciones sino al donante. Todo lo más, el donatario tiene una obligación general de gratitud, de la que nos ocuparemos en seguida; pero ella no se refiere al cumplimiento del contrato en sí mismo, sino a una conducta permanente que es razonable exigir de quien ha recibido un beneficio. Pero puede ocurrir que en el mismo contrato el donante imponga al donatario ciertas obligaciones accesorias llamadas cargos, que no dependen de la naturaleza del contrato sino de estipulaciones especiales; de ellas nos ocuparemos más adelante.

1222. Obligación de gratitud; alimentos debidos al donante

El donatario tiene un deber moral de gratitud hacia el donante. En el plano puramente ético, esa gratitud se revelará sobre todo con hechos positivos; en el plano jurídico, se cumple con dicho deber absteniéndose de la realización de actos que impliquen una notoria ingratitud; y si el donatario incurre en ellos, la liberalidad puede ser revocada. Hay, sin embargo, un supuesto en el que la gratitud debe mostrarse positivamente: el donatario está obligado a pasar alimentos al donante cuando éste no tuviere medios de subsistencia y siempre que la donación haya sido gratuita (art. 1559).

Para que nazca la obligación alimentaria a cargo del donatario es preciso:

a) Que la donación no haya sido onerosa, porque si se hubiera impuesto un cargo o se tratase de una donación remuneratoria, el acto no sería ya puramente gratuito. El fundamento legal es muy discutible desde el punto de vista de la equidad, porque la imposición de un cargo o la existencia de un servicio remunerable no quita su carácter gratuito a la donación y porque a pesar de contenerlo, el beneficio recibido por el donatario puede ser cuantioso.

b) Que el donante no tuviere medios de subsistencia, ni posibilidad de adquirirlos con su trabajo.

El artículo 1572 establece que esta es una obligación subsidiaria, que solo pesa sobre el donatario cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia.

1223. Restitución de la cosa

La obligación alimentaria puede resultar excesivamente gravosa en relación con la importancia de los bienes donados. En ese caso, la ley permite al donatario liberarse de

ella devolviendo los bienes donados o el valor de ellos si los hubiese enajenado (art. 1559, *in fine*).

1224. Acciones del donante

El incumplimiento de la obligación alimentaria brinda al donante dos acciones: una por prestación de los alimentos y otra por revocación de la donación, aunque la acción de revocación deberá reunir determinados supuestos que trataremos más adelante en los números 1254 y siguientes.

1225. Pago de las deudas del donante

El donatario no está obligado al pago de las deudas que el donante tenga o tuviere en el futuro, ni aun cuando estas afectaran el bien donado, a menos que se hubiera comprometido expresamente a ello.

1226. Donación de un inmueble hipotecado

Supuesto que el inmueble donado esté gravado con hipoteca, ¿el donatario está obligado a pagar la deuda? En la doctrina francesa predomina la negativa, juzgándose que el gravamen es solo una garantía de una deuda personal del donante, que no pesa sobre el donatario. El razonamiento no carece de lógica, pero la solución es contraria a la equidad. Cuando una persona dona un inmueble hipotecado, entiende que el donatario, que ya recibe un beneficio, se hará cargo de la hipoteca y, si hay dudas, ellas deben interpretarse en el sentido que haga menos onerosa la donación.

§ 4.— Diversas clases de donaciones

A.— DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE

1227. Principio general

Nuestro Código prohíbe las donaciones deferidas para el fallecimiento del donante (art. 1546). Esta regla no se opone a que una persona transfiera actualmente la propiedad de una cosa, reservándose el usufructo o el uso y goce de ella hasta el momento de la muerte; habrá en tal caso la donación de la nuda propiedad, lo que es perfectamente legítimo.

Tampoco se opone a la validez de las siguientes donaciones: a) la que se hace con la condición de que el donatario restituirá los bienes donados si el donante no falleciere en un tiempo previsto; b) la que se hace con la condición de que los bienes se restituirán al donante si éste sobreviviese al donatario. Aquí no se trata de actos de última voluntad, pues la donación produce todos sus efectos de inmediato, sin que dependa para ello de la muerte del donante. Son donaciones sometidas a una condición resolutoria.

B.— DONACIONES MUTUAS

1228. Concepto

Se llaman donaciones mutuas aquellas que se hacen dos o más personas recíprocamente. Difícilmente un acto tal puede considerarse hecho a título gratuito; en verdad, la donación prometida por una de las partes ha sido tenida en mira por la otra al hacer su promesa recíproca; el acto es oneroso, no gratuito. No se justifica, entonces, que se les aplique el régimen de las donaciones; por más que las partes lo hayan llamado donación, lo que hay es más bien una permuta. Pero no hay que exagerar la analogía. En las donaciones recíprocas, si bien cada una de las partes tiene en mira lo que recibirá de la otra, en cambio ninguna de ellas manifiesta preocupación por la equivalencia de las contraprestaciones. Por consiguiente, el acto no podrá impugnarse por lesión.

El Código Civil y Comercial no regula este tipo de donación, aunque la reconoce en el artículo 1560 al establecer ciertos efectos, y dispone los alcances de la evicción sobre ella (arts. 1556 y 1557). Tampoco exige que tales donaciones deban hacerse en un solo acto, como sí lo disponía el Código Civil de Vélez (art. 1819).

El mentado artículo 1560 establece que la nulidad de una de las donaciones mutuas afecta a ambas; en cambio, la ingratitud o el incumplimiento de los cargos solo perjudican al donatario culpable.

C.— DONACIONES REMUNERATORIAS

1229. Concepto

El concepto de donación remuneratoria ha sido definido en el artículo 1561, estableciendo que *son donaciones remuneratorias las realizadas en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, apreciables en dinero y por los cuales el segundo podría exigir judicialmente el pago*.

Si, en cambio, se trata de recompensar servicios que no dan lugar a acción judicial, no hay donación remuneratoria sino simple. En consecuencia, no lo es la efectuada por un deber moral de gratitud, ni la que se hace como recompensa a los buenos servicios prestados por un servidor a quien se le han pagado puntualmente sus sueldos.

¿La propina es una donación remuneratoria? Preferimos la opinión que lo niega. Aunque la propina no es estrictamente obligatoria, ambas partes tienen más bien la conciencia de dar y recibir una retribución de servicios que una liberalidad. A su vez, la jurisprudencia del fuero del Trabajo, en algunos supuestos ha considerado a la propina como parte integrativa del salario.

1230. Régimen legal

Las donaciones remuneratorias están sujetas al siguiente régimen legal:

a) La aceptación de la donación remuneratoria equivale a la aceptación del pago de los servicios; en consecuencia, el donatario no podrá en adelante cobrarlos judicialmente. Es lógico que así sea, porque el donante ha entendido pagar, solo que lo ha hecho con generosidad, pagando más de lo que debía.

Por el contrario, la simple donación (hecha sin intención remuneratoria) no priva a quien prestó el servicio del derecho a reclamar su pago.

b) En la medida en que importa una remuneración equitativa de los servicios prestados, se reputa un acto oneroso (art. 1564). En consecuencia, está sujeta a la acción por evicción y por vicios redhibitorios y no puede ser reducida por inoficiosidad ni da lugar a colación, ni puede ser revocada. En cambio, en cuanto excede de la justa retribución, está sujeta al régimen legal de las donaciones simples.

c) El artículo 1561, *in fine*, introdujo un requisito formal para que la donación remuneratoria sea considerada tal: debe constar por escrito en el documento donde se plasma la donación, lo que se tiene en mira remunerar. Si ello falta, se considerará que la donación es simple.

D.— DONACIONES CON CARGO

1231. Concepto y régimen legal

Llámase cargo a la obligación accesoria impuesta al que recibe una liberalidad.

En la medida en que el valor del cargo absorba el de los bienes donados, el acto es considerado oneroso; en el excedente, es reputado gratuito (art. 1564). Es decir, se aplica sobre el punto el mismo sistema seguido en materia de donaciones remuneratorias. En cuanto acto oneroso, dará lugar a la responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios y no podrá ser objeto de reducción por inoficiosidad; en cuanto acto gratuito, no origina esa responsabilidad y puede ser reducido y colacionado. Pero si la importancia de la donación fuese más o menos igual a la de la carga que se impone al donatario, no se aplicará ninguna de las normas relativas a las donaciones (art. 1564), porque el acto es oneroso.

1232. Consecuencia de la inejecución del cargo

La inejecución del cargo por el donatario hace nacer las siguientes acciones:

a) Acción por cumplimiento

Ante todo, el donatario puede ser demandado por cumplimiento del cargo. Si éste ha sido establecido en favor del donante, la acción por cumplimiento la tienen: 1) el propio donante, y también sus sucesores a título universal (art. 2280); 2) sus acreedores, en ejercicio de la acción subrogatoria; 3) el albacea (art. 2523). Si el cargo ha sido establecido en favor de terceros, la acción puede ser intentada, además, por el tercero beneficiario, en tanto el artículo 1562 le confiere legitimación activa. También parece lógico admitir que tanto el sucesor particular como el acreedor del beneficiario puedan reclamar el cumplimiento por medio de la acción subrogatoria (art. 739).

b) Acción por revocación

La acción por revocación de la donación solo compete al donante y sus herederos (art. 1562). Se trata de una acción personalísima que no puede ser intentada por los acreedores por vía indirecta ni por el tercero beneficiario del cargo, que solo puede pedir

el cumplimiento. La norma citada (párr. 3º) añade que *si el tercero ha aceptado el beneficio representado por el cargo, en caso de revocarse el contrato tiene derecho para reclamar del donante o, en su caso, de sus herederos, el cumplimiento del cargo, sin perjuicio de sus derechos contra el donatario.*

c) Responsabilidad del donatario por los cargos

El donatario solo responde por el cumplimiento de los cargos con la cosa donada, y hasta su valor si la ha enajenado o ha perecido por hecho suyo. En cambio, queda liberado si la cosa ha perecido sin su culpa. Incluso, puede liberarse de esta responsabilidad, restituyendo la cosa donada, o su valor si ello es imposible (art. 1563).

1233. Cargos imposibles, ilícitos o inmorales

Los cargos imposibles, ilícitos o inmorales no anulan la donación, sino que se los tiene por no escritos (art. 357).

§ 5.— Inoficiosidad de las donaciones

1234. El problema; remisión

La porción legítima de los herederos forzosos está garantizada contra todo acto de disposición gratuita de bienes, sea entre vivos o de última voluntad. Por consiguiente, si el valor de las donaciones excede la porción disponible del donante, los herederos forzosos pueden demandar su reducción en la medida necesaria para cubrir sus legítimas. Esto se llama donación inoficiosa (art. 1565).

El estudio de este problema pertenece al derecho sucesorio, por lo que nos hemos de limitar a señalar dos cuestiones.

La primera, que la acción de reducción por inoficiosidad únicamente puede afectar las donaciones remuneratorias en la medida en que exceden el justo pago del servicio, y las donaciones con cargo en cuanto la liberalidad supera el valor económico del cargo impuesto al beneficiario (art. 1564).

La segunda, que la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la cosa, pudiéndose unir las distintas posesiones (art. 2459).

§ 6.— Reversión de las donaciones

1235. Donaciones condicionales; limitaciones derivadas del principio de la irrevocabilidad

La donación, como todo acto jurídico, puede sujetarse a condición. Tratándose de condiciones suspensivas, ninguna limitación hay derivada de su carácter mixto o casual; solamente las puramente potestativas anularían la donación, de acuerdo con el principio general del artículo 344, primer párrafo. En cambio, tratándose de condiciones

resolutorias, deben ser casuales o bien depender de la voluntad del donatario (por ej., la donación de un automóvil a un sobrino con la condición resolutoria de que se gradúe en el plazo de un año), pero nunca puede la condición depender de la voluntad del donante, porque si así fuera, estaría librado al arbitrio de éste la suerte de los bienes donados, lo que colocaría al dominio en una incertidumbre inadmisible y sería contrario al principio de la irrevocabilidad de las donaciones. Tales condiciones anularían la donación.

Cumplida la condición suspensiva, la donación es exigible por el donatario. Cumplida la resolutoria, el dominio que fuera transferido al donatario queda revocado.

1236. Reversión por premoriencia del donatario

Dentro de las condiciones resolutorias que suelen imponerse en las donaciones, una de las más frecuentes e importantes es la reversión por premuerte del donatario (art. 1566). De acuerdo con esta cláusula, los bienes donados retornan al patrimonio del donante si el donatario fallece antes que aquel. La legitimidad y aun la utilidad de esta cláusula son evidentes. La donación es un acto *intuitu personae*. El donante quiere beneficiar a Pedro pero no tiene el menor interés en que luego reciban los bienes sus herederos, con quienes tal vez está enemistado. La cláusula de reversión le asegura que si el donatario fallece primero, los bienes volverán a su poder y no irán a manos de quien no quiere.

La cláusula puede también disponer la reversión para el caso de que fallezcan, antes que el donante, "el donatario, su cónyuge y sus descendientes" (art. 1566). El fundamento que tiene la norma es el eventual interés que puede tener el donante en que el bien no salga de la familia del donatario.

1237. Beneficiarios

La reversión condicional no puede ser estipulada sino en beneficio del donante. Si el contrato la estableciere en provecho del donante y de sus herederos o de un tercero, la cláusula solo será válida respecto del primero y se considerará como no escrita respecto de los últimos (art. 1566, párr. 2º). Esta disposición se propone evitar que se prolongue durante mucho tiempo el estado de incertidumbre sobre el dominio de las cosas donadas.

1238. Forma de reversión

La reversión debe ser establecida en forma expresa en el contrato (art. 1566, párr. 2º). No significa esto que deban emplearse términos solemnes o sacramentales, basta con que esté claramente establecida.

1239. Alcance de la cláusula de reversión

Los alcances de la cláusula de reversión deben ser considerados en relación con diferentes modalidades que ella puede asumir:

a) Cuando el derecho de reversión ha sido estipulado para el caso de que la muerte del donatario preceda a la del donante, la reversión tiene lugar desde la muerte del donatario, aunque le sobrevivan sus hijos.

b) Cuando el derecho de reversión ha sido reservado para el caso de muerte del donatario, su cónyuge y sus descendientes, la reserva no principia para el donante sino por la muerte del cónyuge y de todos los descendientes del donatario.

c) Cuando el derecho de reversión se hubiera establecido para el caso de muerte del donatario sin hijos, la existencia de hijos a la muerte del donatario extingue el derecho, que no revive ni aun en caso de la muerte de estos hijos antes de la del donante (art. 1566, párr. 3º).

1240. Efectos de la reversión

La cláusula de reversión es una condición resolutoria; sus efectos se producen *ipso iure*, sin necesidad de demanda y son los propios de estas condiciones. Nos limitaremos aquí a indicar las soluciones generales y a señalar algunos problemas propios de la reversión.

a) Reversión pendiente

Cuando todavía no se ha cumplido el hecho del que depende la reversión, el donatario se encuentra en la condición de un propietario puro y simple. Sus acreedores podrán embargar y ejecutar los bienes donados, sin perjuicio de los efectos que luego tendrá sobre el dominio el cumplimiento de la condición. El donante, por su parte, está autorizado para ejercer las medidas conservatorias necesarias para la protección de su derecho eventual.

b) Condición cumplida

La reversión de los bienes tiene efectos retroactivos, al menos si se trata de bienes registrables, *pues el donante puede exigir la restitución de las cosas transferidas conforme a las reglas del dominio revocable* (art. 1567). La retroactividad está establecida como regla por el artículo 1967, primer párrafo. En consecuencia, la enajenación de los bienes donados por el donatario queda sin ningún efecto y vuelven al patrimonio del donante, libres de toda carga o hipoteca. Sin embargo, tratándose de cosas no registrables, la revocación no tendrá efectos contra terceros, sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tengan una obligación personal de restituir la cosa (art. 1967, párr. 2º). Por lo tanto, en este caso, el adquirente de buena fe y a justo título podrá defenderse contra la acción reivindicatoria del donante.

c) Certeza de que la condición no podrá cumplirse

Desde el momento en que el donante ha fallecido antes que el donatario, la condición de la que depende la reversión se hace de cumplimiento imposible y el dominio queda definitivamente consolidado en la cabeza del donatario o de quien hubiera adquirido de él los bienes donados. Pero si el donatario fuere causante voluntario de la muerte del donante, la condición se reputa cumplida y los bienes revierten al patrimonio de los herederos del donante, pues no sería concebible que alguien resultara beneficiado por su propio dolo; el homicidio simplemente culpable y no intencional, no perjudica al donatario.

1241. Renuncia a la reversión

Puesto que la reversión es un derecho de carácter patrimonial, nada impide que sea renunciado por el donante. La renuncia puede ser expresa o tácita. El propio Código atribuye el significado de una renuncia tácita a la conformidad que da el donante para que el donatario enajene la cosa donada (art. 1568). Debe recordarse que dicho consentimiento no es en modo alguno necesario para que el donatario enajene los bienes; por ello es que si, no obstante ser innecesario, lo da el donante, tal actitud debe interpretarse como una renuncia tácita del derecho de reversión.

El asentimiento del donante para que se grave con derechos reales (v.gr., hipoteca o prenda) la cosa donada, solo beneficia a los titulares de tales derechos (art. 1568), pero no importa renuncia del derecho de reversión en favor del donatario. En tal caso, el acreedor puede hacer ejecución del bien y el adquirente no podrá ser molestado en su dominio por la reversión; pero producida esta, el donante tiene derecho a reclamar de los herederos del donatario no solo el saldo de precio, sino todavía el valor de la cosa donada que fue objeto de la ejecución.

§ 7.— Revocación de las donaciones

1242. Casos en que el donante puede revocar la donación

En principio la donación es irrevocable por voluntad del donante; de lo contrario se cerniría una permanente incertidumbre sobre el derecho del donatario y sus sucesores. La ley solo admite la revocación en estos supuestos: a) cuando el donatario no ha ejecutado los cargos impuestos; b) cuando ha incurrido en ingratitud hacia el donante; c) cuando después de la donación han nacido hijos al donante y esta causa de revocación se hubiera previsto en el contrato (art. 1569, párr. 1º). Respecto de esta última causal, basta su mención. Solo señalaremos que si bien está incluida como un supuesto de revocación de la donación, parece más bien constituir un caso de reversión porque, en verdad, se trata de una condición resolutoria.

Las donaciones onerosas (donaciones con cargo y remuneratorias) pueden ser revocadas pero el donante debe reembolsar el valor de los cargos satisfechos o de los servicios prestados por el donatario (art. 1569, párr. 2º).

A.— REVOCACIÓN POR INEJECUCIÓN DE LOS CARGOS

1243. Solución legal

Si el donatario incurre en incumplimiento de los cargos impuestos por el donante, éste tiene derecho a revocar la donación (art. 1570, párr. 1º). El incumplimiento no origina una pérdida *ipso iure* del derecho a los bienes donados; es preciso un acto de voluntad del donante. No interesa que el cargo haya sido impuesto en interés del donante o de un tercero; en cualquier caso la acción de revocación queda abierta.

También es indiferente a los efectos del ejercicio del derecho de revocación, la naturaleza del cargo, que puede tener un contenido económico o extrapatrimonial.

1.— Acción de revocación

1244. Quiénes pueden demandar la revocación

Según el artículo 1562, segundo párrafo, el derecho de demandar la revocación de una donación por inejecución de los cargos impuestos al donatario solo corresponde al donante y sus herederos. En consecuencia, no puede ser ejercida por los acreedores por vía de la acción subrogatoria, solución razonable porque la revocación se funda no solo en el incumplimiento del donatario sino también en un acto de voluntad del donante, quien no está privado de mantener su liberalidad, no obstante el incumplimiento del

beneficiario. Tampoco tiene la acción de revocación el tercero beneficiario del cargo; él solo tiene la de cumplimiento (art. citado).

1245. Condiciones de ejercicio de la acción

Para que sea viable la acción de revocación deben reunirse las siguientes condiciones:

a) Incumplimiento del cargo

Ante todo, es menester que el donatario no haya cumplido el cargo. En principio, es indiferente la razón por la cual el cargo no se ha cumplido; al donante le basta con probar el incumplimiento. Pero, entendemos, no habrá lugar a revocación si el donatario demuestra que no ha cumplido con él por una razón de fuerza mayor, sobrevenida *con anterioridad* a la constitución en mora (arg. art. 1733); en cambio, la fuerza mayor ulterior a la constitución en mora no impide la revocación.

¿Qué ocurre si el incumplimiento ha sido solo parcial? El principio es que el cumplimiento parcial no impide el ejercicio del derecho de revocación; pero en esta materia es natural aplicar estos principios con alguna flexibilidad; los jueces deben apreciar las circunstancias del caso y decidir si la inejecución tiene tal gravedad como para dejar sin efecto la liberalidad.

b) Constitución en mora

La acción de revocación por inejecución del cargo solo puede intentarse después que el donatario ha quedado en mora (arg. arts. 886 y 887).

1246. Prescripción

El plazo de prescripción para ejercer la acción revocatoria por la inejecución de los cargos es el ordinario de cinco años previsto en el artículo 2560.

Resulta importante determinar a partir de qué momento comienza a correr dicho plazo. Necesariamente la respuesta debe considerar el tipo de cargo de que se trate. Diferente es, por ejemplo, que el cargo consista en entregar una cosa a una persona determinada, o que se trate de exhibir ciertas cosas en un lugar público. En el primer caso, el incumplimiento podría ser ignorado por el donante en la medida en que el beneficiario no lo reclamara, con lo cual, el plazo debe correr a partir del momento del efectivo conocimiento del hecho. En el segundo, en cambio, no hay posibilidad de que el incumplimiento no sea conocido, y ello influye en el momento a partir del cual comienza a correr la prescripción.

2.— Efectos de la revocación

1247. Respecto de las partes

La revocación por incumplimiento de los cargos obra como condición resolutoria; el dominio de los bienes donados queda revertido retroactivamente al patrimonio del donante (art. 1969), lo que implica que el donatario pierde el valor de las mejoras que pudiera haber introducido. Pero el donatario hace suyos los frutos (art. 348, *in fine*) hasta el momento en que fue puesto en mora.

El donatario responde por la pérdida o deterioro de la cosa si se han originado en su culpa (art. 755), pero no cuando han sido causados por fuerza mayor (art. 1732); de

igual modo, el donatario responde al donante por los daños que se deriven de la enajenación de la cosa o de la imposibilidad de devolverla por su culpa, debiendo resarcirle el valor de la cosa donada al tiempo de promoverse la acción de revocación, con más sus intereses (art. 1570, *in fine*).

1248. Respetto de terceros

Los terceros a quienes el donatario transmite bienes gravados con cargos solo deben restituirlos al donante, al revocarse la donación, si son de mala fe (art. 1570, párr. 3º). De la norma se desprende que si el tercero es de buena fe, la que se presume, no verá afectado su derecho. Sin embargo, conviene recordar que si el derecho transmitido por el donatario es registrable (enajenaciones, servidumbres, hipotecas, usufructos, prendas con registro, etc.), el tercero no podrá alegar buena fe a raíz de la publicidad registral que existe, y, en tal caso, los derechos constituidos sobre el bien por el donatario quedan sin efecto, siempre que los cargos impuestos al donatario hayan sido inscriptos.

Si las cosas donadas son muebles no registrables, los terceros adquirentes de ellos de buena fe no son alcanzados por la acción de revocación por imperio de lo dispuesto por el artículo 1895, según el cual la posesión de buena fe de una cosa mueble, no hurtada ni perdida, es suficiente para adquirir los derechos reales principales (dominio), lo que permite repeler la acción de reivindicación. Sin embargo, la norma citada admite la reivindicación si el verdadero propietario prueba que la adquisición fue gratuita. La revocación solo tendrá lugar cuando el tercero adquirente es de mala fe (art. 1570, párr. 3º), lo que ocurre si conocía las cargas impuestas y sabía que no estaban cumplidas.

Aunque no existe en el Código Civil y Comercial una norma análoga al artículo 2670 del Código Civil de Vélez, entendemos que la solución respecto de los actos de administración del donatario no puede variar: deben ser respetados por el donante cuya acción de revocación ha prosperado.

Los terceros que se vieren afectados por una acción de revocación pueden impedir sus efectos ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario, a menos que las prestaciones que constituyen los cargos deban ser ejecutadas *precisa y personalmente* por éste (art. 1570, párr. 1º).

1249. Respetto del beneficiario del cargo

Puede ocurrir que el cargo cuyo incumplimiento ha dado origen a la revocación sea en beneficio de un tercero, cuya posición es la de subdonatario. Puede también ocurrir que una donación contenga varios cargos en favor de terceros; que el donatario haya cumplido varios de ellos pero no todos, por cuyo motivo, la donación es revocada. ¿En qué situación quedan los beneficiarios de los cargos? ¿También su beneficio queda sin efecto como consecuencia de la revocación retroactiva de la donación? Tal solución sería contraria a la equidad y a la misma intención que movió al donante a celebrar el acto. Estos beneficiarios ocupan la situación de un subdonatario; desde que ellos han aceptado el cargo, éste queda firme y pueden pedir su cumplimiento del donante que ha revocado la donación. Éste es el significado del artículo 1570, segundo párrafo, cuando dispone que la revocación no perjudica a los terceros en cuyo beneficio se establecieron los cargos.

Para que el derecho del beneficiario sea definitivo, es indispensable que haya aceptado el cargo, porque hasta ese momento la liberalidad es revocable por la sola voluntad del donante (art. 1027). La aceptación puede ser expresa o tácita; esta última surge del recibo total o parcial de la prestación en que consiste el cargo.

1250. Límites de la responsabilidad del donatario

El donatario solo responde del cumplimiento de los cargos con la cosa donada y hasta su valor si la ha enajenado o ha perecido por un hecho suyo (art. 1563, párr. 1º). En el espíritu de la donación está beneficiar al donatario; si más tarde resulta que, sea por un cálculo erróneo de las ventajas ofrecidas, sea por un cambio de las circunstancias económicas, los gastos o perjuicios del cumplimiento del cargo son mayores que el valor de los bienes donados, sería injusto hacer pesar sobre el donatario una responsabilidad personal que afectara sus restantes bienes, más allá del valor del bien recibido. De ahí que el donatario pueda sustraerse a la obligación de cumplir el cargo devolviendo la cosa al donante o su valor si ello fuese imposible (art. 1563, párr. 2º). Por igual motivo, cuando la cosa ha perecido por caso fortuito, queda eximido el donatario de la obligación de cumplir los cargos (art. citado).

Sin embargo, entendemos que nada se opone a que en el contrato de donación, el donatario se comprometa a cumplir íntegramente con los cargos aunque el valor de estos exceda el de la cosa donada. Juega en este caso el principio de la libertad de las convenciones, desde que no está comprometido ningún principio de orden público.

B.— REVOCACIÓN POR INGRATITUD

1251. Fundamento

El donatario tiene un deber de gratitud hacia el donante. En el plano moral, este deber se manifestará sobre todo por hechos positivos; en derecho, en cambio, se satisface con una conducta pasiva. Lo que se sanciona son los actos que revelan ingratitud. En un solo caso se exige un hecho positivo: la prestación de alimentos al donante que carece de medios de subsistencia.

Cuando el donatario ha faltado al deber de gratitud, la ley le permite al donante revocar la donación.

1252. Donaciones que pueden revocarse por ingratitud

Cualquier donación puede ser revocada por ingratitud, aun las remuneratorias y las hechas con cargo; pero en estos casos, solo pueden ser revocadas en la parte que excede el valor del cargo cumplido o del servicio prestado; esto es, por la parte que sea gratuita.

1253. Causales que configuran ingratitud

No cualquier hecho permite al donante revocar la donación, por más que desde el punto de vista moral indique ingratitud. La ley ha querido dar firmeza al acto de donación; se la puede dejar sin efecto solo por causas graves, que el Código enumera taxativamente: a) cuando el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o conviviente, sus descendientes o ascendientes; b) cuando el donatario injuria gravemente a las personas antes citadas o cuando las afecte en su honor; c) cuando el donatario priva a esas personas injustamente de bienes que integran su patrimonio; d) cuando el donatario rehúsa prestarle alimentos al donante (art. 1571). Ninguna otra causal se admite. Sin embargo, hay que notar que la enumeración no es tan rígida ni limitativa como parece, pues las injurias graves son un concepto flexible que incluye cualquier atentado, con tal de que tenga la gravedad suficiente como para ser reputado injurioso.

Para que estos hechos den lugar a la revocación, es preciso que sean imputables al donatario, sin necesidad de que exista condena penal (art. 1571, *in fine*).

a) Atentado contra la vida o la persona

Para que la revocación pueda demandarse, es innecesario que los hechos presenten los presupuestos exigidos en el derecho criminal para la tentativa de homicidio; por lo tanto, la justicia civil puede admitir una acción de revocación aunque la penal haya absuelto al donatario.

Si la tentativa de homicidio es causal suficiente de revocación, tanto más lo será el homicidio consumado. Los golpes o heridas que fueron hechos intencionalmente, pero sin el propósito de matar (delito preterintencional), o que incluso no hayan causado la muerte, caben dentro de esta causal como atentado contra la persona, aunque también pueden ser incluidos como supuestos de injurias graves.

Según ya lo dijimos, el hecho debe ser imputable al donatario. En nuestra opinión, tal imputabilidad debe ser moral, esto es, que haya existido la intención de causar el daño. Por ello, pensamos que no autoriza la revocación el homicidio culposo, ni el hecho por un demente o un menor impúber, o por una persona que por causa accidental estuviere privada de su discernimiento, ni —desde luego— el acto llevado a cabo en legítima defensa.

b) Injurias graves

Las injurias deben ser graves; no cualquier ataque contra las personas mencionadas en el artículo 1571, por insignificante que sea, da lugar a la revocación. La apreciación de la gravedad queda librada al prudente criterio judicial.

Tampoco en este caso la noción de injurias se vincula con el delito criminal del mismo nombre; en las injurias que ahora consideramos pueden consistir en un ataque contra la persona, o su libertad, o su honor.

Por consiguiente, entran dentro de este concepto las lesiones inferidas al donante y a las demás personas mencionadas en el artículo 1571, el secuestro de esas personas privándolas de su libertad, las calumnias e injurias propiamente dichas, etcétera.

c) Privación injusta de los bienes

El ataque a los bienes del donante, su cónyuge o conviviente, sus descendientes o ascendientes, su destrucción, robo o hurto, constituyen causal de ingratitud, y habilitan al donante a revocar la donación. Desde luego, la privación debe ser injusta, esto es, ilegítima, y debe recaer sobre bienes materiales o inmateriales, pero no se extiende el concepto a meras chances o expectativas.

d) Negación de alimentos

También hay lugar a la revocación cuando el donatario rehúsa pasar alimentos al donante que los necesita para su subsistencia. Pero la obligación alimentaria del donante tiene carácter subsidiario; la revocación solo es procedente cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia (art. 1572).

No habrá lugar a la revocación si el donatario ignoraba la necesidad del donante, porque no se le puede imputar ingratitud.

También las donaciones remuneratorias y con cargo pueden ser revocadas por este motivo en la parte en que han sido gratuitas.

1.— Acción de revocación

1254. Quiénes pueden ejercerla

La acción de revocación es personal; solo puede ser ejercida por el donante (art. 1573). No puede serla por los acreedores por vía subrogatoria ni puede tampoco ser cedida. Se explica que así sea porque la facultad de perdón es personalísima e incesible. Tampoco puede ser ejercida por los herederos del donante; sin embargo, podrá ser continuada por ellos si el donante la hubiera iniciado (art. 1573). El perdón por el donante, con conocimiento de causa (art. 1573, párr. 2º), constituye una renuncia tácita de la acción que provoca su extinción. Si hubo perdón, el donante no podrá más tarde iniciarla.

1255. Contra quiénes puede dirigirse

La acción de revocación solo puede intentarse contra el donatario y no contra sus herederos o sucesores; pero intentada contra el primero, puede seguirse a su fallecimiento contra los herederos (art. 1573). La primera parte de esta disposición se justifica porque la revocación tiene el carácter de una sanción; no sería razonable que el agraviado, luego de permanecer indiferente ante la conducta del propio culpable, dejándolo gozar de los bienes donados, dirigiera su acción de revocación contra los herederos inocentes. Pero si ya en vida del donatario el donante reveló su propósito de hacer valer sus derechos, no es justo que su acción se vea detenida por el fallecimiento de aquel.

1256. Prescripción y caducidad. Renuncia

La acción prescribe a los dos años (art. 2562) desde que se produjo el hecho o llegó a conocimiento del donante. Así se computaba el plazo en el artículo 4034 del Código Civil de Vélez, solución que resulta enteramente razonable, y es aplicable en los términos del artículo 1º, por constituir un uso no contrario a derecho, en una situación no reglada legalmente.

Por otra parte, se dispone que la acción se extingue si el donante no la promueve dentro del plazo de caducidad de un año de haber sabido del hecho tipificador de la ingratitud (art. 1573, párr. 2º).

Cierto es que prescripción y caducidad no pueden ser confundidas; sin embargo, considerando que los plazos de ambas figuras comienza a correr en el mismo momento, se presenta una incoherencia evidente, que deberá resolverse a favor de la prevalencia de la prescripción, pues de esa manera se resguarda por un mayor tiempo el derecho.

La renuncia anticipada a ejercer la acción de revocación es nula; en cambio, la renuncia posterior a la ofensa es válida, pues constituye un acto de perdón (art. 1573).

2.— Efectos de la revocación

1257. Entre las partes

Entre las partes, la revocación obra como condición resolutoria con efectos retroactivos. Es de aplicación lo que dijéramos en el número 1247 sobre revocación por inexecución de los cargos.

1258. Respecto de terceros

Aquí hay una diferencia notoria con respecto a la revocación por inejecución de los cargos. Mientras que esta obra retroactivamente, en nuestro caso la revocación no puede tener efectos retroactivos (así lo disponía el Código Civil de Vélez, art. 1866). La diferencia de tratamiento de ambos casos se explica porque en la donación con cargo, en el mismo título de la donación queda constancia del peligro de revocación que se cierne sobre la transmisión de los bienes; el comprador prudente, por tanto, deberá asegurarse de que el cargo se ha cumplido para evitar la revocación. En nuestro caso, en cambio, el tercero adquirente no tiene forma de asegurarse contra una eventual revocación. Si la revocación tuviera efectos retroactivos, se cerniría un permanente peligro sobre el derecho a los bienes donados, creando así una inseguridad inconveniente desde el punto de vista económico social.

Pero si el derecho hubiera sido adquirido con posterioridad a la notificación al tercero de la demanda de revocación, la sentencia que hace lugar a ella deja sin efecto el derecho adquirido por el tercero sobre la cosa, pues sería evidente su mala fe.

CAPÍTULO XLI - FIANZA

§ 1.— Nociones generales

1259. Concepto

Cuando como consecuencia de la celebración de un contrato, una de las partes resulta acreedora de la otra, el cumplimiento de las obligaciones de esta dependerá en última instancia de su solvencia; ni siquiera es suficiente garantía la solvencia actual, porque muy bien puede ocurrir que un deudor originariamente solvente deje de serlo más tarde —precisamente cuando tiene que cumplir con sus obligaciones— como consecuencia de negocios desafortunados.

El acreedor puede precaverse contra esta eventualidad, mediante las siguientes garantías: a) las *reales*, que consisten en gravar un bien del deudor con un derecho real de hipoteca, prenda, anticresis, *warrants*, etc.; b) las *personales*, que consisten en extender la responsabilidad derivada del contrato a otras personas, de tal manera que para que el acreedor quede en la imposibilidad de cobrar su crédito, será menester que tanto el deudor originario como el garante, caigan en insolvencia. Esto aumenta notoriamente las probabilidades de que el crédito será satisfecho, sobre todo porque el acreedor se encargará de exigir un garante de conocida fortuna. La forma típica de garantía personal es la fianza.

Según el primer párrafo del artículo 1574 *hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento*. Aunque con cierta falta de claridad, la norma revela que la fianza es un contrato, pues se necesita el acuerdo de voluntades entre el fiador y el acreedor, cuyo crédito es garantido. No se requiere, en cambio, el consentimiento del deudor afianzado, aunque él es por lo común el principal interesado en la fianza, ya que sin ella la otra

parte no se avendrá a contratar. Y no interesa su consentimiento ni su misma oposición, porque la relación obligatoria se establece entre fiador y acreedor. Es verdad que, eventualmente, si el fiador paga, el deudor resultará obligado frente a él; pero esta es la consecuencia de todo pago por otro, haya o no fianza, de tal modo que ésta no agrava en modo alguno sus obligaciones.

1260. Caracteres del contrato

El contrato de fianza tiene los siguientes caracteres:

a) Es *normalmente unilateral y gratuito*; sólo crea obligaciones para el fiador.

En nuestras costumbres es uno de los deberes típicos de amistad y solo por excepción se cobra algo por prestarla, sea del acreedor o del deudor. Pero debe aclararse que si se percibe algo del deudor, la fianza no deja de ser gratuita, porque el contrato se celebra solo con el acreedor.

b) Es un contrato *accesorio*, pues supone la existencia de una obligación principal, a la cual está subordinada la del fiador.

c) Genera una obligación *subsidiaria*, que sólo puede hacerse efectiva cuando se ha hecho infructuosamente excusión de los bienes del deudor principal, salvo que se trate de una fianza solidaria o de una fianza principal pagador. No debe confundirse esta subsidiariedad con la accesoriedad; esta última existe siempre, aun cuando el fiador se haya obligado como principal pagador o solidariamente con el deudor principal. Pero tanto en la fianza principal pagador como en la fianza solidaria, al carecer el fiador del beneficio de excusión (que veremos más adelante, nros. 1278 y ss.), su obligación deja de ser subsidiaria.

d) Es *consensual*, pues basta el mero acuerdo de voluntades para que exista contrato.

e) Es *formal*, pues debe ser hecho por escrito (art. 1579).

f) Es *nominado*, ya que está expresamente regulado por la ley.

g) Es *aleatorio*, pues el fiador no sabe a ciencia cierta al contratar si tendrá que afrontar o no la pérdida.

1261. Comparación con otros institutos jurídicos

a) Con la obligación solidaria

La fianza es una obligación accesorio y muchas veces subsidiaria, establecida como garantía de la principal; la obligación solidaria, aunque frecuentemente funciona en el plano económico como garantía, es directa y principal respecto de todos los obligados (art. 827).

b) Con las cartas de recomendación

Las cartas denominadas de recomendación, patrocinio o de otra manera, por las que se asegure la solvencia, probidad u otro hecho relativo a quien procura créditos o una contratación, no obligan a su otorgante, excepto que hayan sido dadas de mala fe o con negligencia, supuesto en que debe indemnizar los daños sufridos por aquel que da crédito o contrata confiando en tales manifestaciones (art. 1581).

Las cartas de recomendación constituyen una garantía de orden moral sobre las condiciones de seriedad, probidad y solvencia del recomendado que busca crédito o quiere celebrar determinado contrato. Como se trata de una garantía de orden moral, el recomendante no asume responsabilidad alguna, como regla. Solamente responderá si ha obrado de mala fe o de manera negligente, y siempre que quien recibe la recomendación acredite que fue esa recomendación la que lo condujo a contratar u otorgar el crédito.

La mala fe del recomendante consiste en el conocimiento de la insolvencia, y debe ser probada por el que la alega; si no se prueba esa mala fe o el obrar negligente, el recomendante no tendrá responsabilidad alguna.

Pero, incluso, aun obrando de mala fe o negligentemente, el recomendante nada deberá si se demuestra que no fue su recomendación la que condujo al tercero a celebrar el contrato u otorgar el crédito al recomendado o que la insolvencia de éste sobrevino después de haber suscrito la carta.

Como se ve, estas cartas no constituyen fianza, pues mientras la fianza es un contrato que genera obligaciones para el fiador ante el incumplimiento del deudor, la carta de recomendación no es un contrato ni genera obligaciones —como regla— en cabeza del recomendante.

c) Con el aval

El aval es una garantía específica del derecho cambiario, que se orienta a garantizar una operación determinada independientemente de la validez de la obligación principal y que es regulada por el decreto ley 5965/1963 (arts. 32 a 34) y por la ley 24.452 (arts. 51 a 53).

La primera distinción que debe hacerse respecto de la fianza es que mientras el fiador garantiza cualquier tipo de obligaciones de un tercero, el avalista garantiza el pago de un título de crédito.

El aval es un acto jurídico unilateral, formal solemne —pues debe ajustarse plenamente a las prescripciones legales—, abstracto, cambiario, unilateral y autónomo, pues su validez o nulidad no depende de la deuda principal.

La fianza, en cambio, es un acto jurídico bilateral, formal (véase nro. 1721), tiene causa, es normalmente unilateral y es accesorio, lo cual supone la existencia de una obligación principal de cuya validez depende.

d) Con el compromiso de mantener una determinada situación

El compromiso de mantener o generar una determinada situación de hecho o de derecho no es considerado fianza, pero su incumplimiento genera responsabilidad del obligado (art. 1582). Esta norma incorpora elípticamente la llamada inhibición o indisposición voluntaria, por la cual el titular de un derecho autolimita su facultad de disponer o gravar un bien de su propiedad, y se obliga a responder si incumple ese compromiso.

Como se advierte, no existe una verdadera imposibilidad de modificar o no crear la situación de hecho o de derecho tenida en cuenta. Lo que la figura genera es una obligación de indemnizar el daño causado por no cumplir con el compromiso asumido. Por ello, los actos que violan la obligación de mantener o generar la situación prevista tienen pleno valor, o, con otras palabras, el compromiso es inoponible a terceros. De modo que el único derecho que el acreedor tiene —ante el incumplimiento del compromiso asumido— es el de accionar por los perjuicios sufridos.

Se advierten así las diferencias con la fianza: en la figura del artículo 1582, la responsabilidad se limita a los daños causados por el hecho de haber violado el compromiso de mantener o generar una determinada situación de hecho o de derecho; en cambio, en la fianza, la responsabilidad del fiador abarca toda la obligación asumida contractualmente. En el primer caso, el límite de la obligación está dado por el valor de la cosa sobre la que se pactó la indisponibilidad; en el segundo, se responde con todo el patrimonio.

e) Con las garantías unilaterales

En las garantías unilaterales, también llamadas a primer requerimiento o a primera demanda, el emisor de la garantía *garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro*

y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos (art. 1810).

Como se ve, la garantía unilateral es una obligación autónoma de la obligación garantizada, lo que marca una diferencia esencial con la fianza que es accesorio de la obligación principal. Por otra parte, no cualquiera puede emitir estas garantías unilaterales, pues solo están autorizados las personas públicas, las personas jurídicas privadas en las que sus socios, fundadores o integrantes no respondan ilimitadamente, las entidades financieras y compañías de seguros, y los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior (art. 1811), lo que exhibe otra diferencia sustancial con la fianza, en la que cualquier persona puede constituirse como fiador.

§ 2.— Elementos del contrato

A.— SUJETOS

1262. Capacidad para ser fiador

En el capítulo del Código Civil y Comercial que regula el contrato de fianza, no hay norma alguna que se refiera a la capacidad para ser fiador. Por lo tanto, hay que recurrir a los artículos 1001 y 1002 que regulan las inhabilidades para contratar.

El artículo 1001 establece que *no pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona.*

Por su parte, el artículo 1002, en lo que acá importa, dispone que *no pueden contratar en interés propio... d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí.*

Basta remitirse, por lo tanto, a lo dicho antes (nro. 94). Solo hemos de señalar, ahora, lo siguiente:

a) Los cónyuges pueden ser fiadores, uno del otro, cualquiera que sea el régimen patrimonial escogido. En este caso ocurre que no celebran entre ellos contrato alguno; ambos han contratado con un tercero, uno la obligación principal, el otro la fianza. Sin embargo, dentro del régimen de comunidad, uno de los cónyuges no puede afianzar al tercero que contrata con su propio cónyuge, porque esto implicaría admitir un contrato gratuito entre cónyuges (ante el incumplimiento del tercero), que podría afectar los intereses de otros terceros y que está vedado por el artículo 1002, inciso d). En cambio, el mismo contrato es válido si los cónyuges han convenido el régimen de separación de bienes, pues están excluidos de la prohibición antedicha.

b) Los padres pueden afianzar obligaciones de sus hijos menores, pero no pueden afianzar, invocando la representación legal de sus hijos menores, deudas propias. Sería

una suerte de donación condicional en beneficio de los propios padres, lo que estaría alcanzado por la prohibición del artículo 689.

c) Los tutores y curadores no pueden contratar, ni con autorización judicial, con sus pupilos (arts. 120 y 138), ni pueden afianzar, invocando la representación legal, deudas propias. Se aplican los argumentos expuestos precedentemente.

d) Cabe volver a recordar que no pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales (art. 1001). Así, por ejemplo, los representantes voluntarios no pueden, en representación de otro, efectuar contratos consigo mismo, sea por cuenta propia o de un tercero, sin la autorización del representado (art. 368), por lo que no pueden celebrar contratos de fianza en tales casos. Para que un apoderado pueda dar fianza por su representado, debe tener poder especial (art. 375, inc. m)).

e) Las sociedades pueden ser fiadoras, pero sus administradores no pueden prestar fianzas a su nombre si no tienen poderes especiales. El socio puede afianzar a la sociedad de la que forma parte y recíprocamente; sin embargo, es necesario aclarar que la sociedad no podrá ser fiadora si el acto de afianzar es notoriamente extraño a su objeto social.

f) Por último, debe recordarse que el artículo 28 expresamente prohíbe a la persona emancipada, incluso aunque tenga autorización judicial, a afianzar obligaciones, lo que es tanto como decir que el emancipado no puede celebrar contratos de fianza.

B.— OBJETO

1263. Obligaciones que pueden afianzarse

Los artículos 1577 y 1578 se refieren al objeto del contrato de fianza, pero regulan supuestos diferentes. El primero de ellos se limita a disponer que toda obligación actual o futura puede ser afianzada, el otro hace referencia a un tipo de fianza que llama general, que también comprende obligaciones actuales o futuras, pero añade que tales obligaciones pueden ser indeterminadas.

Teniendo en cuenta que ambas normas se refieren a obligaciones actuales o futuras, la diferencia entre ellas estriba en que el artículo 1577 regula la fianza dada respecto de una obligación precisa y, por tanto, determinada, mientras que el artículo 1578 regula la fianza general, llamada comúnmente "fianza ómnibus", que puede garantizar una serie de operaciones, incluso indeterminadas.

1264. Afianzamiento de obligaciones actuales o futuras

Hecha la aclaración precedente, volvemos a recordar que el artículo 1577 dispone que todas las obligaciones, actuales o futuras, pueden ser afianzadas.

Como puede apreciarse, la regla general es amplia, pues permite afianzar obligaciones accesorias o principales, deriven de un contrato, de la ley o de un hecho ilícito; tampoco importa que la deuda sea de valor determinado o indeterminado, líquido o ilíquido, inmediatamente exigible o a plazo o condicional. Más allá de la amplitud apuntada, conviene hacer algunas precisiones respecto del afianzamiento: i) de obligaciones futuras y ii) de obligaciones nacidas de un hecho ilícito.

a) Hemos dicho que la fianza puede ser otorgada en garantía de una obligación futura; en tal caso el fiador puede comprometerse hasta una cierta cantidad o

ilimitadamente por el total de la obligación que eventualmente resulte, cualquiera que sea su monto. Al hablar de obligaciones futuras, la ley no solo se refiere a las que eventualmente puedan surgir de un contrato actual, sino también a las que el afianzado pueda contraer en el futuro. Pero si bien el crédito futuro puede ser incierto y de cantidad indeterminada, la fianza debe tener siempre un objeto determinado, es decir, debe constar claramente cuál es la obligación que se garantiza. Esta limitación del afianzamiento de obligaciones de objeto determinado surge de una interpretación armónica con el artículo 1578, que regula la denominada *fianza general*, y en cuyo caso expresamente se admite que se afiance una obligación indeterminada.

b) No hay ningún impedimento para que puedan afianzarse las obligaciones lícitas cuya causa sea un hecho ilícito ya acaecido. Así, por ejemplo, si como consecuencia de un delito, el culpable es condenado a pagar una suma de dinero a la víctima, esta obligación puede ser afianzada. Distinta es la hipótesis de que se pretenda afianzar las obligaciones que eventualmente pudieran surgir de un hecho ilícito futuro. Aquí habrá que analizar si se trata de un hecho ilícito doloso o culposo. En el primer caso, el contrato de fianza es nulo, pues no se puede legitimar un contrato condicionado a la realización intencional de un acto ilícito; en cambio, no se ven razones morales ni legales serias para negar validez al afianzamiento de las obligaciones que pudieran nacer de un hecho ilícito culposo. Así, por ejemplo, nada parece oponerse a la validez de un contrato por el cual se afiancen las consecuencias patrimoniales de un eventual accidente de automóvil, tanto más cuanto que tales riesgos pueden ser objeto de un contrato de seguro.

Desde luego, no puede afianzarse el cumplimiento de una obligación ilícita que, por serlo, es nula.

1265. Obligaciones de otro fiador

El artículo 1577 también prevé que se pueda afianzar la obligación de otro fiador. La disposición encierra dos situaciones diferentes. La primera, es aquella en la cual un tercero celebra un contrato con el acreedor, en el cual le garantiza el cumplimiento de la obligación asumida por el fiador principal. La segunda, es aquella en la cual es el fiador el que celebra el contrato con un tercero, para que éste afiance el cumplimiento del deudor principal. Ambos supuestos son válidos.

1266. Fianza general

El primer párrafo del artículo 1578 establece que *es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas; en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador. Esta fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de los cinco años de otorgada.*

La fianza general, también llamada fianza ómnibus, permite garantizar obligaciones actuales y futuras, al igual que la fianza prevista en el artículo 1577. La diferencia entre ambas estriba, como ya se ha dicho, en que la fianza general admite también el afianzamiento de obligaciones indeterminadas, pero en todos los casos (se afiance una obligación actual o futura o indeterminada), es imprescindible precisar el monto máximo de la garantía.

De esta manera se procura resolver el problema causado por una creciente tendencia a admitir que está determinado el objeto afianzado, cuando son supuestos de clara indeterminación de ese objeto, lo cual debería acarrear la nulidad de la fianza. Un claro ejemplo de esto se da en el afianzamiento de los contratos de apertura de cuenta corriente bancaria. En estos casos, el contrato prerredactado que debe firmar el fiador suele establecer que garantiza todas las operaciones realizadas en la cuenta corriente bancaria; sin embargo, con posterioridad a la firma del contrato, el deudor puede pactar

débitos automáticos, giros en descubierto o créditos a sola firma, entre otras posibilidades, que jamás fueron imaginadas por el fiador ni le fueron comunicadas.

Con todo, no parece que la idea de permitir este tipo de fianza (fianza general) sea la de generar un tipo de contrato aplicable a todas las situaciones jurídicas imaginables en donde se procure garantizar el cumplimiento de una obligación, sino, más bien, a apuntar —sobre la base del principio general de la buena fe— a un grupo de negocios que tengan entre sí alguna relación profesional o de otro tipo, que los conviertan en algo homogéneo, y que parece estar acotado a aquellos negocios vinculados con obligaciones generadas en la actividad bancaria o financiera.

El tema, con todo, es de extrema gravedad: el deudor puede generar nuevas deudas y agravar notoriamente el riesgo asumido por el fiador, sin que éste —siquiera— haya tenido conocimiento de esas nuevas deudas contraídas.

La manera de neutralizar el riesgo del afianzamiento por obligaciones indeterminadas es imponiendo el deber de precisar el monto máximo que se garantiza. En este caso, por más indeterminado que esté el objeto, el fiador tendrá certeza del alcance de su responsabilidad. Con todo, la buena intención de la norma puede quedar neutralizada con el artículo 1591, referido a la fianza principal pagador, y que analizaremos más adelante (nro. 1275), si se hiciera una interpretación extensiva de esta última norma, que no propiciamos.

El artículo 1578 establece, además, que la fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de cinco años de otorgada. La disposición, como se ve, pone otro límite: el fiador responderá solamente por las obligaciones nacidas antes de que pasen cinco años, contados desde que se obligó. Claro está que si el deudor contrajo la deuda antes de que transcurriera ese plazo, la circunstancia de que su incumplimiento fuese posterior no obsta a que el acreedor pueda ejecutar al fiador. La intención de la norma es nítida: marcar un límite temporal cuando se trata de una fianza futura o indeterminada.

1267. Retracción de la fianza general

Dispone el mismo artículo 1578, en su segundo párrafo, que *la fianza indeterminada en el tiempo puede ser retractada, caso en el cual no se aplica a las obligaciones contraídas por el afianzado después que la retractación sea notificada al acreedor*.

El texto legal es poco claro, pues, al referirse a una fianza indeterminada en el tiempo, parecería excluir la aplicación de la norma cuando la fianza ha sido contratada por un plazo determinado. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si el plazo no ha sido fijado, la fianza no puede extenderse más allá de los cinco años de haber sido otorgada. Por ello, en verdad, toda fianza general tiene plazo, expreso o implícito.

Por lo dicho, afirmamos que lo que la norma consagra es que el *fiador general* de una obligación indeterminada puede retractar la fianza, en cuyo caso no responderá por las obligaciones contraídas por el afianzado después de que el fiador haya notificado al acreedor la retractación. ¿Qué ocurre con el tercero de buena fe que ignora la retractación? Ella no puede tener efectos, pues no es justo que quien ha contratado en vista de la fianza prestada sea perjudicado por una retractación que no conocía. El fiador solo podrá liberarse si acredita que el tercero conocía la retractación, pues, teniendo en cuenta que la buena fe se presume, deberá tenerse por cierto que el tercero la ignoraba.

1268. Prestaciones que pueden afianzarse

Hemos señalado antes (nro. 1259) que *hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento* (art. 1574). Con otras palabras, se puede afianzar cualquier tipo de obligación, sin importar cuál sea la prestación debida.

Como regla, la fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal. Así, por ejemplo, si la obligación principal consiste en la de pagar una suma de dinero, el fiador debe entregar esa suma de dinero si el deudor afianzado incumple. En cambio, no habría fianza si el que garantiza la operación se compromete a entregar una cosa cierta en caso de incumplimiento del deudor. Habrá en tal caso un contrato innominado, pero no una fianza.

Asimismo, si la obligación principal es de dar una cosa fungible o consumible, el fiador debe entregar esa cosa, pues no existen obstáculos para que pueda dar cumplimiento específico de la obligación asumida; del mismo modo, si se afianzare una obligación de hacer que no deba ser ejecutada inexorablemente por el deudor, el fiador puede ejecutar esa obligación o hacerla cumplir por otro.

En cambio, si la obligación fuese de dar cosa cierta, o de hacer *intuitu personae* o de no hacer, el fiador solamente queda obligado a indemnizar los daños causados (art. 1574, párr. 2º). Es una solución lógica: si la obligación principal es de hacer *intuitu personae* o de no hacer o de dar cosa cierta, ella no puede ser suplida por el fiador. No queda otro camino que imponer al fiador la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el acreedor. En rigor, en estos casos, el fiador no ha garantizado el cumplimiento de la prestación principal (que solo puede cumplirla el deudor afianzado) sino el de la prestación secundaria que se deriva del incumplimiento de aquella.

1269. Nulidad de la obligación principal; afianzamiento de la obligación contraída por un incapaz

La fianza exige el sustento de una obligación principal válida; si esta carece de validez, la fianza también. Es la consecuencia lógica del principio de que la fianza constituye una obligación accesorio, cuya vida depende de la vida de la obligación principal a la que accede.

Pero no es esta una regla absoluta. El artículo 1576 establece que *el fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor*. Se trata de una solución que es tradicional y que se aplica solo a los incapaces de hecho o de ejercicio, pero no a los de derecho, pues si abarcara a estos últimos, se estaría permitiendo una clara violación legal con un simple rodeo.

Debe señalarse que no importa cuál es el motivo de la incapacidad de ejercicio. En efecto, en el caso de que el fiador conociera las restricciones impuestas a la capacidad del deudor o supiera la incapacidad de éste originada en su menor edad o, si fuese mayor, por su alteración mental permanente o prolongada (art. 32), es razonable interpretar que si ha constituido la fianza es porque ha querido obligarse como deudor principal (conf. art. 1805, Cód. Civil venezolano; art. 632, inc. 2º, Cód. Civil portugués). Y si el fiador ignorara la incapacidad o la restricción de la capacidad del afianzado, también responde, pues un mínimo de diligencia le hubiese permitido, o bien, descubrir la edad del deudor principal, si fuera menor de edad, o bien, si ha sido declarado incapaz o se ha restringido su capacidad, conocer tal hecho, pues tal resolución debió ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 39) y pudo ser consultada por el fiador.

1270. Límites de la obligación del deudor; principio y consecuencias

La obligación principal señala el límite máximo de la fianza; el fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal. Y si se hubiese obligado a más, su obligación queda reducida a dicho máximo (art. 1575).

Dentro de tales límites, no hay inconveniente en que el fiador constituya garantías en seguridad de su fianza (art. 1575, párr. final). La mayor eficacia no agrava la situación del fiador, pues él ya comprometió su patrimonio con la fianza; solamente facilita la ejecución, pero siempre le quedará el derecho de repetir lo pagado contra el deudor principal.

Es importante señalar que la mayor gravedad u onerosidad de la fianza debe ser valorada al momento del cumplimiento de la garantía y no de su constitución, pues es en aquel momento en donde puede evaluarse la real envergadura de la fianza. Pero, a la vez, la fecha de constitución tiene importancia, pues no puede agravarse la situación del fiador con modificaciones sobrevenidas a la obligación principal que no hubieran sido previstas cuando se constituyó la fianza.

Veamos ahora algunos casos particulares con referencia a la extensión de la fianza.

a) Duda sobre la extensión de la fianza

El artículo 1995 del Código Civil de Vélez establecía que cuando hubiere duda sobre si el fiador se obligó por menos o por otro tanto igual a la obligación principal, debía entenderse que se obligó en la medida de esta. Si bien la norma no ha sido reproducida en el Código Civil y Comercial, la solución no puede variar, pues lo que el acreedor procura normalmente es garantizar su crédito de manera plena y no una cantidad menor. De todos modos, como se trata de una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes, los jueces podrán apartarse de la regla expuesta cuando consideren que ha sido otra la intención de ellas.

b) Fianza limitada por deuda de cantidad ilíquida

Si el fiador se ha obligado sólo hasta determinada cantidad fijada en el contrato y la deuda principal es ilíquida, el fiador sólo está obligado por la cantidad menor que resulte de comparar la suma afianzada con la que resulte de la liquidación de la deuda principal. Mientras la obligación principal continúe siendo ilíquida, no podrá exigirse del fiador el pago de ninguna cantidad (aun dentro del monto por el cual ha afianzado), porque hasta que no haya suma líquida no se sabe cuánto debe el deudor principal, y esa deuda marca también el tope máximo de las obligaciones del fiador.

c) Accesorios

La fianza comprende también los accesorios de la obligación principal (art. 1580), lo que incluye los daños que se deriven del incumplimiento de la obligación principal, la cláusula penal que se pudo haber pactado y los intereses que la deuda principal devengare, aunque no se los hubiera previsto en el acto de afianzamiento.

Desde luego que si en la deuda principal no se han pactado intereses compensatorios, ellos no pueden ser reclamados al fiador, pues la obligación de éste no puede ser más extensa que la del deudor (art. 1575). Incluso, si en la deuda principal se hubieran pactado intereses, pero el fiador hubiese limitado la garantía a una suma precisa y determinada, quedará liberado si paga o deposita judicialmente esa suma dineraria ante el primer requerimiento del acreedor. Tampoco está obligado el fiador a pagar los intereses pactados por las partes del contrato principal si claramente se hubiera convenido que tales intereses no forman parte de la deuda afianzada.

d) Gastos causídicos

El fiador también está obligado a pagar los gastos que demande el cobro de la obligación afianzada, incluso las costas judiciales (art. 1580), siguiéndose así una tendencia mayoritaria que considera que el fiador debe siempre las costas, pues son un accesorio del crédito principal.

1271. Principio

Según el artículo 1579, la fianza debe convenirse por escrito, pero no se aclara si se trata de una forma solemne o probatoria. Descartado que se trate de una forma solemne absoluta, puesto que la ley no impone una forma que inexorablemente deba ser cumplida bajo pena de nulidad (como, por ejemplo, ocurre con la donación de inmuebles, art. 1552), la duda se plantea entre considerar la forma escrita como una forma solemne relativa o una forma probatoria.

Si se dijera que la forma escrita es una simple forma probatoria, es importante recordar que el art. 1020 establece que los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental o comienzo de ejecución. En otras palabras, más allá del principio de prueba instrumental o del principio de ejecución, la norma permite acreditar el contrato (en el caso, la fianza) por testigos si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la forma escrita.

Nosotros, por el contrario, nos inclinamos por considerar a la forma escrita como forma solemne relativa, que impide considerar que haya contrato de fianza hasta que no se otorgue el instrumento escrito (art. 969, 2ª parte). Ello, pues de lo que se trata es de proteger a una persona, a quien se la califica de fiadora —calificación que ha sido obviamente negada por esta—, sin que exista un contrato firmado que así lo acredite. No se puede prescindir de la circunstancia de que la fianza es normalmente gratuita, por lo que se estaría pretendiendo imponer una obligación a una persona, que nada recibe a cambio, y sin que exista el contrato en donde surja claramente que se ha obligado.

Debe recordarse, por último, que si la fianza garantiza una obligación instrumentada en una escritura pública, la fianza también debe ser formalizada de la misma manera (art. 1017, inc. c)).

§ 3.— Distintas clases de fianzas

1272. Régimen legal

La fianza es, por lo común, el resultado de la libre contratación de las partes; pero a veces ella es impuesta por la ley. La primera se llama fianza convencional y comprende las fianzas simple, solidaria y principal pagador; la segunda, judicial, y la aceptación del fiador no corresponde al acreedor sino al juez.

A.— FIANZA CONVENCIONAL

1273. Fianza simple y solidaria

En la fianza convencional simple, el fiador goza del beneficio de excusión (art. 1583). Pero si el fiador asume su garantía con carácter solidario, queda privado de dicho beneficio (art. 1590); el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador sin

necesidad de ejecutar los bienes del deudor principal. La solidaridad, empero, no quita a la fianza su carácter de obligación accesorio y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal.

En otras palabras: no hay que confundir *fianza solidaria* con *obligación solidaria*; salvo la renuncia al beneficio de excusión, en todo lo demás, la fianza solidaria queda sujeta a las reglas de la fianza simple. De donde surgen las siguientes consecuencias: a) si la obligación principal es nula (por ej., por haberse contraído con dolo o violencia), también lo será la obligación asumida por el fiador solidario; b) si la obligación principal se ha hecho de cumplimiento imposible para el deudor por causa de fuerza mayor, el fiador queda también liberado de responsabilidad; c) el fiador solidario tiene el derecho a embargar bienes del deudor afianzado u obtener otras garantías suficientes en las hipótesis del artículo 1594. Ninguno de estos efectos se produce en las obligaciones solidarias.

1274. Cuándo la fianza es solidaria

Como regla, la fianza es simple; según el artículo 1590, la responsabilidad del fiador será solidaria con la del deudor:

a) Cuando así se convenga expresamente en el contrato

La estipulación debe ser clara, porque en caso de duda, habrá que admitir que la fianza es simple, ya que la solidaridad no se presume.

b) Cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión

En ambos casos, el acreedor tiene derecho a ejecutar directamente al fiador y por el total de la deuda, sin excutir los bienes del deudor en forma previa.

1275. Fiador principal pagador

Si el fiador se ha obligado como *principal pagador*, es considerado deudor solidario y su obligación se rige por las disposiciones aplicables a las obligaciones solidarias (art. 1591).

La norma debe ser analizada con cuidado.

Es cierto que existe un sector de la doctrina que afirma que el fiador principal pagador es lisa y llanamente un deudor solidario, pues ha dejado de ser fiador por la incompatibilidad que existe entre ambas calidades. Si fuera así, habría que admitir: i) que la nulidad parcial de la deuda, como no libera al codeudor solidario, tampoco liberaría al fiador principal pagador; ii) que éste debería cumplir su obligación aunque ella se hubiera tornado de cumplimiento imposible para su deudor afianzado, tal como ocurre con el deudor solidario, y iii) que carecería del derecho enunciado en el artículo 1594.

Entendemos que tales consecuencias son inadmisibles y, por ello, no compartimos la posición reseñada. Advuértase que:

a) Más allá de lo que diga el texto legal, el fiador principal pagador no deja de ser fiador con relación al deudor principal aunque el acreedor haya adquirido el derecho de demandarlo como si fuera el obligado principal.

b) En la fianza principal pagador coexisten dos deudas de carácter diferente y el fiador responde por una deuda ajena, en tanto que en la obligación solidaria existe una sola obligación y cada codeudor responde por una deuda propia.

c) No es posible sostener que la obligación del fiador principal pagador es autónoma e independiente de la asumida por el deudor principal, pues claramente se trata de una obligación accesorio, toda vez que no puede pervivir si se decreta la nulidad de la obligación principal. Incluso, puede señalarse que nadie puede "tomar a su cargo" la obligación de un tercero si la deuda no existe respecto a este último (conf. CNCom.,

d) El fiador principal pagador que ha pagado la deuda tendrá derecho a reclamar del deudor afianzado el cien por ciento de lo pagado, derecho que carecería si fuera un obligado solidario (arts. 840 y 841).

Queda claro, entonces, que el fiador principal pagador, más allá de lo que diga el texto legal, no es un deudor solidario, sino un fiador.

B.— FIANZA JUDICIAL

1276. Concepto

El artículo 1998 del Código Civil de Vélez disponía que la fianza puede ser legal o judicial. En verdad, no se trata de dos categorías diferentes, una impuesta por la ley y otra por los jueces, puesto que estos no podrían imponerla sino fundados en la ley. En el fondo, se trata de dos denominaciones distintas de una misma cosa. Ejemplo de esta fianza es la llamada contracautela, o sea la garantía (real o personal) que exigen los jueces para hacer lugar a ciertas medidas precautorias, tales como embargos, inhibiciones, etcétera.

Si bien el Código Civil y Comercial no regula este tipo de fianza, dispone que el fiador no puede invocar el beneficio de excusión si la fianza es judicial (art. 1584, inc. c)), lo que implica que sigue existiendo.

Más allá de cómo se constituye esta fianza, el fiador es siempre voluntario. La ley no exige jamás que alguien preste su propia fianza contra su voluntad; la exigencia se refiere al deudor, a quien se le impone el ofrecimiento de un fiador que se presta voluntariamente a servir de garantía y cuya aceptación corresponde al juez, no al acreedor (como, por el contrario, ocurre en la fianza convencional). La ley prescinde en estos casos de la voluntad del acreedor, porque como la prestación de la fianza es una exigencia de la misma ley, si la aceptación dependiera del eventual acreedor, resultaría que a éste le bastaría con rechazar los fiadores propuestos, cualquiera que fuera su solvencia, para privar a la otra parte de los derechos que la ley le confiere. Por ello basta con que la solvencia sea suficiente a criterio del juez.

§ 4.— Efectos de la fianza

A.— ENTRE FIADOR Y ACREEDOR

1277. Obligaciones y derechos del fiador

El fiador desempeña el papel de garante del deudor principal; si éste no cumple, él deberá hacerlo.

Pero su obligación (recuérdese que como regla la fianza es simple) tiene carácter accesorio y subsidiario; por consiguiente, cuenta con los siguientes recursos: a) podrá exigir que previamente el acreedor dirija su acción contra el obligado principal y tiene derecho a intervenir en ese juicio; b) si los fiadores son varios, solo está obligado a pagar su parte, como si se tratara de una obligación simplemente mancomunada, a menos que los fiadores se hayan obligado solidariamente entre sí o hayan renunciado al llamado beneficio de división; c) puede oponer todas las excepciones y defensas que podría oponer el deudor principal y goza del plazo otorgado a este último. Nos ocuparemos de estos recursos en los números siguientes.

1.— Beneficio de excusión

1278. Concepto y efectos

El beneficio de excusión es el derecho que goza el fiador de exigir al acreedor que excuta o ejecute los bienes del deudor antes de que agreda sus propios bienes. Se trata de una excepción dilatoria, pues si bien el acreedor puede reclamar directamente al fiador el cumplimiento de la obligación principal, se expone a que éste le oponga el beneficio de excusión y, de esa forma, paralice su pretensión hasta que ejecute de manera efectiva la totalidad de los bienes del deudor principal. Si el reclamo se hiciera en un proceso ejecutivo, el beneficio de excusión debe introducirse como una excepción de inhabilidad de título.

Como excepción dilatoria que es, su validez está condicionada a que sea opuesta en tiempo oportuno; esto es, en el plazo que los Códigos Procesales fijen para oponer tales excepciones o, cuánto más, al momento de contestar la demanda. Si el fiador no la opone en tiempo oportuno habrá perdido el derecho de hacerlo en el futuro. Ejecutado que sea el deudor o acreditada su falta de bienes (v.gr., con oficios a los diversos registros de la propiedad), la acción continúa contra el fiador. Si el deudor adquiere bienes durante el trámite del juicio, el fiador tendrá derecho a invocar tal circunstancia como hecho nuevo, a los efectos de que el acreedor agreda el bien incorporado.

A *contrario* de lo que dispone la mayoría de las legislaciones extranjeras (Cód. Civil francés, art. 2300; italiano, art. 1944; español, art. 1832; brasileño, art. 827) no es necesario que el fiador indique los bienes del deudor que pueden ser embargados y ejecutados para que se tenga por válidamente opuesto el beneficio de excusión. Es tarea del acreedor procurar encontrar los bienes del deudor.

Finalmente, el acreedor no puede negarse a percibir un pago parcial del deudor como consecuencia de la ejecución de sus bienes y solo podrá demandar al fiador por el saldo (art. 1583, 2ª parte). La regla del artículo 869 se ve expresamente modificada en este caso, lo que constituye una solución acorde con el carácter subsidiario de la fianza.

1279. Supuesto de deudores principales solidarios

Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente y uno solo de ellos ha dado fianza, el fiador no solo tendrá derecho a que se excutan previamente los bienes del afianzado, sino también los de todos los otros codeudores (art. 1585, párr. 1º). Se trata de una solución de equidad que obliga a los deudores —que se han

aprovechado del contrato— a pagar antes que al fiador y, además, es una consecuencia lógica del carácter subsidiario de la fianza: hasta tanto no se ejecuten los bienes de todos los deudores solidarios no podrá agredirse al fiador de uno de ellos. Si fuese simplemente mancomunada, el beneficio de excusión solo es oponible si el acreedor no le reclama al deudor afianzado; respecto de los demás deudores, el acreedor tampoco puede reclamar al fiador, pues éste solo afianzó la deuda de uno de ellos.

1280. Fiador del fiador

El que afianza a un fiador goza del beneficio de excusión respecto de éste y del deudor principal (art. 1585, párr. 2º). Es decir, el acreedor deberá ejecutar en primer término al deudor principal, luego al primer fiador y recién entonces está en condiciones de dirigir su acción contra el segundo fiador, también llamado subfiador.

Son aplicables a la relación entre subfiador y fiador principal, las normas que regulan la relación entre éste y el deudor. En otras palabras, la subfianza podrá ser simple o solidaria y el subfiador tendrá los mismos derechos y obligaciones que la ley establece para el fiador principal. Por lo demás, si bien se trata de un contrato accesorio de la fianza principal, ello no significa que el subfiador deba encontrarse en la misma situación que el fiador afianzado. Con otras palabras, aunque el fiador no goce del beneficio de excusión (porque, por ejemplo, lo ha renunciado), no hay obstáculo alguno para que lo tenga el subfiador. Es que ambos contratos de fianza se celebran con el acreedor principal y éste siempre conserva el derecho a otorgar ventajas al subfiador que no le hubiera dado al fiador.

1281. Casos en que el fiador carece del beneficio de excusión

El fiador no puede invocar el beneficio de excusión si el deudor principal se ha presentado en concurso preventivo o ha sido declarada su quiebra (art. 1584, inc. a)).

La quiebra implica, por sí misma, que el pasivo del deudor es superior a su activo; y el efecto principal que trae aparejado el decreto de quiebra es el desapoderamiento de todos los bienes del deudor, pasando todos ellos a integrar la masa de la quiebra y quedando en manos de los acreedores. Ante tal circunstancia, el acreedor se queda sin posibilidad de ejecutar los bienes del deudor y por ello es que puede atacar directamente al fiador. La presentación en concurso, en cambio, importa una grave dificultad financiera que, en este caso, es asimilada a la quiebra, perdiendo el fiador la posibilidad de invocar el beneficio de excusión.

Tampoco es invocable el beneficio de excusión cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente en el territorio de nuestro país (art. 1584, inc. b)). El fundamento está dado en las enormes dificultades que tendría el acreedor para cobrar su crédito. Por otra parte, el fiador que afianza a un deudor que no puede ser demandado en la República sabe que no podrá oponer esta excepción y no puede alegar su ignorancia (art. 8º). Lo dicho en último término es, también, la razón por la cual el fiador no goza de este beneficio cuando la fianza es judicial (art. 1584, inc. c)).

El fiador tampoco puede invocar el beneficio de excusión cuando el deudor carece de bienes en la República (art. 1584, inc. b)). La idea es clara: se procura evitar al acreedor que tenga que hacer un esfuerzo excesivo, como sería buscar bienes del deudor en el exterior, para poder cobrar su crédito.

Finalmente, el fiador tampoco puede invocar el beneficio de excusión cuando lo ha renunciado expresamente (art. 1584, inc. d)). La renuncia a invocar el beneficio de excusión debe ser clara, pero no exige el uso de términos sacramentales, aunque siempre los actos que induzcan a probarla habrán de interpretarse de manera restrictiva (art. 948), lo que conduce a sostener que la voluntad de no oponer el beneficio de excusión debe ser inequívoca.

Aunque el artículo 1584 no lo menciona expresamente, el beneficio de excusión no es invocable cuando se trate de fianzas solidaria y principal pagador. Ello es así, porque el art. 1590 considera fianza solidaria a aquella en la que se ha renunciado al beneficio de excusión; por lo tanto, no puede haber fianza solidaria que mantenga vivo ese derecho. En cuanto al principal pagador, el artículo 1591 lo considera un deudor solidario, y estos no tienen la facultad de oponer el beneficio de excusión. Por lo tanto, el acreedor tiene derecho a exigirle directamente el pago de las operaciones afianzadas (conf. CNCiv., Sala J, 28/5/18, "Garantizar S.G.R. c/Donzino, Máximo y otro s/Ejecución hipotecaria", L.L. t. 2018-D, p. 126, cita Online: [AR/JUR/20370/2018](#)).

2.— Beneficio de división

1282. Concepto y efectos

Si hay más de un fiador, cada uno responde por la cuota a que se ha obligado. Si nada se ha estipulado, responden por partes iguales. El beneficio de división es renunciable (art. 1589).

El beneficio de división es el derecho que cada fiador tiene a pagar solamente la parte proporcional de la deuda en caso de incumplimiento del afianzado; ello, consecuentemente, impide al acreedor exigir a ninguno de los fiadores sino la cuota que le corresponda. Los fiadores contraen, por lo tanto, una obligación simplemente mancomunada (arts. 825 y ss.).

Como corolario, la insolvencia de alguno de los cofiadores será soportada por el acreedor. Por el contrario, cuando los fiadores han renunciado al beneficio de división, la insolvencia de un cofiador perjudica directamente a los restantes fiadores, quienes deberán cubrir la deuda en forma completa. Claro está que el fiador que ha pagado tiene acción de regreso contra los demás por la respectiva porción; y si uno de ellos es insolvente, la parte del insolvente deberá repartirse entre todos los cofiadores, incluso el que ha pagado.

Asimismo, la norma presume *iuris tantum* que la división de la deuda entre los fiadores es por partes iguales; si se pretende dividir la deuda entre ellos en diferentes proporciones, hay que establecerlo expresamente.

Es importante destacar que el mentado artículo 1589 no hace mención alguna a que la fianza sea o no solidaria. La solidaridad solamente es tenida en cuenta con relación al beneficio de excusión (art. 1590). Y es correcto. La solidaridad existe solamente si así se ha convenido o si el fiador ha renunciado al beneficio de excusión. Entre los fiadores puede haber o no solidaridad, y se aplicarán entre ellos las reglas de las obligaciones simplemente mancomunadas o solidarias, según sea el caso.

El beneficio de división puede ser opuesto en cualquier etapa del proceso y, a nuestro juicio, opera de pleno derecho, lo que significa que el pago que hiciere el fiador en exceso de su parte puede ser repetido al propio acreedor.

3.— Excepciones que puede oponer el fiador

1283. Principio

El fiador puede oponer todas las excepciones y defensas propias y las que correspondan al deudor principal, aun cuando éste las haya renunciado (art. 1587).

Es que el hecho de que el deudor renuncie a invocar una excepción o defensa propia, no puede obstar a que el fiador haga valer tal excepción o defensa, pues resulta inadmisibles que el deudor principal empeore la situación del fiador. El fiador podrá invocar, por lo tanto, cualquier causa de liberación o de nulidad o rescisión de la obligación, que hubiese sido renunciada por el deudor.

La única excepción a la regla de que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que personalmente tenga o las que tenga su deudor afianzado está dada por la incapacidad del deudor, que no puede ser invocada por el fiador para excusar su responsabilidad, tal como lo dispone el artículo 1576.

Una situación particular se da con la prescripción. Mientras el plazo no haya vencido, y el deudor realice actos que importen interrumpirlo, el acreedor está liberado de realizar acto alguno para conservar su derecho. Por tanto, los actos del deudor son oponibles al fiador que alegue que el plazo de prescripción ha vencido.

Para terminar es necesario señalar que el artículo 1587 no aclara respecto de si es aplicable o no a la fianza solidaria. Sin embargo, considerando que tanto la fianza simple como la fianza solidaria constituyen obligaciones accesorias, y recordando aquello de que donde la ley no distingue el intérprete no debe distinguir, cabe concluir que el fiador solidario goza de los derechos establecidos en este artículo 1587. Entendemos que el mismo derecho tiene el fiador principal pagador, pues éste no deja de ser fiador respecto del deudor principal (véase nro. 1275).

1284. Intervención en el juicio entre acreedor y deudor

Es necesario asegurar al fiador sus derechos a oponer las excepciones que corresponden al deudor y a controlar la forma en que el deudor se defiende en el pleito. Ello se logra permitiéndole intervenir en ese juicio. Es lo que, en definitiva, consagra el artículo 1588 al disponer que *no es oponible al fiador la sentencia relativa a la validez o exigibilidad de la deuda principal dictada en juicio al que no haya sido oportunamente citado a intervenir.*

En otras palabras, el fiador puede ser demandado junto con el deudor o citado como tercero; en ambos casos deberá oponer todas las excepciones que tenga, pues la consecuencia del juicio será, en el primer caso, que la sentencia tendrá los efectos de la cosa juzgada contra él y, en el segundo caso, que no podrá oponer en una posterior acción las defensas que omitió deducir en ésta. Esta intervención del fiador se justifica en el hecho de que si bien, como regla, su responsabilidad es subsidiaria, configurados que sean los presupuestos de ejecución contra el deudor, se evidencia que el acreedor puede agredir tanto a aquél como al fiador. Pero si el fiador no ha sido demandado ni citado como tercero en el proceso iniciado contra el deudor, tendrá derecho a oponer todas las excepciones personales o de su deudor afianzado en el juicio posterior que contra él inicie el acreedor, pues la sentencia dictada en aquel proceso le es inoponible.

4.— Subsistencia del plazo otorgado al deudor

1285. La regla

El artículo 1586 establece que el fiador cuenta con todo el plazo otorgado al deudor principal para cumplir con la obligación, aun en el caso de que éste se hubiera presentado en concurso preventivo o se hubiese decretado su quiebra. Si se quiere eludir esta disposición, el acreedor deberá convenirlo de manera expresa.

La norma apunta al contrato de tracto sucesivo, pues si fuese de cumplimiento instantáneo, el incumplimiento del deudor acarrea la exigibilidad inmediata y plena de la deuda al propio deudor y, consiguientemente, al fiador.

Pero cuando se trata de un contrato de tracto sucesivo, el incumplimiento parcial del deudor (el de una cuota, por ejemplo) no faculta al acreedor a cobrar toda la deuda al fiador, sino que éste podrá cumplir la obligación de la manera convenida, a menos que se hubiera acordado lo contrario de manera expresa.

Conviene insistir: si se quiere exigir al fiador el pago íntegro de la deuda que ha sido convenida como de tracto sucesivo, cuando el deudor ha incumplido, es necesario pactarlo de manera expresa o establecer la caducidad de los plazos.

B.— RELACIONES ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR

1286. Derecho del fiador a obtener garantías suficientes del deudor

En principio, las obligaciones del deudor para con el fiador comienzan recién cuando éste ha pagado su deuda y él debe reintegrarle lo pagado. Pero el artículo 1594 confiere al fiador —ante ciertos hechos que revelan una posibilidad cierta de que deba pagar o que sus posibilidades de recuperar lo que deba pagar sean mínimas— el derecho a obtener el embargo de los bienes del deudor u otras garantías suficientes (como serían la traba de medidas cautelares). Veamos estos hechos.

a) Cuando se le demanda judicialmente el pago al fiador

La demanda judicial promovida revela que deberá cumplir la obligación en un corto tiempo.

b) Cuando vencida la obligación, el deudor no la cumple

El incumplimiento del deudor, además de generar un evidente riesgo de insolvencia, agrava la situación del fiador, en tanto comenzarán a devengarse los intereses moratorios.

c) Cuando el deudor se ha obligado a liberarlo en un tiempo determinado y no lo hace

Nada importa si el deudor se obligó a liberar al fiador en el momento de darse la fianza o en un acto posterior; lo que importa es el incumplimiento de la promesa.

d) Cuando han transcurrido cinco años desde el otorgamiento de la fianza, excepto que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso

Vencido el plazo indicado, el fiador puede trabar embargo sobre los bienes del deudor, excepto que la obligación afianzada tenga un plazo más extenso, sea implícito (como ocurre con la fianza dada en garantía de las obligaciones del tutor, que se extiende hasta el fin de la tutela), sea que hubiese sido contraída expresamente por un

tiempo más largo, pues en ambos casos, el fiador sabía desde el primer momento cuál era el plazo, de modo que no tiene motivo de queja.

e) Cuando el deudor asume riesgos distintos a los propios del giro de sus negocios, disipa sus bienes o los da en seguridad de otras operaciones

En todos los casos enunciados, el deudor pone en riesgo sus bienes, lo cual pone en duda la posibilidad de que el fiador pueda recuperar lo que se vea obligado a pagar. El juzgamiento de las hipótesis de riesgo debe ser estricto; esto es, que exista una verdadera disipación de bienes que ponga en serio riesgo de ruina al deudor; o que se trate de riesgos diferentes a los que está acostumbrado a asumir en su propia actividad, que por tanto no conoce en profundidad ni le resultan familiares; o que entregue bienes en garantía de otras obligaciones, sin dejar los suficientes para responder por la deuda afianzada. Un hecho relevante de esta situación de riesgo es el concurso del deudor, pues implica que sus bienes están en peligro, toda vez que su situación financiera y económica es, cuanto menos, delicada.

f) Cuando el deudor pretende ausentarse del país sin dejar bienes suficientes para el pago de la deuda afianzada

Si ello ocurre, es claro que el fiador será perjudicado finalmente. El mismo derecho a embargar o trabar otras medidas cautelares debe reconocerse al fiador cuando el deudor ya se ha marchado, ya que si se lo concede cuando es solo una expectativa, con mayor razón corresponderá otorgarlo cuando la expectativa ya está consumada.

Para concluir, cabe señalar que el derecho a pedir el embargo de bienes o la constitución de otras garantías no podrá ejercerse cuando el fiador se obligó en contra de la voluntad del deudor, pues si así lo hizo, deberá cargar con las consecuencias gravosas de su actitud voluntaria.

1287. Subrogación en los derechos del acreedor

El fiador que cumple con su prestación queda subrogado en los derechos del acreedor y puede exigir el reembolso de lo que ha pagado, con sus intereses desde el día del pago y los daños que haya sufrido como consecuencia de la fianza (art. 1592). No hay en ello sino una aplicación de los principios de la subrogación legal (arts. 915 y 918).

Subrogarse en los derechos del acreedor importa poder ejercer todas las acciones, privilegios y garantías que el acreedor tenía contra el deudor, sin importar si tales beneficios son anteriores o posteriores a la constitución de la fianza. El derecho del fiador existe, aun en el caso de que se hubiese obligado o hubiera pagado en contra de la voluntad del deudor (art. 915, inc. c)).

Sin embargo, es necesario precisar que la acción que se le confiere al fiador no es exclusivamente una acción subrogatoria sino que se trata de una acción compleja que comprende también la de reembolso.

En efecto, el sistema, tal como está regulado, excede el marco de un pago con subrogación, pues si bien algunas de las facultades conferidas al fiador nacen de que, efectivamente, se subroga en los derechos del acreedor (en ello se funda su derecho a recuperar del deudor lo pagado), otras facultades nacen de un derecho propio y personal (así la posibilidad de reclamar los intereses a partir del pago o los daños que hubiera sufrido).

Asimismo, es importante resaltar que el derecho principal del fiador es a subrogarse en el derecho del acreedor para recuperar lo efectivamente pagado. Esto significa que si el fiador ha transigido con el acreedor por una suma menor que la realmente adeudada, su derecho se limita a lo pagado y no podrá, por tanto, pretender cobrar la deuda originalmente contraída por el deudor (art. 919, inc. a)).

Pasando a la acción de reembolso, ya se ha dicho que el fiador puede reclamar no solo lo pagado sino también los intereses legales desde el día de pago (es decir, sin necesidad de interpelación, porque la mora se produce *ipso iure*) y la indemnización de todos los perjuicios que hubiese sufrido con motivo de la fianza. Esto incluye el reclamo por el daño moral sufrido.

Aunque la norma no lo diga de manera expresa, si el fiador ha pagado anticipadamente la obligación, solo podrá reclamarle al deudor después de que venza el plazo originariamente pactado y parece razonable que los intereses legales sean debidos a partir de la fecha de vencimiento y no del momento del pago, pues el apuro del fiador en pagar no puede convertirse en un perjuicio para el deudor.

1288. Reclamo del fiador al deudor principal incapaz

Ya hemos dicho que el fiador no puede excusar su responsabilidad en la incapacidad del deudor principal (art. 1576, véanse nros. 1269 y 1283). El tema a resolver ahora es si ese fiador puede o no repetir del deudor incapaz lo pagado.

En el derecho comparado se admite la acción del fiador en la medida en que no pretenda recuperar más que el beneficio recibido por el incapaz (arts. 1950, Cód. Civil italiano, y 1477, Cód. Civil paraguayo), lo cual lo habilita a subrogarse en los derechos del acreedor hasta el límite indicado. Esta solución, si bien no ha sido expresamente plasmada en nuestra ley, resulta aplicable a tenor de lo que dispone el artículo 1000.

1289. Pago hecho por el fiador de codeudores solidarios

Deben distinguirse dos supuestos diferentes. El primero, cuando el fiador afianza a varios deudores que se han obligado solidariamente; el otro, cuando el fiador afianza a uno de esos deudores solidarios. En el primer caso, si el fiador pagó la obligación, tendrá derecho a repetir el total de lo pagado contra cualquiera de los deudores afianzados. Se trata simplemente de la aplicación de la regla del artículo 1592; esto es, que se subroga en el derecho del acreedor y lo ejerce como éste está facultado a ejercerlo. Más complejo es el segundo caso. Acá solo podrá repetir el total de lo pagado contra el deudor afianzado. Respecto de los demás deudores solidarios, que no han sido afianzados, en principio solo podrá reclamar la parte que a cada uno le corresponda en la deuda, pues consideramos que el fiador es un tercero no interesado (al menos respecto del deudor solidario no afianzado), lo cual lo obliga a contar con el asentimiento del deudor o haber pagado en su ignorancia para poder subrogarse (art. 915, inc. b)). No está de más señalar que esta era la solución consagrada por el artículo 2032 del Código Civil de Vélez.

1290. Obligación del fiador de comunicar al deudor el pago que hace

El fiador tiene la obligación de avisar al deudor principal el pago que ha hecho al acreedor (art. 1593, párr. 1º). La norma debe ser interpretada con un criterio más amplio: el fiador no solo debe comunicar el pago que ha hecho, sino también el que se propone hacer. Esta regla, así interpretada, trae ciertas consecuencias, algunas expresamente previstas por la misma norma (párr. 2º), otras que resultan implícitas de ella.

Ante todo, se establece que el fiador que ha pagado, solo podrá reclamar al propio acreedor su devolución, en el caso de que el deudor principal también hubiera abonado la deuda antes de tomar conocimiento de aquel pago. Con otras palabras, el fiador no tiene acción contra el deudor cuando ha pagado sin habérselo informado, siempre que el deudor haya pagado a su vez. Es una aplicación concreta del enriquecimiento sin causa, pues si el fiador no tuviera acción contra el acreedor, éste habría percibido dos veces el mismo pago, lo que es inadmisibile.

De lo dicho se infiere, en segundo lugar, que si el fiador ha pagado y el deudor también lo ha hecho, pero después de haber conocido el pago realizado por el fiador, éste tendrá derecho a reclamar lo pagado al deudor.

En tercer lugar, se dispone que el deudor puede oponer al fiador —que paga sin su consentimiento— todas las defensas que tenía contra el acreedor. En otras palabras, la regla es que el deudor puede oponer al fiador todas las defensas que tenía contra el acreedor, excepto que el fiador hubiera pagado con el consentimiento del deudor. La norma procura evitar que el deudor sufra un perjuicio causado por el pago inconsulto hecho por el fiador.

C.— RELACIONES ENTRE LOS COFIADORES

1291. Recurso en caso de pago

El cofiador que cumple la obligación accesoria en exceso de la parte que le corresponde queda subrogado en los derechos del acreedor contra los otros cofiadores (art. 1595, párr. 1º). De más está aclarar que en los derechos quedan incluidos las acciones, privilegios y garantías del acreedor.

Ahora bien, cuando hay más de un fiador, es necesario establecer la relación que existe entre ellos. Ante todo, debe recordarse que existen fiadores que gozan del beneficio de división y otros que han renunciado a él. Mientras los primeros sólo deben la parte correspondiente de la deuda al acreedor, los segundos deben la totalidad, más allá de la acción de repetición que por la parte proporcional tengan contra los restantes cofiadores.

¿Qué sucede si uno de los fiadores, haya renunciado o no al beneficio de división, paga la totalidad de la deuda afianzada? Como hemos visto, el artículo 1595, párrafo 1º, dispone que el cofiador que ha pagado más de lo que corresponde, lo que abarca la hipótesis de pago completo de la deuda afianzada, queda subrogado en todos los derechos del acreedor contra los restantes cofiadores.

¿Y qué ocurre si uno de los fiadores resulta insolvente? Más allá de que el segundo párrafo del artículo 1595 dispone que la pérdida es soportada por todos los cofiadores, incluso el que realiza el pago, hay que diferenciar entre fiadores simplemente mancomunados y solidarios, por un lado, y según si algún fiador ha pagado al acreedor o todavía nadie lo ha hecho.

Si nadie ha pagado todavía, y los fiadores se han obligado de manera simplemente mancomunada, la obligación de cada uno de ellos se limita al pago de su parte correspondiente (art. 825); por lo tanto, la insolvencia de un cofiador es absorbida directamente por el acreedor. En cambio, si los fiadores se han obligado solidariamente, aunque nadie haya pagado aún, responden por el fiador insolvente y su parte proporcional se divide entre ellos (art. 842).

Si uno de los fiadores ha pagado la totalidad de la deuda, y su obligación es simplemente mancomunada, tiene derecho a reclamar lo pagado en exceso a los restantes cofiadores, pero si uno de ellos resultara insolvente, tal insolvencia no puede distribuirse entre los cofiadores sino que recae en cabeza del que pagó en exceso.

Es que si en la fianza simplemente mancomunada, la insolvencia de uno de los fiadores recae en cabeza del acreedor, es evidente que cuando uno de los fiadores ha pagado en exceso, deberá asumir el costo de su comportamiento, sin posibilidad de distribuirlo entre los restantes cofiadores, pues de lo contrario, los cofiadores se verían perjudicados por la conducta imprudente del fiador que ha pagado.

En cambio, si un fiador solidario ha pagado la totalidad de la deuda, es razonable que pueda repetir contra sus cofiadores la parte proporcional, más la parte del cofiador insolvente. En este caso, al cofiador pagador no se le puede imputar una conducta imprudente; por el contrario, ha pagado conforme lo pactado.

1292. Excepciones que pueden oponer los cofiadores

En principio, el fiador no tiene acción contra sus cofiadores sino en la medida en que haya realizado un pago útil que libere a los restantes de una obligación válida y exigible. Por consiguiente, estos podrán oponer al fiador que pagó, todas las excepciones que el deudor principal podría oponer al acreedor e, incluso las que ellos mismos tenían (arg. art. 1587), pero no las que fueran puramente personales del fiador que pagó y de las cuales él no quiso valerse. Ejemplo de este último caso sería el dolo usado por el deudor o el acreedor para inducirlo a prestar su fianza; en tal caso, la nulidad de la fianza no podrá ser alegada por los cofiadores que no fueron víctimas del engaño.

D.— EFECTOS ENTRE DEUDOR Y ACREEDOR

1293. Principio

Aunque el deudor es el principal interesado en la fianza, pues ella suele ser la condición para que la otra parte dé su consentimiento para celebrar el contrato principal, la fianza no produce efectos entre deudor y acreedor, puesto que se trata de un contrato celebrado entre éste y el fiador.

§ 5.— Extinción de la fianza

1294. Distintos supuestos

La fianza se extingue: a) por extinción de la obligación principal; b) por haber ocurrido cualquiera de las causas enumeradas en el artículo 1596.

A.— EXTINCIÓN POR VÍA DE CONSECUENCIA

1295. Principio

Extinguida la obligación principal por cualquiera de los medios legales (pago, compensación, novación, transacción, confusión, renuncia o remisión de deuda, imposibilidad de pago, resolución o rescisión del contrato, etc.) queda también

extinguida la fianza, puesto que siendo una obligación accesorio, sigue la suerte de la principal.

Algunos medios de extinción requieren explicaciones:

a) Pago

El pago de la obligación extingue la fianza siempre que sea hecho por el deudor; si, en cambio, ha sido hecho por un tercero que se ha subrogado en los derechos del acreedor, la fianza subsiste (art. 918).

b) Prescripción

La prescripción no extingue la deuda sino la acción. Cuando se ha afianzado el pago de una obligación civil que luego el acreedor deja prescribir por inercia, el fiador podrá oponer la prescripción, puesto que tiene a su disposición todas las excepciones y defensas de que puede valerse el deudor principal, incluso cuando éste las hubiese renunciado (art. 1587).

c) Remisión de la deuda

La remisión de la deuda, esto es, la entrega voluntaria que el acreedor hace al deudor del documento en donde consta la deuda (art. 950), produce los efectos del pago (art. 952); por lo tanto, extingue la obligación principal (art. 880) y las obligaciones accesorias, como la fianza, que se hubieran constituido. Sin embargo, si el fiador hubiese pagado al acreedor una parte de la deuda para lograr su liberación, y luego el acreedor hubiere hecho remisión al deudor, el fiador no tendrá derecho a repetir lo pagado (art. 953).

d) Compensación

El deudor principal puede oponer al acreedor la compensación de su deuda con la del crédito que él tenga contra el propio acreedor; pero no podrá oponer la compensación de su deuda con la que el acreedor tenga con su fiador. En cambio, *el fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor le deba a él o al deudor principal* (art. 925).

1296. Normas especiales

El Código Civil y Comercial prevé algunas normas particulares en el capítulo referido a la fianza, referidas a la novación y a la evicción. Veamos.

a) Novación

La novación extingue la obligación principal y sus accesorios, pero el acreedor puede impedir la extinción de las garantías reales o personales que afectaban la anterior obligación si hace reserva expresa de ello (art. 940). Sin embargo, la extinción de la fianza por la novación de la deuda principal, conforme lo dispone el artículo 1597, es absoluta y no puede subsistir aunque se haya hecho esa reserva.

De todos modos, no deberá olvidarse que la intención de novar no se presume (art. 934), por lo que su interpretación debe hacerse con carácter restrictivo.

Es importante destacar que el segundo párrafo del artículo 1597 establece que *la fianza no se extingue por la novación producida por el acuerdo preventivo homologado del deudor, aun cuando no se haya hecho reserva de las acciones o derechos contra el fiador*.

La norma mantiene la solución del artículo 55 de la ley 24.522, la que, en verdad, ha traído una importante controversia sobre sus verdaderos alcances: la obligación del fiador, ¿se mantiene en los términos originales, aunque el obligado principal se hubiera visto beneficiado con quitas y esperas propias del acuerdo concursal, o no?

Resulta esencial advertir que tanto el artículo 55 de la ley de concursos y quiebras, como el texto que propone el nuevo Código, se limitan a mantener la fianza como efecto especial de esta novación concursal, pero nada dicen respecto del monto o límite de la garantía. Entonces, ¿por qué inferir que la obligación del fiador se mantiene en los términos estrictos de la obligación original? En definitiva, lo que la norma remarca es que la obligación del fiador no se extingue, sigue viva, pero nada establece sobre el *quantum* de esa garantía.

Entendemos que no hay razón alguna que justifique mantener el monto de la obligación del fiador en los términos originales. Lo que los textos legales establecen es que la obligación del fiador no se ha extinguido por novación, pero nada obsta a que ella quede limitada a los términos del acuerdo homologado.

b) Dación en pago y evicción

Cuando el acreedor acepta el pago de otra cosa que la debida, libera al deudor, pues la obligación se extingue (art. 942); si luego la pierde por evicción, tendrá derecho a ser indemnizado por éste, pero la obligación primitiva no revive, excepto pacto expreso y sin perjuicio de terceros (art. 943). En otras palabras, la aceptación de otra cosa por el acreedor ha provocado la novación de la deuda originaria y por ello el fiador (que es un tercero) queda definitivamente liberado aunque aquel pierda luego la cosa recibida. Por tal motivo, la evicción de lo que el acreedor ha recibido en pago del deudor, no hace renacer la fianza (art. 1598).

¿Qué sucede si la dación en pago es hecha por el propio fiador, y luego el acreedor pierde la cosa por evicción? El artículo 1598 es claro: la dación en pago que importa es la hecha por el deudor principal. Por ello, si el fiador ha hecho la dación en pago, y luego la cosa se pierde por evicción, deberá indemnizar al acreedor.

Una cuestión final: el artículo 1598 establece que la evicción de lo que el acreedor ha recibido en pago del deudor no hace renacer la fianza. Y hemos dicho que se refiere a la dación en pago. Sin embargo, la redacción es amplia y parecería abarcar también a la entrega de la cosa debida por el deudor. En este caso, ¿tampoco responde el fiador por evicción? A nuestro juicio, sí responde. Si se pierde la cosa debida por evicción, para el acreedor ha habido un incumplimiento de la obligación originaria, y el fiador debe por lo tanto responder. Si se trata, en cambio, de una dación en pago, la situación es diferente, pues el acreedor ha aceptado una prestación distinta a la prometida, y el fiador no tiene por qué hacerse cargo de ello.

B.— EXTINCIÓN DIRECTA

1297. Principio

La fianza queda extinguida, como cualquier obligación, por alguno de los modos de liberación establecidos en los capítulos 4 y 5 del título I, del Libro Tercero, del Código Civil y Comercial. Aunque en todos estos casos el fiador queda liberado, los efectos de la extinción no son siempre los mismos. En algunos, el fiador queda liberado quedando intacta la obligación del deudor principal; tal ocurre, por ejemplo, con la renuncia o remisión de deuda hecha por el acreedor a favor del fiador. En otros, se produce una novación en la obligación del deudor principal: queda liberado respecto del acreedor, pero pasa a ser deudor del fiador. Así sucede con el pago hecho por el fiador al acreedor.

1298. Causales especiales

El artículo 1596 señala que existen cuatro "causales especiales" de extinción de la fianza. Veámoslas:

a) Se extingue la fianza cuando, por el hecho del acreedor, el fiador no puede subrogarse en las garantías reales o privilegios que accedían al crédito al tiempo de la constitución de la fianza. Esto significa que la fianza se extingue por el hecho (una acción —devolver la cosa prendada— o una negligente omisión —no renovar la inscripción de la hipoteca—) del acreedor que hace imposible la subrogación a sus derechos por parte del fiador. Es que si el fiador puede subrogarse en el derecho que el acreedor tenía contra el deudor, parece razonable concluir que si el acreedor ha puesto al fiador en caso de no poder subrogarse en sus acciones, el fiador queda liberado de la parte que hubiera podido obtener del deudor. Es importante que se traten de garantías o privilegios que existían al tiempo de obligarse el fiador, pues si la fianza ha sido dada con anterioridad a la existencia de tales derechos o privilegios, la pérdida imputable de ellos al acreedor no tiene incidencia en la fianza que subsiste.

b) Se extingue la fianza *si se prorroga el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, sin consentimiento del fiador*. La prórroga importa alargar la responsabilidad del fiador. Por ello, se requiere su conformidad para que la prórroga lo afecte; en caso contrario, se extingue la fianza.

c) La fianza general se extingue si transcurren cinco años desde su otorgamiento en garantía de obligaciones futuras y éstas no han nacido. La norma está acotada a la fianza general prevista en el artículo 1578, e importa una limitación temporal importante que el Código hace en consideración a la amplitud de la garantía dada y las consecuencias económicas sobre el patrimonio del fiador.

d) La fianza se extingue *si el acreedor no inicia acción judicial contra el deudor dentro de los sesenta días de requerido por el fiador o deja perimir la instancia*. De esta manera, se limita el riesgo de la denominada prórroga tácita, esto es, cuando el acreedor se abstiene de demandar el cumplimiento de la obligación a su vencimiento, facultando al fiador a intimar al acreedor para que accione o impulse el procedimiento. Por lo tanto, basta que transcurran sesenta días desde la intimación para que el incumplimiento del acreedor acarree la liberación del fiador, sin que se exija ningún otro recaudo más. La misma solución recae en el caso de que el acreedor accione en término, pero luego deja perimir la instancia.

1299. Prescripción de la acción contra el fiador

La acción contra el fiador no tiene plazo de prescripción especial y corre por tanto el de cinco años (art. 2560).

El punto de partida de la prescripción es el del nacimiento de la acción del acreedor contra el fiador.

Todo ello sin perjuicio de recordar que la prescripción de la obligación principal opera la extinción de la fianza; y, por lo tanto, si la acción principal tiene un plazo de prescripción menor, la fianza prescribirá antes del término fijado en el artículo 2560.

1300. Concepto y definición

El contrato oneroso de renta vitalicia obliga a una de las partes a entregar a la otra un capital (dinero u otros bienes muebles o inmuebles) a cambio de lo cual esta asume el compromiso de pagar una renta (a la otra parte o a un tercero) durante la vida de una o más personas designadas en el contrato. Si bien podemos definir así este contrato oneroso de renta vitalicia, nada se opone a que pueda constituirse una renta vitalicia gratuita, en cuyo caso deberán aplicarse análogamente las disposiciones de la donación (arts. 1542 y 1552).

Puede constituirse una renta vitalicia gratuita, por ejemplo, en un testamento o en una donación con cargo, imponiendo al beneficiario de la liberalidad (heredero, legatario, donatario) la obligación de pagar esa renta vitalicia a un tercero.

El Código Civil y Comercial ha regulado exclusivamente el contrato oneroso de renta vitalicia, que es la forma típica y más frecuente de constitución de estas obligaciones y así lo ha hecho en el artículo 1599 que dispone: *Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato.*

1301. Caracteres

El contrato oneroso de renta vitalicia tiene los siguientes caracteres:

Es *oneroso* porque las ventajas que procuran a una parte le son concedidas a cambio de otra prestación que esta ha hecho o se obliga a efectuar (art. 967).

Es *bilateral*, puesto que ambas partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra (art. 966), en particular una se obliga a entregar el capital y la otra la renta.

Es *aleatorio*, porque las ventajas o desventajas, que para las partes supone el contrato, dependen de un acontecimiento incierto (art. 968) como lo es la duración de la vida de la persona humana designada en el contrato.

Es de *tracto sucesivo*, pues las obligaciones del deudor de la renta se prolongan en el tiempo y se cumplen periódicamente.

Es *consensual*, porque se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades y porque a la luz del nuevo Código todos los contratos serían consensuales. Era un contrato real en el derogado Código Civil, pues se perfeccionaba con la entrega del capital.

Es *formal*, pues la ley exige —con igual criterio que el artículo 2072 del Código Civil de Vélez— la instrumentación por escritura pública (conf. arts. 969, 1552 y 1601).

Es *nominado*, pues está especialmente regulado por los artículos 1599 y siguientes.

1302. Elementos

De acuerdo con lo que establecen los artículos 1599 y 1601, el contrato oneroso de renta vitalicia supone los siguientes requisitos esenciales:

a) La entrega de un capital, sea en dinero o en otra prestación mensurable en dinero (bienes muebles o inmuebles, títulos, acciones, bonos, etc.), entrega esta que efectuará el acreedor de la renta al deudor de ella. Ese capital se entrega en propiedad, de modo que hay una transferencia definitiva del dominio a favor del deudor de la renta.

b) La existencia de una renta, cuyo pago será en forma periódica (arts. 1599 y 1602) durante la vida de una o más personas ya existentes, determinadas en el contrato. Normalmente, la renta se paga a la persona que entregó el capital, pero nada se opone a que el beneficiario sea un tercero o varias personas (art. 1603). En su modalidad típica la renta está referida a la vida del beneficiario; pero puede estarlo también a la vida del deudor y aun a la de un tercero.

El artículo 1602 habla de periodicidad en el pago de la renta, por lo que es lícito pactar que la renta sea mensual, trimestral, semestral, etcétera.

c) *¿Existencia de una garantía?* A este respecto el Código Civil y Comercial genera alguna confusión, ya que el artículo 1607 establece que *si el deudor de la renta no otorga la garantía a la que se obliga o si la dada disminuye, quien entrega el capital o sus herederos pueden demandar la resolución del contrato debiendo restituirse solo el capital*. Sin embargo, no debe entenderse a la garantía como un elemento necesario o esencial para el contrato oneroso de renta vitalicia, no obstante lo cual nada impide que se exija o se pacte tal garantía a cargo del deudor de la renta, en cuyo caso operará la disposición citada, sobre la cual volveremos (véase nro. 1306.b).

d) *La forma*. Dispone el artículo 1601 que el contrato oneroso de renta vitalicia *debe* celebrarse por escritura pública. Pero nos preguntamos si esta formalidad es exigida por la ley con carácter solemne o simplemente *ad probationem*. Si bien es cierto que el artículo 1601 exige escritura pública, debemos recordar que el artículo 969, al hablar de contratos formales, dispone de una manera general que los contratos a los que se exige una forma particular lo es solo para que estos produzcan efectos propios *sin sanción de nulidad*, pues valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Por ello, pensamos que hay que distinguir: si la renta es *onerosa*, la formalidad debe considerarse solo *ad probationem*; pero si la renta es *gratuita* se le aplicarán las reglas de las donaciones para las prestaciones periódicas o vitalicias (conf. art. 1552), por lo que la escritura es una exigencia solemne, bajo estricta pena de nulidad y, por tanto, ineludible.

1303. Distinción con otros contratos

Siguiendo la obra del maestro Guillermo BORDA (*Tratado de derecho civil. Contratos*, 10ª ed. actual. por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, t. II, nros. 1961/3), podemos hacer la siguiente diferencia del contrato oneroso de renta vitalicia con otras relaciones jurídicas.

a) Con la pensión de alimentos

La distinción es clara cuando se trata de los alimentos nacidos por disposición legal *ex lege*, pues en este supuesto no hay contrato. Pero es jurídicamente admisible el contrato de alimentos (gratuito u oneroso). En este caso, la distinción también es clara: en el contrato por alimentos, la obligación del deudor se prolonga mientras subsiste la necesidad del alimentado, mientras que en la renta vitalicia, esta no se vincula con el estado de fortuna del acreedor de la renta.

b) Con el seguro de vida

Ambos contratos son aleatorios y las ventajas o desventajas para las partes dependen de la mayor o menor prolongación de la vida de una de las partes; en ambos casos hay un acto de previsión, por el cual una de las partes quiere asegurarse para sí o para terceros, la entrega de una suma de dinero, o de una renta.

Pero las diferencias son netas: en la renta vitalicia, el acreedor entrega un capital a cambio de una renta *ad vitam*; en el seguro, el asegurado entrega de por vida (o hasta cumplir cierto número de años) una cierta cuota o prima, a cambio de lo cual el asegurador se compromete a pagar cierto capital a las personas designadas en el

contrato cuando el asegurado fallezca (o a pagarlo al propio asegurado después de transcurrido cierto número de años sin que se produzca su deceso).

c) Con la donación con cargo

En su forma típica, ambos son inconfundibles, pues la donación es una liberalidad y la renta es un contrato oneroso. Sin perjuicio de ello, cuando la renta vitalicia se establece en beneficio de un tercero, el contrato implica siempre, en las relaciones entre el dador del capital y el beneficiario, una liberalidad a la que se aplican las reglas de los actos a título gratuito, estableciéndolo así el artículo 1600 que dispone que si el contrato (de renta vitalicia) es a favor de un tercero, respecto de éste rigen las reglas de la donación, excepto que la prestación se haya convenido en razón de otro negocio oneroso.

Pero hay hipótesis en que la distinción es sutil. Veamos: una persona entrega en propiedad un inmueble a otra con la condición de que esta le pase cierta renta de por vida. Si esa renta es superior al producido normal de la explotación del inmueble, no cabe duda de que el contrato es de renta vitalicia; pero si es menor, hay más bien una donación con cargo, aunque las partes la hayan calificado como renta vitalicia, porque el que recibe el inmueble no asume ningún alea, ya que siempre el contrato le es beneficioso, cualquiera que sea la duración de la vida de la otra parte.

1304. Las partes del contrato

Las partes del contrato oneroso de renta vitalicia son el *constituyente* aportante del capital y el receptor del mismo, *obligado* a la prestación de la renta.

Respecto del *constituyente*, aportante del capital, surge la cuestión de su capacidad para el acto, por lo cual si el capital entregado fuese una suma de dinero, el constituyente deberá tener capacidad para dar en mutuo y el receptor que se obliga a pagar la renta deberá tener capacidad para contratar préstamos. Si el capital entregado consistiera en una cosa mueble o inmueble, el constituyente deberá tener capacidad para vender, y el que la recibe y promete la renta, capacidad para comprar.

Si bien ordinariamente la renta en este contrato se constituye en favor del constituyente que hace entrega del capital, nada se opone a que haya un distinto *beneficiario*, un tercero que no sea el constituyente, o que lo sean varias personas.

a) Renta constituida en favor de un tercero

Si la renta ha sido constituida en favor de un tercero, las relaciones entre la parte que entregó el capital y el beneficiario se rigen, en cuanto a su validez intrínseca y sus efectos, por las disposiciones relativas a las donaciones, de conformidad con lo que dispone el artículo 1600, salvo —como bien indica la norma citada— que la prestación de la renta se haya convenido en función de otro negocio oneroso. Por consiguiente, y siempre que no se de este último supuesto: i) la capacidad para constituir la renta en favor del tercero y la del beneficiario para aceptarla, se regirá por las reglas relativas a las donaciones tal como indica la norma, y ii) la liberalidad quedará sujeta a reducción y colación.

¿Qué ocurre si el tercero beneficiario no puede recibir liberalidades del constituyente de la renta (como ocurre entre cónyuges)? Podría alegarse la nulidad del contrato con fundamento en el artículo 386. Sin embargo, pensamos —haciendo prevalecer el artículo 1066 que dispone que *si hay duda sobre la eficacia del contrato o de algunas de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto*— que el contrato es válido, solo que el deudor deberá pagar la renta, no al beneficiario designado, sino al constituyente o a sus herederos hasta el momento prescripto en el contrato para su extinción. Así, incluso, lo disponía de manera expresa el artículo 2079 del Código Civil

de Vélez. La misma solución, y con mayor razón pues no hay hipótesis alguna de nulidad, es aplicable al caso de que el beneficiario se niegue a aceptar la renta.

b) Existencia de una pluralidad de beneficiarios

Puede ocurrir que el contrato de renta vitalicia designe más de un beneficiario al momento de celebrarse el contrato, pudiendo en este caso hacerlo en forma sucesiva o simultánea. Cuando se constituye en forma sucesiva, el segundo beneficiario recibirá la renta solo al fallecimiento del primero, el tercero a la muerte del segundo, etc., en el orden designado en el contrato.

En el supuesto de que los beneficiarios sean simultáneos, si el contrato no establece la proporción en que se repartirá la renta, esta se dividirá entre ellos por partes iguales de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1603. Si alguno de ellos muere, el derecho a la renta es transmisible a sus herederos, salvo que el contrato establezca el cese de la renta a su respecto o indique que entre los beneficiarios se abre el derecho de acrecer.

En caso de varios beneficiarios, pero sin indicarse si estos son simultáneos o sucesivos, debe entenderse que son simultáneos y no sucesivos, pues la designación sucesiva supone que se ha previsto una causa especial de extinción del derecho del primer beneficiario designado, y de nacimiento del designado en segundo lugar, sea en forma de condición o plazo.

1305. El objeto: el capital y la renta

El *capital* es elemento esencial del contrato, es entregado por el constituyente o acreedor y puede consistir en una suma de dinero o en cualquier otra prestación mensurable en dinero, sean derechos, bienes muebles o inmuebles (conf. art. 1599). Dentro de este amplio concepto, cabe entonces cualquier transferencia de bienes o derechos susceptibles de valoración económica, tales como la nuda propiedad, el usufructo, la transferencia de un fondo de comercio o de las acciones de una sociedad, la cesión de un crédito, de una herencia, etcétera.

También *la renta* es un elemento esencial del contrato, la cual debe ser periódica y vitalicia (conf. art. 1599). La misma debe convenirse y abonarse en dinero, pero si se previera la prestación en otros bienes que no fueren dinero, su importe deberá ser siempre pagado por su equivalente en dinero al momento de cada pago (conf. art. 1602). Ello importa que la determinación de la renta de otra manera que la de fijársela en dinero, no provoca la nulidad del contrato, sino que autoriza al deudor a convertirla a dinero.

En el contrato debe establecerse el valor de cada cuota y la periodicidad con que se pague la renta. En principio, la fijación de la renta es libre; en efecto, el artículo 1602, párrafo 2º, establece que *el contrato debe establecer la periodicidad con que se pague la renta y el valor de cada cuota*.

No obstante, cabe destacar que la norma transcripta nos plantea un posible supuesto de nulidad del contrato. En efecto, ella continúa diciendo que *...si no se establece el valor de las cuotas, se considera que son de igual valor entre sí*. Y nos preguntamos: si no se fijó el valor de *las cuotas*, ¿cómo será posible determinar el *igual valor* entre sí?

La renta vitalicia es un derecho creditorio incorporado al patrimonio del acreedor o del beneficiario, quienes pueden disponer libremente de él, transfiriéndolo a título oneroso o gratuito, sea por actos entre vivos o por causa de muerte (conf. art. 1603, *in fine*). Por lo tanto, debe entenderse que será nula toda cláusula que prohíba al acreedor enajenar su derecho a la renta. También debe entenderse —con sustento en el artículo 2076 del Código Civil de Vélez— que si la renta vitalicia tiene carácter de pensión alimenticia, debe considerarse entonces inembargable, conforme con los principios aplicables a toda pensión de alimentos.

1306. Obligaciones que genera el contrato

El contrato genera obligaciones en cabeza de ambas partes. Veamos.

a) Obligaciones del constituyente o acreedor de la renta

Al momento de suscribirse el contrato, el constituyente o acreedor de la renta tiene la *obligación de hacer entrega del capital o de la prestación mensurable en dinero* (derechos, bienes muebles o inmuebles) procediendo a la tradición de aquello cuya entrega constituye su obligación principal.

La obligación del constituyente o acreedor de la renta no se agota en la sola entrega o tradición de la prestación acordada, pues debe también al deudor de la renta la obligación de saneamiento (conf. arts. 1033, inc. a], 1034 y conc.), o sea la garantía por evicción y por vicios redhibitorios de la cosa entregada.

b) Obligaciones del deudor de la renta

La principal obligación del deudor es *pagar la renta en forma periódica*. El pago debe efectuarse en el momento convenido. La periodicidad de la renta puede ser anual, semestral, mensual, etc., y si bien la forma típica que contemplaba el derogado Código Civil (conf. art. 2070) era el pago anual, al cual se debía sujetar en caso de no determinarse tal periodicidad, el Código Civil y Comercial no trae una disposición semejante.

Entendemos que en caso de no haberse sujetado el contrato a una forma periódica determinada, independientemente de que se entienda por período vencido (conf. art. 1602, párr. 3º, salvo disposición en contrario), al no haberse pactado un plazo periódico específico, deberá estarse al que determine el juez mediante el procedimiento más abreviado que prevea la ley local (conf. art. 887, inc. b)).

Se adquiere el derecho a la renta de conformidad con lo acordado en el contrato y en su defecto lo será por períodos vencidos. Se adquiere además en forma proporcional al tiempo transcurrido en que la persona contemplada ha vivido.

Así establece el artículo 1602, tercer párrafo, al disponer que se debe la parte proporcional de la renta por el tiempo transcurrido desde el último vencimiento (o de su pago) hasta el fallecimiento de la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato. Así, por ejemplo, si se trata de una renta por períodos mensuales y por un monto de \$ 15.000 y la persona fallece a los veinte días del mes, el deudor deberá a los herederos la suma de \$ 10.000.

Nada más prevé la normativa del Código Civil y Comercial, por lo que pensamos que si se hubiere convenido que la renta se pague por períodos mensuales anticipados, cada período debe entenderse adquirido por entero desde el primer día del mes en que el pago debe ser hecho, de modo tal que el acreedor de la renta o sus herederos pueden reclamarlo aunque la persona cuya vida fue tomada en consideración hubiere fallecido el segundo día de ese mes.

Si el deudor de la renta no la pagara puntualmente, el constituyente acreedor o el tercero beneficiario de la renta, tienen derecho a demandar su pago forzoso mediante la pertinente demanda de cumplimiento de contrato. Así lo dispone expresamente el artículo 1605 respecto del tercer beneficiario, pues queda constituido en acreedor de la renta desde su aceptación y tendrá por ello acción directa contra el deudor para obtener su pago. Entendemos que igual acción tendrá el constituyente acreedor aunque la norma del artículo 1604 nada diga al respecto y solo regule la resolución del contrato por falta de pago.

El fallecimiento de la persona cuya vida ha sido condición del contrato hace al interés del deudor de la renta y corre a su cargo esa prueba, pues ello determinará el cese de su obligación (conf. art. 1606, *in fine*).

Es también *obligación del deudor de la renta dar las seguridades prometidas*.

Como adelantáramos, no debe entenderse a las seguridades o garantía como un elemento necesario o esencial del contrato oneroso de renta vitalicia, lo que no obsta que se pacte tal garantía a cargo del deudor de la renta, en cuyo caso operará el artículo 1607. Usualmente, el constituyente acreedor de la renta vitalicia, si bien cumple su obligación de entregar un capital, suele exigir alguna garantía o seguridad suficiente al deudor que afiance el pago oportuno de la renta, pues de lo contrario podría quedar expuesto a perder su capital y su renta.

Así entonces debe ser entendida la norma del citado artículo 1607 por la cual si el deudor no da las seguridades prometidas, el constituyente que hubiere entregado el capital puede demandar la resolución del contrato y la restitución de solo ese capital.

Se contemplan en la mencionada norma dos situaciones distintas:

i) Que no se hayan dado las garantías o seguridades prometidas; refiriéndose ello tanto a las garantías reales como a las personales.

ii) Que hayan disminuido las garantías dadas. En este caso (a diferencia de lo previsto por el Cód. Civil de Vélez, art. 2087) habrá derecho a pedir la resolución, sea que la disminución haya sido provocada por un hecho del deudor de la renta, sea que obedezca al hecho de un tercero, sea que ello fuere consecuencia de un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito.

1307. Fin del contrato

El contrato se extingue por las siguientes causas.

i) *Fallecimiento de aquel cuya vida determina la duración del contrato.* Concluye naturalmente el contrato oneroso de renta vitalicia por el fallecimiento de la persona cuya vida ha sido tomada en cuenta en el acuerdo.

Así dispone el artículo 1606 que el derecho a la renta se extingue por el fallecimiento de la persona cuya vida se ha tomado en consideración para la duración del contrato, por cualquier causa que sea dicho fallecimiento. Como adelantamos, la prueba de que la persona ha muerto compete al deudor de la renta.

Ordinariamente suele ser la vida del constituyente del contrato y acreedor de la renta la que se toma en cuenta; pero si fuera una persona distinta (el propio deudor o un tercero), la muerte del constituyente o acreedor de la renta no extingue su derecho, que pasa a sus herederos (conf. art. 1603, *in fine*).

Las vidas contempladas en el contrato pueden ser las de varias personas (conf. art. 1599). En este caso, el derecho del acreedor subsiste íntegramente hasta la muerte de la última persona designada, debiéndose devengar la renta en su totalidad (conf. art. 1606, párr. 1º, 2ª parte), salvo que lo contrario se haya establecido en el contrato.

El Código Civil y Comercial ha dispuesto expresamente que es nula la cláusula que autorice a sustituir la persona cuya vida se toma en cuenta para la duración del contrato o a incorporar otra al mismo efecto (art. 1606, párr. 2º).

ii) *Conclusión del contrato por resolución.* El Código Civil y Comercial ha previsto diversas hipótesis de conclusión del contrato de renta vitalicia por resolución.

Así, en primer lugar podemos encontrar que la *falta de pago* de la renta al constituyente (o a sus herederos) da derecho a estos a demandar la resolución del contrato (art. 1604) y en tal caso la restitución del capital constituyente.

En segundo lugar, puede concluir el contrato por resolución del mismo, fundado en que el deudor de la renta *no otorga las garantías* a las que se ha comprometido o si la garantía dada disminuye y no cubre sus obligaciones conforme a lo acordado. El derecho a resolver corresponde al constituyente de la renta o, en su caso, a sus herederos de conformidad con lo determinado por el artículo 1607. Puede advertirse

que la atribución de responsabilidad de la resolución al deudor en ambos casos configura un factor objetivo y una responsabilidad directa (conf. arts. 1721, 1722 y 1749).

Finalmente, se resuelve el contrato si la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato, no es el deudor de la renta y dentro de los treinta días de celebrado el contrato *fallece por propia mano* (suicidio) o *por una enfermedad que padecía* al momento de celebrarse el contrato. En este supuesto, el contrato de renta vitalicia se resuelve de pleno derecho y deben restituirse las prestaciones (art. 1608). Se trata de una solución tradicional que ya traía el artículo 2078 del Código Civil de Vélez cuando establecía que era nula la renta vitalicia si la persona, cuya vida ha sido la base del contrato, estaba atacada en el momento de su otorgamiento de una enfermedad de la que falleciese dentro de los treinta días siguientes, aunque las partes hayan tenido conocimiento de la enfermedad. Debe señalarse que una enfermedad sobrevenida después, o un accidente que ocasionen la muerte, son ineficaces para provocar la resolución del acuerdo. No interesará entonces que la muerte haya ocurrido por evolución natural de la enfermedad, o como consecuencia de una operación a la que debió someterse el paciente.

¿Qué sucede en el supuesto en que el deudor de la renta ha dado muerte al constituyente acreedor cuya vida ha sido tomada en cuenta para la duración del contrato? Pensamos que como el crimen ha hecho cesar el cumplimiento del contrato por culpa del deudor, los herederos del acreedor pueden reclamar los daños derivados de ese incumplimiento, a cuyo fin habrá que calcular las rentas que pudo percibir el fallecido tomando en cuenta su vida probable, de acuerdo con las tablas de mortalidad; esa indemnización debe pagarse globalmente en el momento de la sentencia. La cuestión solo se plantea en la hipótesis del homicidio intencional; si solo ha mediado culpa del deudor (por ejemplo, muerte ocurrida en un accidente de automóvil), el fallecimiento debe considerarse accidental y el deudor queda liberado de seguir pagando la renta.

Además, podemos decir que el contrato será de ningún efecto cuando la persona cuya vida sirvió de base para fijar la duración de la renta, no existía al día de su formación, tanto si ella todavía no existía en ese momento (no había sido concebida aún, art. 19), como si había dejado ya de existir.

Esta disposición que traía el Código Civil de Vélez (art. 2078) no se encuentra explícitamente en el Código Civil y Comercial, pero se infiere del artículo 1599 que hace referencia al pago de una renta durante la vida de una o más personas ya existentes, designadas en el contrato.

Ahora bien, veamos los efectos que acarrea la resolución del contrato. Si el contrato se resuelve por falta de pago de la renta o por no haber dado las garantías comprometidas, el deudor tiene que devolver el capital a quien se lo entregó o a los herederos de este último (arts. 1604, párr. 1º, y 1607).

En estos casos, puede ocurrir que durante el lapso en que la cosa ha estado en poder del deudor, se haya perdido o deteriorado. Si ello ocurriera, el deudor estará obligado a restituir al acreedor una cosa igual o a indemnizarle los daños.

¿Qué ocurre si el deudor de la renta ha enajenado la cosa o ha constituido sobre ella algún derecho real de hipoteca, prenda, usufructo o servidumbre?

La cuestión está discutida; por nuestra parte pensamos que lo que se resuelve es el contrato y no el dominio; en tal forma que el acreedor que entregó la cosa, no readquiere un derecho real sino uno creditorio, por lo cual puede accionar contra el deudor para demandarle la entrega del valor de la cosa y la reparación de los daños eventualmente sufridos.

Ello significa que los derechos adquiridos por terceros se mantienen en pie no obstante la sentencia que hace lugar a la resolución.

Si el contrato se resolviera por la causal prevista en el artículo 1608, el contrato se resuelve de pleno derecho y las partes deben restituirse las prestaciones (art. citado, *in fine*). ¿Qué ocurre si el capital dado se destruye o deteriora en ese lapso? Entendemos que hay que diferenciar dos supuestos: si ha mediado culpa del deudor, deberá indemnizar el daño causado; si, en cambio, ello ocurrió por caso fortuito o fuerza mayor, el deudor estará exento de responsabilidad.

II — JUEGO Y APUESTA

§ 1.— Nociones generales

1308. Concepto

Siendo los conceptos de juego y apuesta de los más vulgares, resulta sorprendente la dificultad en que se han encontrado los juristas para precisarlos en el plano del derecho. ¿Se trata de contratos distintos? Y si, como tradicionalmente se admite, lo son, ¿cuál es la base sobre la que debe hacerse la distinción?

a) Para algunos autores que siguen una idea insinuada ya en el derecho romano, el juego supone la participación personal en los ejercicios de destreza física o mental, sobre cuyo resultado se arriesga una postura; la apuesta, en cambio, recae sobre hechos o circunstancias que son extrañas a los contratantes, como ocurre cuando los espectadores apuestan sobre el resultado de un partido de fútbol, de un *match* de box o sobre si ocurrirá o no tal acontecimiento político, etcétera.

b) Para otros, la distinción debe fundarse esencialmente en el motivo que inspira a las partes: la apuesta tiende a robustecer una afirmación, en tanto que el juego tiene por objeto una distracción o una ganancia.

En verdad, se trata de una disputa estéril. En todo el mundo, juego y apuesta tienen un régimen jurídico común, están sujetos a idénticas normas legales. Y jurídicamente solo merecen ser considerados como conceptos distintos los que se hallen enlazados a efectos diferentes. No hay, pues, interés en precisar una diferencia que no tiene contenido ni vigencia efectiva.

Este último concepto es el que entendemos que ha recogido el Código Civil y Comercial en el artículo 1609, dando solamente la definición de "juego" (*hay contrato de juego si dos o más partes compiten en una actividad de destreza física o intelectual, aunque sea sólo parcialmente, obligándose a pagar un bien mensurable en dinero a la que gane*), pero regulando en las sucesivas normas los mismos efectos y consecuencias, tanto para el "juego", como para la "apuesta".

No está de más señalar que los contratos de juego y apuesta son bilaterales, onerosos y aleatorios, en tanto las ventajas dependen de un hecho futuro e incierto respecto del momento en que se los celebró.

1309. El juego y su tratamiento legislativo

El problema legislativo que plantea el juego es uno de los más complejos. En sí mismo, jugar por dinero no es malo; es un medio frecuentísimo de distracción, de entretenimiento, que lejos de ser dañoso, importa descanso, hace olvidar otras preocupaciones y, en tal sentido, es útil. Es claro que convertido en pasión, es de los más nocivos. Es una cuestión de medida; y esto es precisamente lo que hace difícil la solución legislativa.

La ley sigue respecto del juego una política compleja, cuando no contradictoria, que exige hacer jugar las normas del Código Civil y Comercial y las dictadas con carácter local por las legislaturas provinciales. En la ciudad de Buenos Aires rigen el decreto-ley 6618/1957 y las leyes 538 y 1472. Veamos:

a) Cierta tipo de apuestas (juegos tutelados) originan obligaciones similares a las nacidas de cualquier otro contrato; el vencedor puede demandar judicialmente el pago de la apuesta.

b) Otras, en cambio, no confieren acción al vencedor, pero pagada la apuesta, como regla, no se puede demandar su repetición (juegos no prohibidos).

c) Finalmente, la ley guarda una especial severidad para los llamados juegos de azar no autorizados por la ley. Así, en la ciudad de Buenos Aires, son castigados con multa o pena de prisión los dueños, banqueros y empleados de casas de juego, extendiendo la pena inclusive a los mismos jugadores que sean sorprendidos en ellas (arts. 3º, 4º y 5º, dec.-ley 6618/1957), mientras que los organizadores y explotadores de juegos no autorizados pueden ser arrestados (art. 116, [ley 1472](#), de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Pero el Estado que, fundado en razones de moral, prohíbe estas actividades y hace recaer sobre quienes las explotan el rigor de la ley penal, no vacila en explotar él mismo el juego, abriendo casinos donde banca ruletas y juegos de cartas, organizando loterías, quinielas y carreras de caballos. Es una inconsecuencia difícil de justificar.

1310. El juego y las apuestas en el Código Civil y Comercial

Hay juegos que hacen nacer obligaciones exigibles o no exigibles. En efecto, el Código Civil y Comercial distingue entre las apuestas (o juegos) que brindan acción civil al vencedor para lograr su pago, y apuestas (o juegos de puro azar) que no brindan tal acción. Estas últimas pueden estar o no prohibidas por la ley, y en ambos casos el Código prohíbe acoger la demanda por cobro de la apuesta (art. 1611, párr. 1º); pero si la deuda se ha pagado espontáneamente, y se trataba de un contrato no prohibido, el pago es válido y el pagador no puede accionar por repetición, excepto que se trate de una persona incapaz, con capacidad restringida o inhabilitada (art. 1611, párr. 2º). En otras palabras: si se tratare de un juego de puro azar no prohibido, la ley se abstiene de intervenir en las relaciones entre los jugadores; guarda una actitud de indiferencia. No acoge la acción por cobro de pesos, pero tampoco admite, como regla, la demanda por repetición. Hay en esta política legislativa, seguida de una manera prácticamente universal en la legislación comparada, una influencia del concepto muy generalizado de que las deudas de juego son deudas de honor, precisamente porque el que no quiere pagarlas no puede ser obligado a hacerlo; y resulta chocante al sentimiento popular la conducta de quien, habiendo pagado su deuda de juego, pretende luego accionar por repetición. Al margen del Código Civil y Comercial, debe admitirse también una categoría de juegos prohibidos por la ley penal. El peligro social de la difusión de los juegos de azar obliga a prohibirlos bajo sanciones penales. Esta figura delictiva se proyecta en el campo del derecho civil con los efectos que más adelante se verán.

1311. Distinción entre los juegos que originan una obligación civil (tutelados) y los que dan nacimiento a una obligación civil no exigible (no prohibidos)

El artículo 1611 se aparta del texto que contenía el artículo 2055 del Código Civil de Vélez y ya no distingue entre las apuestas hechas sobre el resultado de ejercicios de fuerza, destreza de armas, corridas u otros semejantes y las que se conciertan sobre el resultado de otros juegos. La norma del Código Civil y Comercial se limita a señalar que carecen de acción de cobro sobre la prestación prometida en un juego de azar puro; por lo que una interpretación a *contrario sensu* indicaría que los juegos o apuestas donde intervengan de alguna forma los participantes, ya sea mediante el uso de la fuerza o del intelecto, sí tendrán el derecho a perseguir el cobro en sede judicial. El sentido de esta regulación, ya desde antaño, ha sido estimular competencias que contribuyan al perfeccionamiento del cuerpo y el intelecto de los participantes, y al propio tiempo alejen a los competidores de otras diversiones malsanas. Por este motivo, solo deben considerarse comprendidos en esta categoría los juegos en los que participan los propios apostadores; en cambio, quedan fuera de ella y por consiguiente, no dan lugar a una acción civil, las apuestas hechas sobre las competiciones de terceros, que aunque dependen en buena medida de la habilidad personal de los jugadores, no benefician a los competidores.

Se admite también que las apuestas sobre carreras de caballo, automóvil, motocicleta, lancha, yates, etc., tienen efectos civiles siempre que se hubieran concertado entre los propios competidores.

Pero no basta con que se trate de juegos de destreza física para abrir la acción, en tanto, se requiere además que el juego no se encuentre prohibido por leyes locales, por cuanto de estarlo, sería un contrato con objeto ilícito y no se le podría otorgar acción de cobro al ganador.

Cabe ahora preguntarse si un juego en el que está excluida la destreza física, pero que ha sido autorizado y reglamentado por las leyes locales, da acción civil para el cobro de las apuestas. El Código ha optado por la tesis afirmativa en el artículo 1612, en tanto mediere oferta pública. Señala la norma que *las apuestas y sorteos ofrecidos al público confieren acción para su cumplimiento*. Aclara la norma además, que en la oferta debe individualizarse quién es el oferente, pues éste es el responsable frente al participante o apostador; caso contrario, será responsable quien emite la publicidad, lo que guarda coherencia con las normas de protección del consumidor.

1312. Juegos organizados por el Estado

Merecen una consideración especial las deudas nacidas en juegos de azar organizados por el Estado (ruleta, loterías) o por concesionarios de una autorización estatal (carreras de caballos). No cabe duda de que en este caso las partes tienen acción recíproca para el cobro de sus créditos, pues sería escandaloso que el Estado (o el concesionario) que se benefician con este singular privilegio, pudieran negarse a pagar el premio; en cuanto a los apostadores, ellos pagan la apuesta por anticipado. Ahora bien, de todos modos de tenerse presente que el artículo 1613 dispone que los juegos, apuestas y sorteos reglamentados por el Estado (nacional, provincial o municipal) se rigen por las normas administrativas que los autoricen, y que son inaplicables las normas previstas en el capítulo referido a juegos y apuestas en el Código Civil y Comercial.

§ 2.— Efectos

A.— APUESTAS QUE CONFIEREN ACCIÓN (JUEGOS TUTELADOS)

1313. Potestad judicial

Hemos dicho ya que los juegos o apuestas, en la que participan las partes mediante la contienda de la fuerza o de la inteligencia, dan lugar al ejercicio de la consiguiente acción contra el que no paga su deuda, como cualquier otra obligación civil. Sin embargo, el artículo 1610 confiere en este caso una facultad excepcional a los jueces: ellos pueden moderar tales deudas cuando sean extraordinarias respecto de la fortuna de los deudores. Si, en efecto, la deuda tiene una cuantía exagerada, resulta contrario a la moral poner el *imperium* del Estado en apoyo de la pretensión del ganador de la apuesta, con lo que se desvirtuaría el propósito que se tuvo en mira al favorecer los ejercicios de destreza. Por lo demás, la norma reconoce un fundamento de equidad, al igual que el artículo 1742 cuando permite la atenuación de la indemnización en función del patrimonio del deudor, la situación de la víctima y las circunstancias del hecho.

B.— APUESTAS QUE NO CONFIEREN ACCIÓN (JUEGOS NO PROHIBIDOS)

1314. Principio general; deudas pagadas

Hemos dicho ya que salvo las hipótesis de excepción contempladas en el número anterior, las deudas de juego o apuestas no confieren acción para su cobro judicial; pero pagadas, el que lo hizo no tiene derecho a repetición (art. 1611).

Para que la acción de repetición quede paralizada, es menester que se trate de un pago voluntario hecho por persona plenamente capaz (art. 1611); pero el pago voluntario no obsta a la repetición si hubo dolo o fraude del que ganó en el juego, en tanto, nadie puede beneficiarse de su dolo o fraude. Es que en caso contrario, se habilitaría a un abuso del derecho y se desprejaría el principio general de la buena fe, habilitando a quien "hizo trampa" a quedarse con el lucro de lo obtenido fraudulentamente.

Si bien el Código Civil y Comercial ha dejado sin efecto el Código Civil de Vélez, entendemos que sigue siendo de utilidad la definición de fraude en el juego que éste empleaba en su artículo 2065, el que afirmaba que hay dolo o fraude cuando el que ganó tenía certeza del resultado o empleó algún artificio para conseguirlo; tal es el caso de los dados cargados, el naípe marcado, el *doping* en las carreras de caballos, etc. Por el contrario, cuando ha habido dolo o fraude en el que perdió, ninguna reclamación por repetición de lo pagado será atendida.

¿Y si hubo trampa de ambos? Se aplica el principio general de la no repetición, en tanto la repetición en caso de dolo o fraude constituye una excepción al principio general que impone la norma.

También es repetible el pago hecho por incapaces, personas con capacidad restringida o inhabilitados (art. 1611, *in fine*). La pregunta que se impone es, ¿contra quién procede la acción de repetición? El Código Civil de Vélez (art. 2067) acentuaba la protección de los incapaces, concediendo acción de repetición no solo contra el ganador

sino también contra el dueño de la casa en que se jugó, siendo ambos deudores solidarios. Sin embargo, el artículo 1611 nada dice sobre la solidaridad de todos los participantes y el dueño de la casa de juego. Debe entenderse, pues, que esta solidaridad ha desaparecido, en tanto, la norma es la responsabilidad mancomunada y la solidaridad solo puede ser impuesta por contrato o por ley. Así, con el artículo 1611, el representante del incapaz solo podrá accionar contra quien recibió el dinero de éste.

La capacidad del pagador se juzga en el momento de realizar el pago; es válido el pago hecho por una persona capaz que era incapaz cuando jugó, porque el acto de pagar implica confirmación del contrato que adolecía de un vicio de nulidad.

1315. Promesa de pago; novación

La situación del ganador de una apuesta de juego no pagada no mejora por la circunstancia de que el deudor se comprometa a hacer efectiva la deuda, aunque esa promesa sea formal y posterior al juego. De igual modo será ineficaz una novación que convierta la deuda de juego en una obligación civilmente exigible, en tanto, dicho accionar sería una simulación ilícita, y demostrado el verdadero origen de la deuda, quedaría sin efecto la novación.

1316. Pago con documentos

El pago hecho con documentos se vincula estrechamente con el problema de la novación. La cuestión es que aunque en esos documentos se indique una causa civilmente eficaz, si en realidad se otorgó por causa de una deuda de juego, el firmante o librador puede oponerse a su pago. Sin embargo, la excepción no puede oponerse en el juicio ejecutivo, ya que en éste no se admite la discusión de la legitimidad de la causa de la obligación (art. 544, inc. 4º, Cód. Proc. Civ. y Com.). Vale decir, iniciada la ejecución con base en el documento firmado por el perdedor de una apuesta, éste no tiene excepciones en dicho juicio: debe pagar y luego repetir por vía ordinaria. De más está decir que en tal caso el pago no se reputa voluntario, por más que el demandado se haya allanado a la demanda por no tener excepciones que oponer, siempre que deje a salvo su intención de repetir por vía ordinaria.

1317. Documento a la orden, endosado a favor de un tercero

El librador está obligado a pagarlo al endosatario, siempre que éste sea de buena fe, pero tendrá acción para repetir su importe de quien recibió el documento. La seguridad de los negocios exige que el tenedor de buena fe sea protegido; pero como la entrega de estos documentos no equivale al pago, el librador conserva su acción para repetir lo pagado contra el ganador endosante.

1318. Pago con cheque; dación en pago

El cheque no es una promesa de pago (como el pagaré, la letra de cambio y otros papeles de comercio) sino un instrumento de pago similar a la moneda. La entrega de un cheque equivale al pago y si el librador no tuviera fondos o diera orden al banco para que no lo pague, puede ser demandado civilmente.

La dación en pago equivale al pago y hace imposible la repetición ulterior.

1319. Compensación

La deuda de juego no puede ser compensada con otros créditos, pues le falta la condición de ser exigible (art. 923, inc. c)]. Pero nada se opone a la compensación *convencional*; vale decir, que una declaración de voluntad emanada del deudor de la apuesta en la que da su consentimiento para que se la compense con un crédito civil que tiene respecto del ganador, produce los efectos del pago.

1320. Préstamos hechos a los jugadores

¿Es exigible el préstamo que una persona hace a otra para que juegue? El Código Civil y Comercial guarda silencio sobre este punto, por lo que debe entenderse que prima la autonomía de la voluntad por encima de la tutela que tenía el artículo 2060 del Código Civil de Vélez y, por lo tanto, al no ser una "deuda de juego", el mutuante tendrá acción de cobro.

La única excepción que encontramos se da en los supuestos de si la explotación del juego está prohibida y penada por la ley (art. 3º, dec.-ley 6618/1957), donde no es posible reconocerle validez a un préstamo que no es sino un recurso de que se vale el empresario para sacar mayor provecho de una actividad delictuosa.

1321. Mandato; gestión de negocios

El que ha recibido y ejecutado el mandato de pagar sumas perdidas en el juego, puede exigir el reembolso de dichas sumas. Hasta el momento de cumplido el mandato, el mandante puede revocarlo.

El tercero que sin mandato hubiere pagado una deuda de juego o apuesta, no goza de acción alguna contra la persona por la cual hizo el pago, porque solo el pago voluntario obliga al perdedor. Además, el artículo 1796 solo autoriza el reembolso de las gestiones útiles, y es claro que no puede ser calificado así el pago de una deuda que no podía ser reclamada.

C.— JUEGOS PROHIBIDOS

1322. Efectos civiles

Nuestra ley no ha reglamentado especialmente los efectos legales de estos juegos, los únicos realmente prohibidos por la ley. Debemos atenernos, por tanto, a los principios generales de nuestra legislación y muy particularmente al artículo 1611, según el cual no puede perseguirse el cobro de los juegos de azar, independientemente de su prohibición o no. Ahora, en los juegos de destreza física o intelectual que estén prohibidos, entendemos que tampoco puede haber acción de cobro; en tanto, se otorgaría acción para obtener el rédito de un hecho que la norma prohíbe, generándose un contrasentido.

Lo curioso, sin embargo, respecto de los juegos prohibidos es que los textos de los artículos 1611, 2º párrafo, y 1796, inciso d), habilitan a la repetición de lo pagado por el deudor en concepto de deuda de juego prohibido. Así se entiende la aclaración que efectúa la primera de las normas citadas respecto de que el pago es irrepetible si el juego *no está prohibido*, siendo más explícita aún la segunda que sostiene que es susceptible de repetición el pago con causa ilícita.

La interpretación conjunta de ambas normas nos llevan a concluir entonces que, en el caso de los juegos prohibidos, el deudor que ha pagado lo prometido tendrá acción de repetición contra quien ha recibido el pago; solución que entendemos resulta injusta e inmoral en tanto protege a quien participó de una contienda que la norma veda, disminuyendo así los incentivos para la no realización de tales actividades.

Probablemente el fundamento de la norma radique en que el legislador ha procurado evitar que alguien obtenga un beneficio por un acto ilícito aun cuando mediar intervención de la otra parte para ello. De todos modos, tal fundamento no resulta satisfactorio. Quizás, una interpretación más acorde con el orden moral sea el de afirmar que si el juego está prohibido, lo pagado es irrepetible, con fundamento en el artícu-

lo 1799, el cual dispone que en el caso del pago cuya causa es ilícita o inmoral, solamente la parte que actúa sin torpeza tiene derecho a la restitución; en tanto que si ambas hubieren obrado torpemente, el crédito tiene el mismo destino que las herencias vacantes, esto es, a favor del Estado (art. 2648).

D.— LOTERÍAS Y RIFAS

1323. Loterías

La reglamentación de las loterías y rifas ha sido delegada por el Código Civil a las leyes locales (art. 1613). El régimen de las loterías nacionales o provinciales es un problema de derecho administrativo.

1324. Rifas

Para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las rifas han sido reglamentadas por la ley 538.

Los establecimientos educacionales, sanitarios u organizaciones sin fines de lucro pueden realizar rifas, concursos o kermeses, siempre que la organización, explotación, difusión, distribución, expendio y administración se encuentre exclusivamente a su cargo y no constituya una actividad habitual. La autoridad de aplicación debe establecer los requerimientos, su monto máximo y su sistema de control (art. 14).

La organización, explotación, difusión, distribución o expendio de juegos de apuesta que se realice transgrediendo las disposiciones legales —importando sobremanera el hecho de que se desobedezcan los requerimientos de la autoridad de aplicación— son susceptibles de ser sancionados (art. 15).

Con frecuencia ocurre que en la fecha prevista no ha podido venderse sino una cantidad insuficiente de números, por lo cual la sociedad promotora de la rifa decide postergarla. ¿En qué situación quedan los tenedores de los números premiados según el sorteo de la Lotería Nacional previsto originariamente? No cabe duda de que la sociedad promotora no puede por sí sola postergar la rifa, pues la adquisición de un billete significa la concertación de un contrato bilateral de adhesión. Pero cabe preguntarse si las autoridades administrativas pueden conceder autorización para hacerlo. La cuestión ha motivado numerosos pronunciamientos. Según algunos, las atribuciones del Poder Ejecutivo para postergar la rifa son amplias, pues de esa manera se favorece el cumplimiento de los fines de orden público perseguidos por la rifa. Por el contrario, otros fallos han negado facultades a las autoridades administrativas para postergar un sorteo, a menos que éste no hubiera podido realizarse por causa de fuerza mayor; tales pronunciamientos se fundan en que el sorteo es un contrato cuyas cláusulas no pueden ser modificadas unilateralmente por una de las partes, y un cambio de fecha es una modificación contractual. En una posición intermedia, se ha decidido que las autoridades administrativas pueden autorizar la prórroga, siempre que exista un motivo serio; pero en todo caso se ha exigido una publicidad eficaz y oportuna.

Esta última jurisprudencia es la que tiende a prevalecer. Nos parece una solución razonable. Las rifas no son un contrato común del derecho civil. Están en principio prohibidas; solo se permiten con una autorización del Estado condicionada a que los fondos que se recauden se destinen a una obra de interés social. Este objeto es el que legitima la rifa y, por consiguiente, toda la relación contractual debe ser juzgada a su luz. Cuando existen razones serias para la postergación, la administración que ha concedido el

permiso puede autorizarla, siempre que se la anuncie con una debida y eficaz publicidad. Adviértase que una prórroga razonable no perjudica a nadie, porque en el momento de decidirse nadie ha sacado premio; no se ve qué interés legítimo puede invocarse en contra de ella.

E.— SUERTE NO EMPLEADA COMO JUEGO O APUESTA

1325. Recurso para decidir una división de condominio o cuestiones litigiosas o dudosas

La suerte es un recurso usado con frecuencia en la división de las cosas comunes y particularmente, en las particiones hereditarias. Las partes forman de común acuerdo los distintos lotes y la atribución se deja librada a la suerte. De esta manera se asegura que todos han de poner el mayor empeño en formar los lotes del modo más parejo posible y que luego nadie podrá quejarse de que le tocó uno de menor valor que los otros. Es un procedimiento práctico, cuyos resultados obligan a las partes en la misma forma que si la atribución de los lotes se hubiera hecho de común acuerdo, en tanto opera la autonomía de la voluntad.

También se admite que la suerte pueda hacerse valer como medio de concluir una cuestión dudosa o litigiosa. Así, por ejemplo, dos personas alegan tener derechos exclusivos sobre una misma cosa. En lugar de llevar el debate a pleito, deciden definir sus derechos a la suerte, aceptando por adelantado el resultado. Tal compromiso produce todos los efectos de una transacción, en tanto, es una forma de poner fin a una cuestión litigiosa.

CAPÍTULO XLIII - CESIÓN DE DERECHOS Y CONTRATOS AFINES

I — CESIÓN DE DERECHOS

1326. Antecedentes. Definición. Nociones generales

El derecho romano concibió en origen a las obligaciones como un derecho personalísimo y por ello insusceptible de ser cedido, aun luego de admitida la transmisión por causa de muerte. Sin embargo, más tarde evolucionó hacia una mayor agilidad operativa, echando mano a diversas figuras jurídicas. Esta evolución reconoció su causa en las exigencias de la vida negocial cada vez más amplias por la extensión del imperio y —al decir de Guillermo A. BORDA (*Tratado de derecho civil. Contratos*, 10ª

ed. actual. por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, t. I, nro. 487)— en el genio jurídico romano.

Así, primero se procedió por vía de delegación, es decir, una novación por cambio de acreedor, por la cual se sustituía la obligación original por una nueva en donde el deudor y la prestación eran los mismos, pero cambiaba el acreedor. Esta figura exigía la conformidad del deudor, lo que no siempre era accesible.

Fue así que, en una segunda etapa, se procedió a ceder las acciones para el cobro del crédito y el acreedor originario nombraba al cesionario como su mandatario para el cobro; obtenido el pago, ello era en beneficio del mandatario-cesionario y no del mandante-cedente: era la *procuratio in rem suam*.

Como existía el peligro de que el mandante-cedente revocara el mandato o que quedara sin efecto por su muerte, se concedió luego al mandatario la posibilidad de hacer irrevocable el mandato, notificando la cesión al deudor cedido, llegando así finalmente —en el derecho moderno ya— a la admisión lisa y llana de la cesibilidad de los derechos.

La importancia del instituto de la cesión de derechos reside en que el titular de un derecho a cierto término, puede negociar ese derecho obteniendo una pronta liquidez de la que no gozaba, y el cesionario puede por su parte hacer una inversión ventajosa asumiendo el eventual riesgo de un no pago en término. Si se tratara de una cesión de derechos hereditarios, ella permite a los herederos entrar de inmediato en la posesión de un patrimonio líquido sin necesidad de esperar los trámites sucesorios y la posterior negociación de los bienes. También la cesión permite consolidar o salir de derechos confusos o litigiosos, logrando una liquidez menor, pero evitando el riesgo judicial o de cobro, todo lo cual nos permite advertir la importancia y el valor de la cesión en la vida diaria y de los negocios.

El Código Civil y Comercial ha tratado este tema entre los contratos en particular, distinguiendo el contrato de cesión de derechos en general, de la cesión de herencia, de la cesión de deudas y de la cesión de la posición contractual.

Con estos antecedentes podemos definir a la cesión de derechos como el contrato en virtud del cual una persona enajena a otra un derecho del que es titular, para que esta lo ejerza a nombre propio. Esta es una definición amplia en la que podemos comprender la cesión de créditos, como así también la cesión de deudas y la de una posición contractual.

Por su parte, el artículo 1614 —superando el texto del Código de Vélez que solo hablaba de "cesión de créditos"— define al contrato de cesión de derechos de manera simple y concreta, estableciendo que *hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho*.

La simpleza de la definición permite incluir en ella a la cesión de créditos, a la de derechos no creditorios, a la de derechos reales o intelectuales y a cualquier otro derecho. Si se trata de la cesión de un crédito garantizado con un derecho real de prenda, el Código Civil y Comercial aclara que tal cesión no autoriza al cedente o a quien tenga la cosa prendada en su poder a entregarla al cesionario (art. 1625).

Además, eliminó el párrafo final del artículo 1434 del Código Civil de Vélez, que expresaba *entregándole el título de crédito, si existiese*; ello parecía indicar que la entrega del título era esencial para la formación del contrato, lo que no era ni es cierto.

El artículo 1614 establece determinadas reglas aplicables subsidiariamente a las de la cesión de derechos de este capítulo 26 del Código. Así se dispone que, cuando el derecho ha sido cedido por un precio en dinero, se aplican las reglas de la compraventa en todo lo que no estén modificadas especialmente en el capítulo.

Si el derecho fuere cedido a cambio de la transmisión de la propiedad de una cosa o de otro derecho, el contrato se regirá por las disposiciones relativas a la permuta, salvo las modificaciones contenidas para la cesión de derechos.

Finalmente, si el crédito fuese cedido gratuitamente, sin contraprestación, la cesión será juzgada por las disposiciones relativas a la donación, salvo disposición en contrario prevista para el contrato de cesión de derechos.

1326-1. Cesión "en pago"

Debemos dejar aclarado también que existe la posibilidad de que la cesión sea hecha "en pago". En este supuesto se deben distinguir dos alternativas: la cesión *pro soluto* y la cesión *pro solvendo*, cada una con efectos jurídicos distintos.

En el primer caso, cesión *pro soluto*, el cesionario da por cumplida la obligación que con respecto a él tiene el cedente, por el solo hecho de recibir en pago el crédito cedido (conf. DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. 2, p. 808, nº 8, Ed. Civitas, Madrid, 1996). Aceptada esa forma de pago por el acreedor (cesionario), el deudor (cedente) queda liberado de su obligación, quedando el cesionario legitimado solamente para ir contra el tercero cedido, corriendo el propio cesionario con el riesgo de la insolvencia del cedido y quedando el cedente (dador en pago) desobligado cuando el cesionario recibe el crédito dado en pago.

En el segundo caso, la cesión *pro solvendo*, la deuda que el cedente (dador en pago) tiene con el cesionario no se extingue por la sola dación del crédito que tiene contra el tercero cedido, sino cuando el cesionario cobra efectivamente dicho crédito cedido. Así en la cesión *pro solvendo* la liberación del cedente queda sujeta a que llegue a "buen fin" el cobro del crédito cedido salvo que se haya convenido una novación por cambio de deudor (conf. CNCom., Sala C, J.A. t. 1963-IV, p. 631; íd. Sala A, L.L. t. 92, p. 96; íd. Sala B, E.D. t. 75, p. 361).

En consecuencia, a diferencia de la cesión *pro soluto*, en la cesión *pro solvendo* el cedente responde frente al cesionario por la insolvencia del tercero cedido, ya que el cesionario no asume el riesgo de la insolvencia (conf. CNCiv., Sala L, 20/5/1996, L.L. t. 1998-C, p. 1). En otras palabras, en la cesión *pro solvendo* el cesionario debe intentar satisfacer su acreencia mediante la percepción del crédito cedido, ejecutando al deudor cedido; y, sólo si fracasa, puede dirigirse contra el cedente (deudor originario), pero no antes (ARICO, R., *Cesión de créditos en garantía*, E.D., t. 173, p. 856, nº 7).

Como efecto propio, en la cesión *pro solvendo*, el cesionario asume un deber de diligencia en la percepción del crédito cedido, que debe observar antes de poder considerar finalizada la suspensión de su acción contra el cedente y de estimar que el crédito cedido no ha llegado a "buen fin". En tal sentido, el cesionario tiene la carga de pretender la efectividad del crédito e intentar de manera suficiente su cobro, aunque —de acuerdo con la regla de la buena fe— no le es exigible la iniciación de un procedimiento judicial (conf. DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. 2, p. 809, nº 9, Ed. Civitas, Madrid, 1996; CNCom., Sala D, 10/3/2010, "PBB Polisur SA c/Polimeros Mar del Plata SRL", Expte. 11436 [J.6/Sec.12], ar.vlex.com/248559690).

1327. Caracteres del contrato y distinción de otras figuras

La cesión de derechos presenta los siguientes caracteres:

a) Es un contrato *consensual*; se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades y —como ya adelantáramos— no requiere como condición ineludible la entrega del título.

b) Es un contrato *formal*, pues requiere la forma escrita (arts. 969 y 1618, párr. 1º). Sin embargo, a veces ella es insuficiente, pues es necesaria la escritura pública; y en otras, en cambio, basta la mera entrega del título (volveremos sobre esta cuestión).

c) El contrato puede ser *oneroso* o *gratuito*. En el primer caso será bilateral y conmutativo porque las prestaciones son recíprocas y se presumen equivalentes, aplicándose en forma analógica las normas de la compraventa o la permuta. En el segundo, será unilateral y serán de aplicación las normas sobre donaciones.

A fin de precisar la adecuada configuración jurídica de este contrato, entendemos que resulta útil efectuar un comparativo y distinguirlo de otras figuras con las cuales tiene puntos de contacto.

Debe distinguirse la cesión de la *novación por cambio de acreedor*. La semejanza es evidente, pues en ambos casos la obligación permanece igual y solo cambia el acreedor. Pero las diferencias son importantes: 1) En la cesión es el mismo derecho que pasa del cedente al cesionario; en la novación media la extinción de una obligación y el nacimiento de otra. Esto tiene la mayor importancia porque en el primer caso el crédito pasa al cesionario con todos sus accesorios y garantías, en tanto que en la novación esos accesorios se extinguen, salvo reserva expresa y siempre que quien constituyó la garantía participe en el acuerdo novatorio (art. 940). 2) La cesión se consuma sin intervención del deudor cedido, que solo debe ser notificado de ella; su papel es meramente pasivo. En la novación por cambio de acreedor es indispensable el consentimiento del deudor, sin el cual la nueva obligación no puede nacer (art. 937). 3) En la cesión existe la garantía de evicción sobre la existencia y legitimidad del derecho (art. 1628), mientras que no la hay en la novación, desde que no se trata de la transmisión de una obligación anterior sino de la creación de una obligación nueva. 4) La novación tiene su campo de aplicación solamente en relación con los derechos creditorios, en tanto que la cesión puede referirse también a otros derechos.

También debemos distinguir la cesión del *pago por subrogación*. El que realiza un pago por otro sustituye al acreedor originario en todos sus derechos (art. 918), tal como ocurre en la cesión. Sin embargo, las diferencias surgen también muy claras: 1) El pago por subrogación es un acto generalmente desinteresado, sin beneficio o utilidad para el que lo hace, puesto que solo puede pretender la restitución de lo que ha pagado y no más. En la cesión de derechos, en cambio, hay usualmente una especulación; los derechos se ceden por un precio que muchas veces difiere sensiblemente del valor del crédito cedido. 2) La cesión de derechos exige el consentimiento del acreedor cedente; la subrogación puede tener lugar sin intervención del acreedor si se tratare de una subrogación legal. 3) la cesión de derechos es siempre convencional; la subrogación puede ser convencional o legal. 4) El cedente garantiza la existencia y legitimidad del crédito (art. 1628), lo que no ocurre en la subrogación. 5) La subrogación opera todos sus efectos por el solo hecho del pago; en cambio, la cesión no produce efectos respecto de terceros sino desde el momento en que se ha notificado al deudor cedido.

1328. Capacidad

La capacidad de las partes para celebrar este contrato se rige por las normas generales, por lo que cabe remitirnos a lo expuesto más arriba en los números 84 y siguientes.

1329. Objeto y contenido

El artículo 1616 del Código Civil y Comercial ha mantenido el principio general establecido en el artículo 1444 del Código Civil de Vélez, por el cual todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario surja de la ley, de la convención que lo origina o de la naturaleza del derecho.

La amplitud de este principio hace que queden comprendidos todos los derechos personales, reales o intelectuales y, desde luego, las acciones derivadas de esos derechos. Aunque comúnmente se ceden derechos sobre las cosas y principalmente sumas de dinero, no hay inconveniente en principio en que se cedan otras clases de

derechos, como las obligaciones de hacer o no hacer a cargo de terceros aunque dentro de ciertos límites que veremos.

Vélez Sarsfield, entendiendo generar mayor claridad, enumeró en particular una serie de derechos susceptibles de ser cedidos (arts. 1446/8, Cód. Civil) como los créditos condicionales o eventuales, los créditos exigibles (con mayor razón si los anteriores pueden serlo), los créditos dudosos o litigiosos, los derechos sobre cosas futuras (frutos naturales o civiles), los derechos resultantes de convenciones concluidas o los que pudieren resultar de las aún no concluidas, etcétera.

Es posible, también, ceder un *fondo de comercio* y, por consiguiente, las deudas que pesan sobre él ([ley 11.867](#)). Para proteger a los acreedores contra el riesgo de la cesión en favor de un insolvente, o irresponsable, la ley ha establecido el siguiente sistema: toda transmisión de un fondo de comercio solo produce efectos respecto de terceros luego de haberse publicado por cinco días en el *Boletín Oficial* y en uno o más diarios del lugar donde funciona el establecimiento; durante diez días los acreedores pueden manifestar su oposición y reclamar la retención de sus respectivos créditos y su depósito en una cuenta especial (arts. 2º y 4º).

Es posible también la cesión de un contrato bilateral, pues ha sido regulada la cesión de la posición contractual (arts. 1636 y ss.) sobre lo cual volveremos.

Asimismo, es posible que esté prohibida la cesión del derecho que se tenga. Ello puede obedecer a dos circunstancias:

i) *Prohibición convencional de ceder*. De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad (art. 958) y la pauta del artículo 1972, las partes pueden acordar la prohibición de ceder el derecho originado en dicha convención; pero para que el titular del crédito esté impedido de hacerlo, la prohibición debe constar en el título mismo de la obligación, pues de lo contrario —de estar la prohibición fuera del documento cuyo derecho se cede— la cesión de ese derecho sería válida frente a terceros, sin perjuicio de la acción que pudiera haber entre las partes por violación al acuerdo de prohibición de ceder efectuado por documento separado.

ii) *Prohibición legal de ceder*. La prohibición de ceder un derecho puede derivar también de una disposición legal (art. 1616). En razón de un elemental principio de legitimidad, entendemos que no podrá admitirse una prohibición tácita de ceder, sino que ella debe resultar claramente de la ley.

En tal sentido, está prohibida la cesión de los siguientes derechos:

a) Los *derechos inherentes a la persona humana* (art. 1617). Se entiende por tales los llamados derechos de la personalidad, el derecho al nombre, al estado, a la capacidad, al domicilio, la mayor parte de los derechos de familia, tales como la patria potestad, la tutela o curatela, y las potestades que de ellos derivan. Empero, las derivaciones patrimoniales de tales derechos pueden ordinariamente cederse. Así, el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, están fuera del comercio, pero si alguna persona hubiera sido lesionada o agraviada, el derecho a la reparación patrimonial puede ser cedido.

b) El *derecho de habitación* (arts. 2158 y 2160) que solo puede constituirse a favor de persona humana. La ley entiende que se trata de un derecho concedido *intuitu personae* y prohíbe por consiguiente su cesión. A diferencia del régimen del Código Civil de Vélez (art. 1449) no se prohíbe la cesión del derecho de uso que, rigiéndose supletoriamente por el régimen de usufructo, permite su transmisión sujeto al término de vida de la cedente (arts. 2142 y 2155).

c) Las *esperanzas de sucesión o pactos sobre herencias futuras*, se consideran contrarios a la moral y por lo tanto, como regla, nulos. Entendemos que ello surge de los artículos 2280 y 2302 del Código Civil y Comercial. De esta última disposición se advierte, sin embargo, que las herencias ya deferidas pueden cederse. Por otra parte,

no podrá perderse de vista el artículo 1010, segundo párrafo, que admite ciertos pactos sobre herencias futuras.

d) Las *jubilaciones y pensiones*, civiles y militares, pero no se trata de una prohibición absoluta, pues parece razonable admitir la validez de la cesión a partir del monto en que dichos beneficios sean embargables. Es claro que esta cesión solo es válida si está referida a jubilaciones o pensiones ya devengadas; en cambio, no se podrían ceder las futuras sin afectar sustancialmente los fines de amparo que inspiran estas leyes.

e) El derecho a *alimentos futuros* (art. 539). No obstante entendemos que los alimentos ya devengados —un crédito cierto— pueden cederse, pues en este caso no se compromete el futuro de la persona humana titular del derecho de alimentos.

f) El derecho adquirido por un *pacto de preferencia* en la compraventa no es susceptible de ser cedido (art. 1165) y tampoco es transmisible a los herederos.

g) Los *derechos emergentes de un contrato de opción* (art. 996) tampoco son susceptibles de cederse, salvo que lo contrario surja del acuerdo.

h) La *indemnización* por accidentes del trabajo (art. 13, ley 24.028).

i) El *subsidio por maternidad* (art. 177, ley 20.744, modif. por ley 21.824).

j) La *vivienda protegida* (arts. 244 y ss., especialmente arts. 249 y 250).

k) *No es posible la cesión ni la asunción de deudas*, salvo que exista conformidad del acreedor cedido (arts. 1632 y 1633).

l) La calidad de *parte* en un juicio, en principio, puede cederse. Sin embargo, deberá recordarse que como la *litis* ha quedado trabada con el cedente, la cesión no libera a este último, salvo que exista conformidad del demandado.

En cuanto al contenido de la cesión, es necesario hacer ciertas precisiones. Veamos:

a) Contenido de la cesión

Es un principio general que el crédito o el derecho se cede con todo el contenido, alcance y limitaciones con que se hallaba en cabeza del cedente. El Código Civil y Comercial no contiene una pauta como la del artículo 1458 del Código Civil de Vélez, pero ella surge implícita de lo determinado por los artículos 1614 y 1619.

Ello importa las siguientes consecuencias:

En primer lugar la cesión va a comprender todos los accesorios del crédito cedido, tales como las fianzas, hipotecas, prendas, privilegios, el derecho de retención, el derecho a hacer valer una cláusula penal, el pacto de retroventa, el de mejor comprador, etc. Pero no pasan al cesionario los privilegios meramente personales del cedente, derechos o defensas de carácter estrictamente personal y que no son cesibles.

En segundo lugar la cesión comprende también los intereses; los futuros y los que estuvieren vencidos, pero pendientes de pago al momento de la cesión, salvo acuerdo en contrario.

Finalmente y en cierta forma consecuencia de todo lo anterior, la cesión comprende por sí la fuerza ejecutiva del crédito si éste la tuviere.

Vale recordar que así como pasan al cesionario todas las garantías, privilegios y acciones derivadas del derecho cedido, así también se le transmiten sus restricciones, cargas y vicios puesto que nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que posee (conf. art. 399), pues el cesionario ocupa el mismo lugar del cedente y la transmisión convenida entre ellos no mejora ni perjudica al deudor cedido.

b) Cesión parcial

Un derecho puede cederse total o parcialmente. En este último caso, cedente y cesionario se encuentran ubicados en el mismo plano en lo que atañe a sus derechos

respecto del deudor; el cesionario, por lo tanto, no podrá invocar preferencia alguna sobre el cedente.

En tal sentido dispone el artículo 1627 que *el cesionario parcial de un crédito no goza de ninguna preferencia sobre el cedente, a no ser que éste se la haya otorgado expresamente.*

La cesión parcial genera dificultad en lo que hace a la entrega del título o documentos de la obligación al cesionario. Cuando el título es indivisible, y dado que el cesionario conserva su carácter de acreedor, no se lo puede forzar a entregar algo a lo que él también tiene derecho, de allí que el artículo 1619 —entre las obligaciones del cedente— ha dispuesto que *...si la cesión es parcial, el cedente debe entregar al cesionario una copia certificada de dichos documentos.*

En tal sentido se cumple la obligación con la entrega de fotocopias del documento autenticadas notarialmente, por ejemplo, sin perjuicio de que antes de ello, deberá ponerlo a disposición del cesionario cada vez que éste lo necesite a los efectos de defender sus derechos o llevar a cabo actos conservatorios del crédito (art. 1624).

c) Cesión en garantía

La cesión en garantía hace a la determinación del objeto y contenido de la cesión, pero también debe considerársela un subtipo de cesión, por lo que lo trataremos por separado (véase nro. 1332).

d) Cesión de derecho inexistente

Dispone el artículo 1629, que *si el derecho no existe al tiempo de la cesión, el cedente debe restituir al cesionario el precio recibido, con sus intereses. Si es de mala fe, debe además la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión.* La norma procura dejar indemne al cesionario y, en su caso, castigar la acción maliciosa del cedente.

1330. Forma

El Código Civil y Comercial ha establecido como principio general para la forma de la cesión de derechos, que esta debe ser hecha por escrito. La forma escrita es indispensable aunque la obligación originaria no la tuviere, como puede ocurrir con una deuda asumida verbalmente. No obstante, la ausencia de forma escrita, en modo alguno genera la ineficacia del acto, ya que podrá probarse el mismo por cualquier medio apto para llegar a una razonable convicción de su existencia según las reglas de la sana crítica, con la limitación de que no puede ser exclusivamente probado por testigos (art. 1019).

Esta es la regla general, aunque en algunos casos —como veremos— se exigirá la escritura pública y en otros, podrá prescindirse incluso de la forma escrita.

a) Exigencia de escritura pública

Como excepción al principio general de que basta el instrumento privado como formalidad de la cesión, el Código Civil y Comercial requiere expresamente la escritura pública en los siguientes casos:

i) En la *cesión de derechos hereditarios* (art. 1618, párr. 2º, inc. a)).

ii) Cuando se trata de la *cesión de derechos litigiosos* (art. 1618, párr. 2º, inc. b)). Por *derechos litigiosos*, debe entenderse todo derecho que está sujeto a controversia judicial, sea respecto de su existencia, posibilidad de hacerlo valer en juicio, extensión, cantidad, etc.; pero no basta que se trate de un derecho dudoso, mientras no haya acción iniciada, pues aquí no hay litigio. La norma expresamente indica que será recaudo ineludible la escritura pública si la cesión involucra derechos reales sobre inmuebles, caso contrario podrá sustituirse la escritura pública por acta judicial hecha

en el mismo expediente, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento.

iii) La *cesión de derechos derivadas de un acto instrumentado por escritura pública* (art. 1618, párr. 2º, inc. c)). Cabe preguntarse si la exigencia legal se refiere a los derechos que deben, por disposición de la ley, ser instituidos en escritura pública o si también alude a aquellos que, no requiriéndola, han sido constituidos voluntariamente en esa forma por las partes contratantes. Nos inclinamos por la segunda opción, pues estimamos que —por carácter transitivo— aquello que fue instrumentado en escritura pública debe cederse por el mismo modo de acuerdo con el principio de paralelismo de las formas que instruye el artículo 1016, por el cual *la formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias o que exista una disposición legal en contrario*.

b) Innecesariedad de la forma escrita

La ley también prevé supuestos en los que no es necesaria la forma escrita para la instrumentación de la cesión.

El artículo 1618, primer párrafo, segunda parte, exige la forma escrita para los casos de transmisión de títulos por endoso o por entrega manual. Así, los títulos al portador pueden ser cedidos o transferidos por la simple tradición de ellos (art. 1837). Sin embargo, si el título al portador ha generado una acción judicial, la cesión del crédito litigioso emergente de ese título al portador debe hacerse por escritura pública o por acta judicial.

Los títulos a la orden no requieren de un instrumento formal por escrito, bastando para su transferencia su endoso (art. 1838, párr. 1º).

c) Forma de la notificación del deudor cedido en el factoraje

A diferencia de la notificación de la cesión de derechos del artículo 1618, los derechos de crédito cedidos en función de un contrato de factoraje deben notificarse al deudor cedido *por cualquier medio que evidencie razonablemente la recepción por parte de éste* (arts. 1428 y 1019), o que se acredite que éste haya tenido conocimiento de tal cesión.

De allí que si el deudor abona su deuda sin estar notificado, pero se hallaba en conocimiento de la cesión por el factoraje realizado (conf. art. 1264, párr. 2º, Cód. Civil italiano), no procede de buena fe y no queda liberado. En este caso, debe entenderse válida la notificación por correspondencia certificada (nos remitimos al nro. 1341).

d) Caso particular de la Cesión de Boleto de Compraventa

Si bien el artículo 1017, inciso a, requiere que los contratos que tengan por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles deben otorgarse por escritura pública, entendemos que quedan exceptuados de ello no sólo los actos emergentes de subastas en ejecución judicial, sino que en virtud de lo regulado en los artículos 1170 y 1171, el boleto de compraventa puede otorgarse por instrumento privado y así también puede otorgarse la cesión del mismo (Conf. CNCiv., Sala H, 28/3/2019, Expte. 36365/2006, Abogados.com.ar del [2/4/2019, fallo](#) N° 082250).

Respecto de la cesión de boleto de compra adquirido en subasta judicial, cabe aclarar que se ha considerado que —antes de haberse perfeccionado la venta con la aprobación de la subasta, pago del precio y toma de posesión— el derecho personal emergente del boleto judicial es perfectamente cesible por un escrito en el expediente de cuya firma, en todo caso, deberán ratificar los interesados.

En cambio, luego de cubiertos los requisitos procesales para el perfeccionamiento de la venta, la cuestión es distinta, pues quien ya es propietario en virtud de las actuaciones cumplidas no necesita de escritura alguna, pero sí necesita de una escritura pública

para revender la cosa así adquirida (CNCiv., Sala H, 28/3/2019, Expte. 36365/2006, Abogados.com.ar del [2/4/2019, fallo](#) N° 082250); HIGHTON, Elena, *Juicio Hipotecario*, t. I, p. 464-5, Ed. Hammurabi).

1331. Efectos. Obligaciones. Notificación

La cesión de derechos produce distintos efectos que debemos resaltar y analizar según sea entre las partes o respecto de terceros.

a) Entre las partes

En primer lugar, *produce la transmisión de la titularidad del crédito o derecho* involucrado, pues no tiene un simple efecto declarativo, sino un directo efecto traslativo sin necesidad de tradición alguna que perfeccione esa transferencia.

Sin perjuicio de lo expresado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1619, el cedente debe *entregar al cesionario los documentos* probatorios del derecho cedido que se encuentren en su poder. Pero ya mencionamos que si la cesión es parcial, el cedente solo está obligado a entregar al cesionario una copia certificada o auténtica de dichos documentos (art. 1619, *in fine*).

En segundo lugar, el cedente debe al cesionario la *garantía de evicción* (art. 1628), pues garantiza la existencia y legitimidad del derecho transferido a la fecha de la cesión. No obstante, si se tratara de un derecho litigioso o dudoso, no opera la garantía por evicción del crédito o derecho cedido.

El efecto normal y natural de la cesión entre las partes es la garantía de la existencia y legitimidad del derecho cedido, pues el cedente no garantiza la solvencia del deudor cedido ni de sus fiadores, excepto que así se hubiere comprometido expresamente en el acuerdo o hubiere actuado de mala fe (art. 1628, *in fine*).

En lo demás, esta garantía de evicción se rige por las normas de los artículos 1033 y siguientes (art. 1631), que hemos visto antes (nros. 253 y ss.) y allí nos remitimos.

El artículo 1630 aclara que *si el cedente garantiza la solvencia del deudor cedido, se aplican las reglas de la fianza, con sujeción a lo que las partes hayan convenido*. Por ello, la propia norma añade que el cesionario solo podrá agredir al cedente después de haber excutido los bienes del deudor; sin embargo, quedará liberado de practicar la excusión referida, si el deudor se halla concursado o quebrado.

En tercer lugar, si la cesión fue onerosa, *el cesionario debe —a su vez— el precio, cosa o derecho prometido* a cambio del derecho recibido. De conformidad con el artículo 1614, esta obligación del cesionario está regida por los principios del pago del precio en la compraventa o, en su caso, por las pautas de entrega de la cosa o del derecho en la permuta, sin perjuicio de las particulares obligaciones que se hubieren convenido en el contrato.

b) Respecto de terceros y del deudor cedido

Establece el artículo 1620 que *la cesión tiene efectos respecto de terceros desde su notificación al deudor cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas particulares en caso de cesión de derechos registrables*. Se ha mejorado, así, la redacción del mismo principio plasmado en el Código Civil de Vélez que disponía en su artículo 1459 que el derecho no se transmitía al cesionario sino por la notificación del traspaso al deudor cedido o por la aceptación de la transferencia por parte de éste. Basta en el caso, por lo tanto, con la notificación al deudor, porque la aceptación del deudor cedido no tiene relevancia jurídica sino como prueba de que tenía conocimiento de la cesión, pues no está en su poder aceptar o rechazar la cesión, ni impedir la producción de todos sus efectos.

Una importante parte de los autores ve en este requisito de la notificación al deudor cedido una forma de *publicidad* del acto. Entendemos por nuestra parte que ello es una

ficción, pues la notificación hecha al deudor cedido puede no ser conocida por un sinnúmero de terceros. En verdad, ello tiene su razón de ser en que el contrato de cesión recién queda en condiciones de *producir todos sus efectos* desde el momento en que ha sido notificado el deudor cedido; pues en ese momento queda plasmada en su integridad la situación de las partes y son definitivos los derechos que ellas adquieren. Parece razonable, por tanto, que recién a partir de ese momento se produzcan efectos respecto de terceros.

La exigencia de la notificación se justifica respecto del deudor cedido, pues le permite saber a quién debe realizar el pago. Si bastara la sola cesión para producir efectos frente a terceros y al deudor, podría ocurrir que el cedente, de mala fe, le aceptara el pago después de haber cedido el crédito, y como él ya no es el acreedor, el deudor no quedaría liberado y tendría que pagar nuevamente al cesionario. Por ello la imposición de la notificación, pues sin esta notificación la cesión carece de efectos respecto del deudor cedido, como también respecto de cualquier otro tercero que tenga interés legítimo. En tal sentido dispone el artículo 1621, que *los pagos hechos por el cedido al cedente antes de serle notificada la cesión, así como las demás causas de extinción de la obligación, tienen efecto liberatorio para él*.

Así entonces: i) *Los acreedores del cedente* que hayan embargado el derecho tienen preferencia sobre el cesionario, siempre que la traba de la medida precautoria hubiera sido hecha con anterioridad a la notificación del deudor; en cambio, el cesionario desplaza a los acreedores que hayan trabado embargo con posterioridad a esa fecha. ii) *Los otros cesionarios* del mismo derecho (pues puede darse el caso que el mismo crédito haya sido cedido de mala fe a distintas personas); en este caso, el cesionario que primero notifica al deudor cedido (sin importar las fechas de las diferentes cesiones) es quien tiene preferencia de conformidad con lo expresamente indicado por el artículo 1622.

Entendemos necesario volver a destacar que la notificación también tiene fundamental interés para el propio cesionario. En efecto, desde el momento en que haya hecho la notificación, el deudor no podrá liberarse de su obligación sino pagándole a él.

A su vez, el artículo 1626 dispone que en caso de cesiones cuya notificación haya sido realizada en el mismo día y *sin indicación de hora*, los cesionarios quedan en igual rango. De la norma se infiere que si en las notificaciones se dejó constancia de la hora, prevalece el que notificó antes. No parece la buena solución; piénsese en el supuesto de que una notificación haya consignado la hora y otra no, ¿prevalece alguno o ambos están en el mismo rango? Mejor era la solución del Código Civil de Vélez que disponía que si se hubieran hecho varias notificaciones en el mismo día, los cesionarios tendrían iguales derechos, incluso si las diligencias se hubieran practicado en diferentes horas (art. 1466).

Por su parte el *cesionario parcial* de un derecho, aun notificándolo al deudor cedido, no goza de ninguna preferencia sobre el cedente a no ser que el acuerdo haya otorgado tal preferencia (art. 1627).

c) Forma de la notificación

Al igual que los efectos, las formas requeridas para la notificación deben considerarse distintamente respecto de las partes (cedente y cesionario) y el deudor cedido, de la requerida respecto de todos ellos y los restantes terceros.

i) Respecto del *deudor cedido* es válida la notificación hecha por simple *instrumento privado* y aun verbalmente, pues la ley no contiene exigencia formal alguna a su respecto. Sin embargo, cuando la notificación es hecha por el cesionario o por un escribano público, deberá realizarse sobre la base de un documento auténtico en el que conste la cesión; de lo contrario el deudor cedido no tiene modo de saber si la pretendida notificación es un acto serio o una impostura y tiene derecho a resistir las pretensiones

de éste. Valdrá también como notificación el traslado de la demanda por cobro de pesos que le incoe el cesionario al deudor cedido.

ii) A fin de que la cesión tenga efectos *respecto de los terceros*, el Código Civil y Comercial (art. 1620) requiere que la notificación al deudor cedido sea efectuada por instrumento público o privado de fecha cierta, aclarando la norma *sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables*, cuya inscripción también deberá cumplirse y que brinda una clara publicidad del acto. Como ya expresáramos, esta norma organiza una suerte de publicidad en protección de los terceros, pero el medio arbitrado no cumple en realidad con dicho propósito, ya que la notificación hecha por un escribano público no tiene por qué ser conocida por los terceros, que permanecen tan ignorantes de ella como si se hubiera hecho en forma privada. Parece una exigencia excesiva e inútil, pues para tal notificación hubiera bastado con requerir simplemente el instrumento privado de fecha cierta.

Es válida la notificación por telegrama colacionado y por carta documento, sea que se considere a los mismos como instrumentos públicos o privados de fecha cierta (conf. art. 317), aunque tal notificación debe cursarse por el cedente, de lo contrario el deudor —como expresamos anteriormente— no podrá saber si dicha notificación es verdadera o falsa y tiene derecho a resistir tal pretensión. Claro que esta forma de notificación tiene el riesgo de no poder demostrar que el telegrama o la carta documento llegó a su destino.

La notificación puede ser hecha por el propio escribano ante quien pasó el contrato de cesión o el cesionario que es el más interesado en que la diligencia se cumpla. No obstante, también puede ser hecha por el cedente, en especial es conveniente ello cuando la cesión fue efectuada por instrumento privado en razón de lo expresado anteriormente. Nada impide que pueda hacerla un acreedor del cesionario por vía de la acción subrogatoria.

Entendemos que la notificación regulada es un acto *recepticio*, no requiriéndose que el deudor la acepte o no. Basta como se expresara, que sea hecha por instrumento público o privado o aun verbalmente; e inclusive es válida la aceptación tácita, que resulta del pago hecho por el deudor al cesionario o del reconocimiento del crédito del cesionario hecho por el síndico del concurso del deudor.

d) Actos anteriores a la notificación

Como se ha expresado, la cesión de un derecho solo produce efectos respecto del deudor cedido desde el momento de la notificación (art. 1620). De esta pauta surgen las siguientes consecuencias previstas por el Código Civil y Comercial:

i) *Pagos*. Los pagos hechos por el deudor cedido al cedente antes de serle notificada la cesión tienen efecto liberatorio para él (art. 1621) y pueden serle opuestos al cesionario. Producida la notificación, el deudor no puede ya pagar válidamente sino al cesionario.

ii) *Defensas*. El deudor puede oponer al cesionario todas las causas de extinción de la obligación anteriores a la notificación a través de las excepciones y defensas a que las mismas dieran lugar (conf. art. 1621). Así, puede oponer la nulidad de la obligación (cualquiera que sea su causa), su extinción, novación, prescripción, la excepción de incumplimiento contractual, etc. El deudor conserva por ello todas las excepciones que tenía contra el cedente aunque no haya hecho reserva alguna en el acto de la notificación.

Además de las excepciones que el deudor tenía contra el cedente, puede oponer también las que tiene contra el cesionario personalmente, como —por ejemplo— la compensación.

iii) *Actos conservatorios o ejecutorios*. La ley concede al cedente y al cesionario —antes de la notificación de la cesión— el derecho a interponer todas las acciones

conservatorias del crédito o del derecho desde el momento mismo de la cesión (art. 1624). La norma se justifica, pues por el lado del cedente, éste es el titular del derecho ante los terceros y, por el lado del cesionario, éste ostenta cuanto menos la calidad de acreedor condicional y es lógico que se le reconozca ese derecho. Pueden —por tanto— embargar, interrumpir la prescripción, etcétera.

Como dijimos que la demanda notificada importa una notificación válida en los términos del artículo 1620, es obvio entonces que el cesionario puede demandar —fuere por vía ejecutiva u ordinaria— al deudor sin necesidad de notificarle previamente la cesión, puesto que el traslado de la demanda es el mejor cumplimiento de esa formalidad.

e) Concurso o quiebra del cedente

Dispone el artículo 1623 que *en caso de concurso o quiebra del cedente, la cesión no tiene efectos respecto de los acreedores si es notificada después de la presentación en concurso o de la sentencia declarativa de quiebra.*

La disposición requiere de mayores precisiones:

i) La cesión efectuada antes de la presentación en concurso del cedente y notificada luego de esa presentación.— De conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 24.522 de concursos y quiebras, el cedente concursado no pierde la administración de sus negocios, continuando así bajo la vigilancia del síndico. Entendemos que en este caso, si la cesión fue gratuita, podría considerarse un acto prohibido a la luz de lo dispuesto por el artículo 16, 1ª parte, de la ley 24.522; no así, en cambio, si fue una cesión onerosa, aunque en tal supuesto podría considerarse que esa cesión requiere de la autorización judicial de la citada norma, previo informe del síndico.

ii) La cesión cuya notificación es efectuada después de la homologación del acuerdo concordatario.— En este caso, si del acuerdo surgiera que los acreedores autorizaron al concursado a continuar su administración de los negocios sin las limitaciones de los artículos 15 y 16 de la ley 25.522, la cesión operará normalmente y será oponible a la masa de acreedores.

iii) La cesión cuya notificación fue efectuada antes de la sentencia de quiebra, tendrá efectos —conforme artículo 1623— respecto de los acreedores, sin perjuicio de quedar sujeta la misma a considerarse ineficaz de pleno derecho (conf. art. 118, ley 24.522) o considerarse un acto ineficaz por conocimiento de la cesación de pagos (art. 119, ley 24.522) y sujeta a la acción del síndico o de los acreedores (conf. art. 120, ley 24.522).

iv) Está claro que el deudor cedido que tenga conocimiento de la quiebra decretada, no podrá pagar el crédito al cesionario, sino que deberá hacerlo a la masa; pero no hay que olvidar que si la cesión es onerosa, el cesionario es acreedor del cedente fallido por la garantía de evicción. En tal carácter podrá concurrir con los demás acreedores. Pero está claro que la notificación de la cesión, después de dictada la sentencia declarativa de la quiebra, no es oponible a los demás acreedores, porque así lo dispone el artículo 1623.

1332. Cesión en garantía

Este subtipo de cesión no fue regulado por el Código Civil de Vélez, y dado que la cesión de un derecho que puede operarse en propiedad, puede serlo más limitadamente a título de garantía, el Código Civil y Comercial ha incorporado esta cesión de créditos a efectos de garantizar otra operación o negocio.

En tal caso, dispone el artículo 1615 que si la cesión lo es *en garantía*, se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario las normas de la prenda de créditos. De allí que coincidentemente dispone el artículo 2232 que *la prenda de créditos es la que se constituye sobre cualquier crédito instrumentado que puede ser cedido*. En este caso

queda constituida cuando se notifica la existencia del contrato al deudor del crédito prendado (art. 2233), lo cual hace a la oponibilidad frente a los terceros y a fin de que el cesionario pueda ejercer los derechos del crédito con garantía prendaria.

El cesionario en garantía deberá conservar y cobrar —incluso judicialmente— el crédito prendado, aplicándose en tal caso las reglas del mandato (art. 2234).

Entendemos que nada impide —más allá de la posición asumida por el Código Civil y Comercial en el sentido de que a la cesión en garantía se le aplicarán las normas de la prenda de créditos— que esta modalidad se encare como un negocio fiduciario, si así surgiere del acuerdo celebrado entre las partes (conf. arts. 1666, 1667 y 1680).

II — CESIÓN DE DEUDAS

1333. Cesión de deudas

El Código Civil y Comercial reguló —en los artículos 1632 y siguientes— la cesión de deudas, plasmando en su normativa tres figuras diferentes de esta cesión: la cesión de deuda propiamente dicha, la asunción de deuda y la promesa de liberación del deudor.

a) La *cesión de deuda* propiamente dicha ocurre cuando tres partes —el acreedor, el deudor y un tercero— acuerdan que este último debe pagar la deuda, sin que ello constituya una novación, lo que plasma el supuesto regulado por el artículo 934, *in fine*.

El segundo párrafo del artículo 1632 permite advertir que la cesión de deuda puede instrumentarse conjuntamente entre los tres intervinientes, o bien solo entre deudor y tercero que luego requieren la conformidad del acreedor.

La falta de conformidad del acreedor con el acuerdo de cesión de deuda celebrado entre deudor y tercero hace que el tercero quede —frente al acreedor— como codeudor solidario pero en calidad de subsidiario, como una excepción al artículo 833.

Si el acreedor acuerda o acepta expresamente la cesión de deuda, el deudor queda liberado de su obligación (art. 1634).

b) La *asunción de deuda* la encontramos cuando un tercero acuerda con el acreedor pagar la deuda de su deudor, sin que haya novación (art. 1633). Fácil es advertir que en el presente caso tenemos solo dos partes acordando la cesión, mientras que en la anterior encontramos tres partes interviniendo conjunta o sucesivamente.

El segundo párrafo del artículo 1633 también permite advertir que la asunción de deuda puede presentarse como una declaración unilateral de voluntad, sujeta a la aceptación del acreedor. Si el acreedor no presta conformidad con la liberación del deudor, la asunción de deuda se tiene por rechazada y —en este segundo caso— el tercero no queda obligado en modo alguno frente al acreedor.

La asunción de deuda es propia del sistema de tarjeta de crédito, en el cual la entidad emisora asume la deuda del usuario titular de la tarjeta frente al proveedor, sin que haya novación, por lo cual el proveedor sigue obligado frente al usuario por la calidad de la cosa, evicción, etc., pero quien abona lo que el usuario firmó con su tarjeta es la entidad emisora.

En el supuesto de asunción de deuda, el deudor solo queda liberado si el acreedor lo admite expresamente a través de su conformidad, que puede ser otorgada antes, simultáneamente o después de la cesión (art. 1634). También dispone la norma que esta conformidad será ineficaz si ha sido prestada en un contrato celebrado por

adhesión, lo que pone en situación crítica al ejemplo dado del sistema de tarjeta de crédito. Entendemos que en este supuesto debe estarse a la prelación normativa que dispone el artículo 963, inciso a); por lo tanto, siendo la ley 25.065 una ley especial y de orden público, será una norma indisponible que prima sobre la disposición del Código Civil y Comercial.

c) La *promesa de liberación* es el tercer supuesto de la sección sobre cesión de deudas, disponiendo el artículo 1635 que existe promesa de liberación si un tercero se obliga frente al deudor a cumplir con la deuda en su lugar, por lo que esta promesa solo va a vincular al tercero con el deudor, excepto que haya sido pactada como estipulación a favor de tercero.

El acreedor no es parte de este acuerdo en donde existe una promesa unilateral de liberar al deudor. No obstante, si la promesa de liberación fue pactada como una estipulación a favor del tercero acreedor, el promitente (tercero que acordó la promesa de liberación con el deudor) le confiere al tercero acreedor el derecho de lo que ha convenido con el estipulante (deudor original de la obligación). Puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida (arts. 1027 y 1028). Nos remitimos a lo expresado en el número 208.

III — CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS

1334. Cesión de herencia

El estudio de la cesión de herencia corresponde al curso de sucesiones. Aquí nos limitaremos a dar unas breves nociones sobre los efectos del contrato.

El efecto esencial de la cesión de herencia es que el cesionario pasa a ocupar el lugar del heredero cedente, con todos sus derechos.

a) *Obligaciones del cedente*. Pesa sobre él la garantía de evicción; pero lo único que él garantiza es la bondad de su título hereditario, es decir, su calidad de heredero y la parte indivisa que le corresponda en la herencia; no asegura, en cambio, que los bienes comprendidos en la sucesión fueran o no de propiedad del causante (art. 2305). Pero si los derechos hereditarios hubieran sido cedidos como litigiosos o dudosos, sin dolo de su parte, no se responde por la evicción (art. citado).

b) *Obligaciones del cesionario*. 1) Debe pagar el precio, si la cesión fuere onerosa. 2) Debe reembolsar al cedente lo que éste pague por su parte en las deudas y cargas de la sucesión hasta la concurrencia del valor de la porción de la herencia recibida. 3) Asume las cargas particulares del cedente y los tributos que gravan la transmisión hereditaria, siempre que estén impagos al tiempo de la cesión (art. 2307).

c) Respecto de *los coherederos*, ocupa el lugar del cedente, con todos sus derechos y obligaciones.

1335. Cesión de la posición contractual. Remisión

Metodológicamente, hemos preferido tratar este tema en la parte general de los contratos (nros. 213 y ss.), y allí nos remitimos.

V — CONTRATO DE FACTORAJE

1336. Nociones generales. Concepto

El contrato de factoraje, más conocido a nivel internacional y comparado como *factoring* es, al decir de BARREIRA DELFINO ("Acerca del contrato de factoraje", en *Temas de Derecho comercial. Empresarial y del consumidor*, septiembre de 2015, p. 7), una operación relativamente moderna de financiamiento de cuentas por cobrar (*accounts receivables*) y puede definirse como el negocio por el cual una empresa (generalmente entidad financiera), conocida como *factor*, recibe del cliente o *factoreado* sus cuentas por cobrar —facturación—, a cambio del crédito que se le otorga a éste y que además —en algunos casos— suele acompañarse con el servicio de asistencia administrativo-financiera que es prestado al cliente, que ve así reducida su actividad administrativa propia.

Este contrato no es una mera cesión de facturas, pues usualmente se integra con un sistema de gestión de cobro, financiamiento de esas facturas cedidas y un sistema de asesoramiento administrativo y financiero.

El Código Civil y Comercial ha definido este contrato en su artículo 1421, expresando que *hay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos*.

Se pueden rastrear sus antecedentes nacionales en la ley 21.526, de entidades financieras, cuyo artículo 24, inciso d), faculta a estas entidades a otorgar anticipos sobre créditos provenientes de ventas, adquirirlos, asumir sus riesgos, gestionar su cobro y prestar asistencia técnica y administrativa.

Como puede advertirse, la *finalidad* del contrato de factoraje permite al cliente factoreado una inyección de fondos al circuito productivo de su empresa, convierte sus activos corrientes no exigibles en disponibles y permite reducir así sus costos de administración.

1337. Características y diferencias

El contrato de factoraje, a la luz de los principios y de la clasificación que efectúa el Código Civil y Comercial, se trata de un contrato *consensual*, pues se perfecciona por el solo consentimiento de las partes. Es bilateral, pues ambas partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. Es también oneroso, pues las ventajas que el contrato procura a una de las partes, le son concedidas en función de otra prestación que ésta se obliga a hacer. Es un contrato conmutativo, porque las ventajas y beneficios de las partes son ciertos. Es un contrato formal, en razón de los recaudos que se le imponen y que necesariamente conllevan la expresión por escrito (conf. art. 1618).

Debemos considerar también que el factoraje es un contrato *intuitu personae*, ya que se tiene en cuenta la calidad y situación de la empresa factoreada y su clientela. La empresa de factoraje debe atender al sector económico en que se desenvuelve el factoreado, su capacidad técnica y profesional, como su solvencia moral, la evolución de sus ventas, prestaciones o sus tendencias, la solvencia y capacidad de pago de los deudores del factoreado a fin de evaluarlos y determinar límites de riesgo, etcétera.

Vale criticar el texto del artículo 1421 cuando habla de la obligación de "adquirir" créditos, ya que a la luz del artículo 1129 el "adquirir" es propio de la compraventa, contrato por el que se adquieren "cosas", mientras que en el caso del factoraje, al transmitirse "derechos", estamos ante la figura de la cesión del artículo 1614.

Si bien el factoraje surge como una variante de la cesión de derechos, la incorporación de elementos que surgieron de los usos y costumbres, permite diferenciar a ambos, en tanto en el contrato de cesión el cedente busca ganar liquidez cediendo a menor precio su crédito, mientras en el factoraje los créditos o derechos se ceden a su valor, descontándose comisiones o intereses. La cesión suele ser de créditos individuales, mientras que el factoraje suele comprender un cúmulo de derechos o créditos, muchas veces futuros. Otra diferencia —como veremos— entre la cesión y el factoraje radica en la forma y el modo de notificación al deudor cedido (véase nro. 1339). Sin perjuicio de tales diferencias, siempre cabrá recurrir a la cesión de derechos para llenar los vacíos legales o contractuales que puedan afectar al contrato de *factoring* celebrado.

1338. Formas que puede adoptar el contrato de factoraje

El contrato de factoraje puede adquirir distintas formas, no obstante no surgir ello expresamente del Código Civil y Comercial. De su propia operatoria y de lo dispuesto por el artículo 1421, *in fine*, puede hablarse de un contrato de factoraje *pro solutum* (*factoring sin recurso*), y un factoraje *pro solvendo* (*factoraje con recurso*).

En el primer caso —también conocido como *factoring* propio— la empresa de *factoring* asume el riesgo de la insolvencia y el riesgo del no cobro de la deuda cedida, quedando el factoreado al margen de la disputa por el cobro, por lo que se lo suele equiparar a la llamada "compraventa" de créditos.

En el caso de un contrato de factoraje *pro solvendo* (*factoring con recurso*), la empresa de *factoring* no asume el riesgo de la imposibilidad de cobro, debiendo el factoreado asumir el riesgo de la operatoria, o sea, el incumplimiento de su cliente a las obligaciones cedidas, lo que simplemente puede asimilarse a una operación de crédito, donde la cesión es una suerte de garantía del recupero del adelanto de fondos efectuado al factoreado.

La mayoría de la doctrina sostiene —posición que compartimos— que la asunción del riesgo no es un elemento esencial, sino natural de este contrato, lo que así parece surgir de la propia definición efectuada por el Código.

De conformidad con el artículo 1423, el factoraje también puede estructurarse a través de dos alternativas. Expresa la norma citada que son válidas las cesiones globales de parte o de todos los créditos del factoreado, tanto los existentes como los futuros, siempre que estos últimos sean determinables.

Esta norma habilita así otras dos alternativas del *factoring* o contrato de factoraje: que éste sea simplemente parcial o total. En el primer supuesto, es el factor quien se reserva el derecho de seleccionar las facturas, créditos o los clientes que aceptará del factoreado, operación que a su vez podrá ser —conforme hemos visto— con o sin recurso; esto es que el factoreado garantice o no el cobro de esas facturas.

En el segundo supuesto, el factor o empresa de factoraje se compromete a absorber la totalidad de la facturación del factoreado, situación en la que también pueden darse

las dos alternativas vistas (con o sin recurso) y que generalmente se trata de una operación que va vinculada a un servicio completo de administración de cartera.

En efecto, de conformidad con el artículo 1422, la operación de factoraje —por parte del factor o empresa de factoraje— puede verse complementada con servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos. En este sentido, como puede apreciarse, muchas empresas —con esta modalidad— ven así satisfechas sus necesidades administrativas con mayor eficacia y menor costo.

Esta operatoria integral permite racionalizar y optimizar la estructura interna de la empresa factoreada, delegándose el manejo administrativo contable en el factor, aunque el costo operativo del sistema pudiera ser mayor que aquel sin tales servicios.

1339. Contenido del contrato. Forma. Objeto. Principio de especialidad

De conformidad con lo establecido por el artículo 1424, el contrato de factoraje debe incluir la relación de los derechos de crédito que se transmiten, la identificación del factor y factoreado, y los datos necesarios para identificar los documentos representativos de los derechos de crédito, sus importes y sus fechas de emisión y vencimiento, o los elementos que permitan su identificación cuando el factoraje es determinable.

Habíamos adelantado que el contrato de factoraje es un contrato formal en razón de los recaudos que la norma citada le impone y que necesariamente conllevan plasmarlos en la expresión por escrito (en igual sentido, art. 1618). Implícitamente la norma impone la forma escrita para el contrato de factoraje.

Se reafirma ello con el siguiente artículo 1425 en cuanto expresa que el *documento contractual* es título suficiente de transmisión de los derechos cedidos.

Este principio de especialidad que se refleja en la necesidad de identificar los documentos representativos de los derechos de crédito, sus importes y sus fechas de emisión y vencimiento o los elementos que permitan su identificación, importan una diferencia con el contrato de cesión, el cual —a la luz de lo dispuesto por el artículo 1618— exige la forma escrita para cada oportunidad de ocurrir la cesión.

En el caso del contrato de factoraje, el solo y único contrato deja cedidos todos los derechos instrumentados en todas las facturas (existentes o a existir) identificadas en el contrato (conf. art. 1424) e involucra la obligación de entrega que regula para la cesión el artículo 1619, o sea, la tradición de todos los documentos relacionados con el crédito o derecho cedido que se encuentren en su poder.

El citado artículo 1424 pone de relieve la necesidad de precisar el *objeto* del contrato al imponer ese principio de especialidad mediante la exigencia de proceder en el contrato a la identificación de todos los documentos representativos de los derechos cedidos (facturas, contratos, etc.), su importe, fecha de emisión y vencimiento.

También —en el caso de un factoraje con extensión en el tiempo y por ende de cesión de facturas o créditos futuros— al no poder identificarse los documentos que en ese futuro se emitirán por las operaciones del factoreado, se exige —en aras al principio de especialidad— la determinación de los elementos que faciliten la identificación de los créditos que se cederán en cumplimiento del contrato, como podría ser definiendo las operaciones a facturar, la clientela deudora, etcétera.

Aunque la norma no lo establezca expresamente, el contrato deberá indicar —dentro de su objeto y obligaciones del factoreado— los intereses y las comisiones u honorarios que por su tarea cargue el factor o empresa de *factoring* al factoreado, así como —si correspondiera— el plazo o término de duración del contrato.

1340. Garantía de incobrabilidad

Dispone el artículo 1426 que las garantías reales y personales y la retención anticipada de un porcentaje del crédito cedido para garantizar su incobrabilidad o aforo son válidas y subsisten hasta la extinción de las obligaciones del factoreado.

Esta norma es la que ha dado pie a esa distinción que efectuamos en función de las distintas alternativas que pueden darse en los contratos de factoraje: con o sin recurso. En el contrato de factoraje con recurso, el factoreado asume el riesgo de incobrabilidad y responde por la falta de pago del cliente ante la empresa de factoraje.

La disposición del artículo 1426 abre la posibilidad de que ese "recurso", esa asunción de riesgo, no sea solo personal, sino por medio de garantías específicas como las reales de prenda, hipoteca, etc. Ahora bien, si la garantía es solo personal del propio factoreado (y no de un tercero), entendemos que será de aplicación analógica al caso, el artículo 1630, por el cual el factor o empresa de factor ajeno podrá ejercer ese recurso contra su factoreado, sin antes haber excutido los bienes del deudor de la factura impaga, salvo que lo contrario surja del contrato de factoraje.

La norma fija, como punto de conclusión de tales garantías, la extinción de las obligaciones del factoreado, lo que nos lleva a la necesidad de determinar cuándo terminan estas obligaciones. Dado que se trata de un *factoring* con recurso, obviamente las obligaciones concluirán —más allá del término que se haya fijado al contrato— cuando se haya concluido con el cobro de todos los créditos, facturas o documentos cedidos.

1341. Deber de notificación al deudor cedido

Expresamente el artículo 1428 dispone que la transmisión de los derechos del crédito cedido debe ser notificada al deudor cedido *por cualquier medio que evidencie razonablemente la recepción* por parte de éste.

La norma fija la natural obligación de notificación al deudor cedido de modo tal de cerrar el circuito operativo, evitando que éste cancele su obligación abonando directamente al factoreado y afectando el principal interés del factor o empresa de factoraje.

Dado que siempre puede llegar a existir algún tercero ajeno a los intervinientes con interés en el patrimonio del factoreado, como también que el deudor cedido es un tercero al contrato de factoraje, el factoraje o la cesión de tales créditos o derechos deberá ser notificada al deudor de los mismos (deudor cedido) para ser oponible a todo tercero a la relación (conf. arg. art. 1620), ya que de no ocurrir ello, los pagos hechos por el deudor al factoreado tendrán efecto liberatorio para él, más allá de la responsabilidad del factoreado frente al factor o empresa de factoraje.

Esta notificación puede efectuarse por el factoreado, como por el factor o empresa de factoraje, y conforma una rudimentaria forma de publicidad, porque prácticamente no es cognoscible por los terceros.

Como ya adelantáramos, en este aspecto surge también una diferencia entre el contrato de factoraje y el contrato de cesión. Mientras que en la cesión, esta debe notificarse al deudor cedido por instrumento público o privado de fecha cierta (conf. art. 1620), sin perjuicio de las reglas especiales relativas a derechos registrables, no lo es así en el contrato de factoraje.

En efecto, en la cesión, sigue siendo de aplicación la vieja pauta del Código Civil velezano (art. 1461) por el cual, el conocimiento que pueda tener el deudor cedido de la cesión no supe la específica notificación de la cesión.

En cambio, en el contrato de factoraje, bastará la notificación del deudor cedido *por cualquier medio que acredite la recepción del deudor cedido de tal notificación* (siendo de aplicación el principio del art. 1019) o que acredite que éste haya tenido conocimiento de tal cesión.

En este aspecto, vale resaltar acá que en el derecho italiano, como bien indica Francesco MESSINEO (*Manual de derecho civil y comercial*, Ejea, Buenos Aires, 1971, t. IV, p. 191), el deudor que abona su deuda o factura al factoreado sin estar notificado no se libera si se hallaba en conocimiento de la cesión o el factoraje realizado (art. 1264, párr. 2º, Cód. Civil italiano), pues no procede de buena fe y la mala fe no puede tener respaldo en derecho (conf. arts. 9º y 10, Cód. Civ. y Com.). De allí que debe entenderse válida la notificación por correspondencia certificada; además, en los contratos de factoraje suelen incluirse cláusulas por las cuales el factoreado asume la obligación de notificar la cesión a sus deudores en los términos que indique el contrato o la empresa de *factoring*.

1342. Dinámica del contrato. Derechos y obligaciones de las partes

En general, la dinámica del contrato de factoraje procura para el factoreado una adecuada asistencia financiera, mediante la disponibilidad de efectivo con anticipación al cobro de las facturas de venta (o servicios) emitidas y que se transfieren al factor. Se trata así de un mecanismo apto para obtener liquidez empresaria y nutrir rápidamente el flujo de fondos que podría estar necesitando la empresa.

Los derechos y las obligaciones que en general tienen las partes son los siguientes:

i) Para el factor o empresa de factoraje, la principal obligación es que debe adelantar el dinero efectivo o tener a disposición del cliente factoreado, el o los importes comprometidos en el contrato. Asimismo debe asumir el riesgo de insolvencia de los clientes del factoreado si así se pactó, respetando las fechas de pago de las facturas, documentos o contratos cedidos, agotando las gestiones previas y las extrajudiciales de cobro al vencimiento de dichas facturas o documentos, antes de recurrir a la vía judicial o utilizar el recurso contra el cliente factoreado. Tiene una obligación de confidencialidad en cuanto a guardar reserva de toda la información adquirida con motivo de este negocio, guardando un registro organizado de los créditos adquiridos y sus resultados.

Por su parte, tiene el derecho de aprobar o elegir —en su caso— los créditos que recibirá del factoreado. También tiene derecho al cobro de su comisión y de los intereses de las sumas adelantadas.

ii) Para el cliente factoreado la obligación es operar con la empresa de factoraje exclusivamente (práctica usual), haciendo entrega de todos los documentos relacionados con el crédito o derecho cedido que se encuentre en su poder (arg. art. 1619) garantizando la existencia y legitimidad de todos los créditos cedidos (conf. art. 1628) y en su caso —de haber retorno— su cobrabilidad.

Debe también notificar a su clientela cedida (o a quienes corresponda si es un *factoring* parcial) la transferencia de los derechos, créditos o facturas y los datos del factor o empresa de *factoring* y suministrarle todos los datos e información de los deudores cedidos.

Tiene por su parte derecho al adelanto de los fondos pactados o a la financiación y servicios pactados y al cobro de los fondos o a girar contra los fondos comprometidos por la empresa de *factoring*.

1343. Imposibilidad de cobro del derecho cedido

El Código Civil y Comercial ha incorporado al contexto del contrato de factoraje un principio general del derecho, expresando en el artículo 1427 que *Cuando el cobro del derecho de crédito cedido no sea posible por una razón que tenga su causa en el acto jurídico que le dio origen, el factoreado responde por la pérdida de valor de los derechos del crédito cedido, aun cuando el factoraje se haya celebrado sin garantía o recurso.*

Se trata así del clásico principio de ULPiano del *alterum non lædere*, reflejado en la pauta general del artículo 1710 y que tiene acá su aplicación particular para este

contrato, pauta que impone el deber de prevención del daño, de evitar todo daño y de adoptar toda medida razonable para evitar que su produzca un daño.

En los contratos (previsibilidad contractual) se debe responder por todas las consecuencias que las partes pudieron haber previsto al momento de su celebración (conf. art. 1728). Es por ello que esta norma —de aplicación a los contratos de factorajes sin recurso, pues en el factoraje con recurso el factoreado es responsable de la deuda— impone la responsabilidad del factoreado ante la falta o imposibilidad de cobro de facturas o documentos transferidos al factor o empresa de *factoring*, cuando ello ha tenido su causa al momento de generarse el crédito factoreado o al momento de ser contratado el *factoring*, sea por un actuar del factoreado, sea por una omisión de información de su parte. El derecho del factor o empresa de factoraje no podrá ir más allá de lo determinado por los artículos 1738 y siguientes.

1344. Prescripción de las acciones derivadas del factoraje

La prescripción es un instituto jurídico que tiene fundamento en la necesidad de lograr seguridad jurídica, dar estabilidad y firmeza a los negocios, disipando las incertidumbres que rodean su ejecución y pone fin a la indecisión de los derechos. Como tal es, a nuestro criterio, un instituto de orden público que busca que los conflictos negociales no se mantengan indefinidos en el tiempo, buscando la seguridad de los negocios.

El Código Civil y Comercial ha establecido que la prescripción liberatoria opera a partir de que la prestación sea exigible, pues es a partir de ese momento es que el acreedor está habilitado para demandar su cumplimiento y por ello empezará a correr el plazo de prescripción, conforme lo dispone el artículo 2554.

Las acciones que pudieren emerger del contrato de factoraje no tienen una normativa especial, aunque debiera hacerse alguna aclaración:

a) Las acciones entre factor y factoreado emergentes del contrato prescriben en el plazo general de cinco años (art. 2560).

b) Las acciones entre el factor y los clientes o deudores cedidos prescribirán según el crédito cedido y podrá ser el plazo general del artículo 2560 en el caso de facturas (ya que no existe una norma particular como la del derogado artículo 847 del Código de Comercio) o bien la anual del artículo 2564 si se tratara de reclamos procedentes de documentos endosables o al portador, corriendo el plazo desde el vencimiento de la obligación.

c) El supuesto derivado de la norma del artículo 1427, analizado en el número anterior, puede encuadrar en la prescripción anual de la norma del artículo 2564, inciso a), si se considera que se trata de un vicio del derecho transmitido, o bien en la de tres años, como indemnización derivada de la responsabilidad civil del artículo 2561.

1345. Concepto

La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas (art. 1641).

He aquí un ejemplo: un médico demanda a su cliente por pago de \$ 40.000; el demandado sostiene deber solamente \$ 10.000; durante el trámite del pleito llegan a una transacción por la cual se fijan los honorarios en \$ 25.000. El médico ha cedido parte de los honorarios a que se creía con derecho para asegurarse el pago de \$ 25.000; el cliente paga más de lo que cree adeudar para no verse en el riesgo de ser condenado a una suma mayor.

1346. Requisitos

Para que la transacción esté configurada, es preciso: a) que haya acuerdo de voluntades; b) que las partes hagan concesiones recíprocas, es decir, que cedan parte de sus pretensiones a cambio de que se les asegure el carácter definitivo de las restantes; c) que por esas concesiones se extingan obligaciones litigiosas o dudosas.

Obligación litigiosa es la que está sujeta a juicio. No tan preciso, en cambio, es el concepto de obligación *dudosa*. Se acepta que debe considerarse tal toda obligación sobre cuya legitimidad y exigibilidad exista duda en el espíritu de las partes, quizá profanas en derecho, aunque la duda no fuera posible entre peritos o especialistas. La duda puede resultar no solamente de la legitimidad misma del pretendido crédito, sino de la dificultad para probar el título de la deuda, el monto de los daños sufridos, etc. Incluso, puede afirmarse que es una cuestión dudosa aquella que todavía no ha sido sometida a juicio, pues no existe certeza de la solución final ni constituye aún una cuestión litigiosa. Solamente no pueden transarse aquellas obligaciones cuya existencia y monto no son discutidos por el deudor.

1347. Naturaleza jurídica

¿Es la transacción un contrato? Esta fue una cuestión debatida antes de la sanción del Código Civil y Comercial, pues un sector lo negaba aduciendo que se trata de un acto jurídico extintivo de las obligaciones, en tanto que el efecto propio de los contratos es que las partes *contraigan* obligaciones, no que las extingan. El Código ha seguido la doctrina mayoritaria que reconoce el carácter contractual, pues hay contrato no solamente cuando las partes se ponen de acuerdo para crear, regular, transferir o modificar relaciones jurídicas patrimoniales, sino también cuando se proponen extinguirlas (art. 957). Por ello es que el artículo 1641 define a la transacción como un contrato. Por lo demás, si bien la transacción extingue obligaciones, no se limita solo a ello, pues también tiene por finalidad que se reconozcan las obligaciones y se cumplan. Casi todos los códigos modernos comparten la opinión de que es un contrato.

1348. Caracteres

La transacción tiene los siguientes caracteres:

a) Es un contrato (art. 1641) oneroso, conmutativo, formal y nominado.

b) Es de *interpretación restrictiva* (art. 1642). El fundamento de esta norma es que la transacción importa siempre una renuncia y las renunciaciones son de interpretación restrictiva (art. 948). La idea, con todo, debe ser tomada con cuidado. Está bien que la renuncia sea de interpretación restrictiva cuando es unilateral; pero cuando es bilateral—como ocurre en la transacción—, parece más razonable resolver la duda en el sentido de la *mayor reciprocidad de intereses*.

c) Es *declarativa* y no *constitutiva* de derechos, aunque el Código Civil y Comercial no haga mención a ello. En efecto, la transacción no tiene por objeto crear o transmitir nuevos derechos a las partes, sino simplemente *reconocer* los existentes.

Finalmente, debe señalarse que durante la vigencia del Código Civil de Vélez, la transacción constituía un acto *indivisible*, de tal modo que si una de las cláusulas de la transacción era nula, era nulo todo el acto (art. 834).

La cuestión ha cambiado sustancialmente en el Código Civil y Comercial, pues *la nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables*; más aún, solamente *si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total* (art. 389, párr. 2º).

Ampliaremos este tema más adelante (nro. 1356).

1349. Capacidad

La capacidad se rige por las reglas generales ya vistas con anterioridad (nros. 84 y ss.) y allí nos remitimos.

Sin embargo, debe señalarse que el Código Civil y Comercial establece, de manera expresa, tres prohibiciones (art. 1646). En efecto, no pueden hacer transacciones:

a) Las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo

Hemos dicho antes, que la transacción es *declarativa* y no *constitutiva* de derechos, por lo que no puede haber en ella una verdadera enajenación. Entonces, ¿cómo se explica norma? Es que, a la vez de reconocerse un derecho preexistente, en la transacción también se hace abandono de una pretensión o de un derecho que se creía tener. En este sentido, hay una disposición; y de allí que se exija para transigir capacidad para disponer el derecho transado.

b) Los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial

La norma amplía las prohibiciones impuestas a los padres (art. 689, párr. 2º) y a los tutores y curadores (arts. 120 y 138).

c) Los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión

Esta prohibición se justifica en el hecho de que la función del albacea es ejecutar las disposiciones testamentarias, dando cumplimiento a la voluntad del testador, lo que no se aviene con la noción de la transacción. De todos modos, la norma deja abierta la posibilidad de que el juez la autorice, cuando así convenga.

1350. Representación convencional

Para transigir en nombre de otra persona se requiere poder *especial*, es decir, que haya recibido facultades expresas para hacerlo (art. 375, inc. i)). Los poderes generales no bastan.

B.— OBJETO DE LA TRANSACCIÓN

1351. Derechos que pueden ser objeto de transacción

El objeto de la transacción no escapa a las normas generales que el Código Civil y Comercial prevé. Con otras palabras, el objeto debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial (art. 1003).

Además, habrá que tener presente que la transacción —como contrato que es— no podrá tener como objeto: i) hechos que sean imposibles, o estén prohibidos por la ley, sean contrarios a la moral, a las buenas costumbres, al orden público, a la dignidad de la persona humana o lesivos a los derechos ajenos, ni ii) bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean (arts. 1004 y 279).

En particular, el artículo 1644 dispone que *no puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables; y que tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar.*

De lo expuesto, puede decirse, de manera general, que todos los derechos que están en el comercio pueden transarse. Pero resulta necesario hacer algunas aclaraciones.

En materia de derechos *patrimoniales* la regla es que todos ellos pueden ser objeto de transacción, sean personales, reales o intelectuales. Por excepción, *no puede transarse*: a) sobre los eventuales derechos a una sucesión futura (art. 1010, párr. 1º); b) sobre la obligación de pasar alimentos (art. 539), bien entendido que la prohibición legal se refiere a las mensualidades *futuras*; pero respecto de las ya vencidas o devengadas la transacción es posible; c) sobre la indemnización por *accidentes del trabajo*, la de *despido y preaviso*, si no contaren con la intervención de la autoridad judicial o administrativa, y mediare resolución fundada de cualquiera de estas que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes. (art. 247, ley 20.744, ref. por leyes 25.250 y 25.345).

En materia de derechos *extrapatrimoniales* y particularmente de *familia*, la regla es que *no pueden transarse* (art. 1644); tal es el caso de las acciones relativas a las *cuestiones de estado* (reconocimiento o contestación de la filiación, de la condición de cónyuge, pariente), a las cuestiones sobre *validez y nulidad del matrimonio*, a no ser que se trate de un supuesto de nulidad relativa y la transacción sea en favor de la validez (arg. art. 425). En cambio, no hay inconveniente en transar las *acciones patrimoniales* derivadas de cuestiones de estado. Ejemplo: muerta una persona y abierta su sucesión, se presenta alguien accionando por reconocimiento de la filiación extramatrimonial y petición de herencia. Ambas acciones están íntimamente vinculadas, puesto que los derechos hereditarios dependen de la filiación. Sobre la existencia del vínculo no podrá transarse; pero sí sobre los derechos patrimoniales contenidos en la sucesión.

Tampoco pueden transarse las acciones penales derivadas de delitos. Ciertamente es que esta prohibición, que estaba prevista expresamente en el artículo 842 del Código Civil de Vélez, no aparece en el ordenamiento vigente. Sin embargo, ella queda incluida en el artículo 1644, pues la acción penal, al involucrar el interés público, compromete el orden público. En cambio, *sí puede transarse la acción civil* por indemnización de los daños provocados por el propio delito, pues se trata de un derecho patrimonial derivado de él (art. 1644, párr. 2º). También pueden transarse las acciones penales derivadas de *delitos de acción privada*, es decir, de aquellos delitos cuya investigación y castigo dependen exclusivamente de la actividad y voluntad del ofendido.

C.— FORMA Y PRUEBA

1352. Reglas generales

En lo que atañe a la forma, el artículo 1643 dispone que la transacción debe ser hecha por escrito. Sin embargo, no es posible olvidar que el artículo 1017 exige algo más cuando se trata de derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles: en este caso se requiere escritura pública.

Incluso, debe diferenciarse entre transacciones de derechos litigiosos y las que versan sobre derechos simplemente dudosos. En el primer caso, la transacción *solo es eficaz a partir de la presentación del instrumento firmado por los interesados ante el juez en que tramita la causa* (art. 1643). Más aún, la norma añade que *mientras el instrumento no sea presentado, las partes pueden desistir de ella*. Pero si los derechos fueran simplemente dudosos, y no involucrara inmuebles, bastará con que la transacción sea hecha por escrito.

La *prueba* se rige por las disposiciones generales (art. 1019), lo que hemos analizado con anterioridad (nros. 184 y ss.), y allí nos remitimos.

D.— EFECTOS

1353. Principios generales

Según hemos dicho anteriormente, la transacción implica un *reconocimiento* parcial y una renuncia parcial de derechos. En otras palabras, se renuncia parcialmente un derecho para obtener el reconocimiento del resto de la pretensión. De ahí se deduce este doble efecto: una *extinción* y un *reconocimiento o consolidación* parciales de obligaciones y derechos.

1354. Fuerza obligatoria: ¿importa la transacción cosa juzgada?

Según el artículo 1642, *la transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial*. No debe pensarse, empero, que la transacción tiene una autoridad idéntica a la de la sentencia definitiva. Hay entre ellas un mismo y fundamental efecto: ambas partes ponen fin al pleito e impiden la renovación de las acciones por las partes interesadas o sus sucesores universales. Pero las diferencias son esenciales: a) las sentencias no pueden ser atacadas por dolo o violencia, en tanto que las transacciones sí; b) la transacción es atacable por acción de nulidad, en tanto que las sentencias solo lo son por los recursos que autorizan las leyes procesales. Tratándose de transacción extrajudicial, toda asimilación resulta imposible; en tal caso, ella no es sino un simple contrato que regla los derechos y obligaciones de las partes: no pone fin a un pleito, carece de autenticidad formal.

¿Tiene la transacción fuerza ejecutiva? Indudablemente sí, pues el artículo 1642 establece que produce los efectos de la cosa juzgada. Con todo, y más allá de que la norma dispone que no se necesita la homologación judicial, pensamos que solo la

transacción *judicial* goza de fuerza ejecutiva; la *extrajudicial* carece de ella, a menos que la tenga el instrumento en el cual ha sido documentada, pues no ha de olvidarse que es un simple contrato.

1355. Limitaciones de los efectos de la transacción: entre quiénes se producen

Los efectos de la transacción, como de los contratos en general, se limitan a las partes y a sus sucesores universales; y no los tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley (arts. 1021 y 1024).

Este principio general reconoce algunas excepciones: a) la transacción entre acreedor y deudor extingue la fianza, aunque el fiador estuviera ya condenado por una sentencia firme; es una consecuencia de la accesoriedad de la fianza; b) la transacción hecha por uno de los codeudores solidarios aprovecha a los restantes, pero no puede serles opuesta (art. 835, inc. d]) y, recíprocamente, la transacción concluida con uno de los coacreedores solidarios puede ser invocada por los otros, mas no puede serles opuesta (art. 846, inc. d]). En otras palabras: los coacreedores o codeudores solidarios no pueden ser perjudicados por una transacción hecha por su coacreedor o codeudor; pero pueden aprovecharse de ella si así conviene a sus intereses.

E.— NULIDAD

1356. En qué casos procede

El artículo 1647 del Código Civil y Comercial establece como principio que la transacción es nula en los casos previstos para los actos jurídicos en general (Libro Primero, título IV, capítulo 9, arts. 382 y ss.).

Añade a ello algunos casos particulares de nulidad:

a) Si alguna de las partes invoca títulos total o parcialmente inexistentes, o ineficaces (art. 1647, inc. a])

Se ha sostenido que el fundamento de la norma reside en que si la parte hubiera sabido dicha circunstancia, no habría transado. Por nuestra parte, pensamos que el fundamento es otro: la nulidad de la transacción no se funda en el supuesto error (de hecho o de derecho) en que habría incurrido la parte, sino en la falta de causa. Ejemplo: creyéndome, por un error, heredero de una persona fallecida, llego a una transacción con uno de sus acreedores. El acto será nulo porque en realidad yo no debía nada; la obligación que yo he contraído carece de causa.

b) Si, al celebrarla (a la transacción), una de las partes ignora que el derecho que transa tiene otro título mejor (art. 1647, inc. b])

La norma, algo confusamente, parece referirse al siguiente supuesto: una de las partes tiene un mejor título que el que ha invocado sobre el derecho controvertido, pero lo ignora. Podría invocarse como fundamento de la norma el error de hecho esencial, como vicio de la voluntad (art. 265). Sin embargo, pensamos que es otra hipótesis de falta de causa, pues la existencia de un mejor derecho deja sin causa el derecho alegado por quien ha transado. De todos modos, para resolver el problema, no podrá prescindirse de la buena o mala fe de la otra parte.

c) Si (la transacción) versa sobre un pleito ya resuelto por sentencia firme, siempre que la parte que la impugna lo haya ignorado (art. 1647, inc. c))

La solución es lógica, porque no habría ya acciones litigiosas o dudosas. Bien entendido que para que la nulidad funcione es preciso: a) que no exista ya recurso contra la sentencia, pues mientras los hubiere la transacción es posible; son frequentísimas las transacciones celebradas después de dictada la sentencia de primera instancia y cuando ella se encuentra en apelación; b) que la parte interesada en la nulidad haya ignorado la sentencia que había concluido el pleito; porque si la conocía, el contrato posterior será válido, ya no como transacción (pues no hay derechos litigiosos o dudosos), sino como renuncia de derechos, remisión parcial de deudas, novación, etcétera.

En cambio, los errores aritméticos en que hubieran incurrido las partes no obstan a la validez de la transacción, pero las partes tienen derecho a obtener la rectificación correspondiente (art. 1648).

Finalmente, hay que señalar que es necesario diferenciar si la nulidad que afecta a la transacción es absoluta o relativa. En efecto, si la obligación transada adolece de un vicio que causa su nulidad absoluta, la transacción es inválida. Si, en cambio, es de nulidad relativa, y las partes conocen el vicio y tratan sobre la nulidad, la transacción es válida (art. 1645), porque en definitiva es un supuesto de confirmación.

CAPÍTULO XLV - CONTRATO DE ARBITRAJE

1357. Introducción

Los conflictos y desacuerdos son moneda diaria en la interacción humana, y mucho más en el campo de los negocios. El orden social no tiende a hacer desaparecer el desacuerdo o el conflicto, sino a instrumentar los medios de superarlos, con el fin de asegurar un grado razonable de equilibrio entre los miembros de la sociedad y una adecuada paz social.

El arbitraje fue un medio de solución de conflictos desde los inicios de la *lex mercatoria*, una forma práctica y pragmática de solucionar los diferendos en ferias y mercados a poco de la caída del Imperio Romano. De allí que CHIOVENDA expresara que el arbitraje no es un mero resultado del pasado, pero tampoco es una panacea, ni un anticipo de mejor justicia futura. Es una herramienta útil y efectiva para obtener una decisión de equidad en cualquier controversia sobre derechos disponibles.

El arbitraje ha sido definido como una institución de justicia privada por la cual los litigios son sustraídos a las jurisdicciones de derecho común para ser resueltos por individuos especializados e investidos de la misión de juzgarlos de conformidad con principios generales, usos y costumbres previamente acordados.

Tenido en cuenta en las Ordenanzas de Bilbao primero, y luego regulado en el Código de Comercio de España de 1829, nuestro Código de Comercio de 1862 receptó en los artículos 448 y 449 la solución arbitral para todas las cuestiones que se suscitaban entre socios con motivo del funcionamiento de la sociedad, disolución, liquidación o partición. También el Código Civil de Vélez preveía el sometimiento de ciertas cuestiones al juicio de árbitros (art. 2706) o establecía consecuencias por tal sometimiento (arts. 2113, 3324, 3988), o lo prohibía (arts. 3383, 3390). En otros casos, fijó la necesidad de otorgar poder especial para comprometer en árbitros una cuestión y sus límites (arts. 1881,

inc. 3º, y 1882). Finalmente, establecía dos casos en los que se necesitaba la decisión arbitral: a) para fijar la parte del socio industrial, cuando los socios no la acordaban y la prestación de los socios capitalistas era de partes desiguales (art. 1781), y b) para fijar la remuneración por el trabajo o servicio que una persona prestara, siempre que se tratase de un trabajo o servicio que fuese de su modo de vivir, cuando las partes no hubieren acordado el precio (art. 1627), aunque respecto de este último caso existió un antiguo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal que remitió el conflicto a sede judicial.

De todos modos, como puede apreciarse, no hubo un desarrollo legislativo metódico del arbitraje. La [ley 5177](#) de la provincia de Buenos Aires, en su artículo 19, estableció como función de los Colegios de Abogados la aplicación del arbitraje para la solución de controversias.

En el derecho comparado es de destacar la creación, en 1926 en los Estados Unidos, de la American Arbitration Association, y la adopción por UNCITRAL (CNUDMI) en el año 1977 de reglas sobre arbitraje en los negocios internacionales (UNCITRAL Rules) que se transformaron luego en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (modificadas en el año 2006), normas que fueran precedidas por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958).

Acertadamente ha dicho VIÑALS BLAKE, citando a HABSCHEID, que "el Estado de Derecho entiende que la jurisdicción no debe ser necesariamente un asunto exclusivamente suyo. Antes bien permite en una muy extensa medida el ejercicio de la jurisdicción por personas privadas: árbitros y amigables componedores".

1358. Distintas clases de arbitraje

Antes de ingresar en el análisis de las normas del Código Civil y Comercial, es importante distinguir dos tipos de arbitraje: el arbitraje *libre* o *ad hoc* y el arbitraje *institucional*.

En el primero, las partes deben acordar la *cláusula compromisoria* del arbitraje, pero además deben celebrar el *compromiso arbitral* que contendrá todos los recaudos que vayan desde la designación de árbitros, el procedimiento, plazo para laudo, recursos, etcétera.

En el segundo —arbitraje *institucional*— las partes, que conocen la existencia de una entidad especializada que dispone de un tribunal y un procedimiento específico, solo deben acordar la cláusula compromisoria para someter los conflictos derivados del contrato a esa entidad, pues por las características que hemos mencionado de esta última, el compromiso arbitral resulta innecesario.

En este sentido, haciendo especial referencia al arbitraje institucional, el artículo 1657 dispone que *las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje*.

También debemos distinguir dos sistemas de administrar el arbitraje: por medio de árbitros arbitradores o árbitros *iuris*, o bien por medio de árbitros amigables componedores.

En el primer caso, los árbitros arbitradores o *iuris* actuarán y decidirán en su laudo las cuestiones litigiosas según el derecho vigente, excluyendo la competencia de los tribunales judiciales.

En el segundo caso, los árbitros *amigables componedores* pueden decidir el caso prescindiendo de toda norma jurídica y se lo conoce como arbitraje de equidad, excluyendo también la competencia de los tribunales ordinarios. El laudo que dicten no

será necesariamente conforme a cánones legales, sino según el leal saber y entender del árbitro, tomando su decisión sin alegar fundamento jurídico alguno y decidiendo sobre la base de la "verdad sabida y la buena fe guardada", procurando una justa y equitativa composición de los intereses en juego, y sin sujetarse al rigor de las leyes al laudar.

El arbitraje libre o el arbitraje institucional pueden llevarse adelante como arbitraje *iuris* o en calidad de amigables componedores.

En este sentido, el Código ha hecho hincapié en ambas posibilidades, estableciendo que *pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de derecho* (art. 1652).

Llama la atención esta disposición, pues precisamente nuestra Corte Suprema de Justicia ha expresado, con igual criterio tradicional de la doctrina, que no apareciendo de los términos de la cláusula o compromiso si se ha querido designar árbitros *iuris* o "amigables componedores", se debe presumir esto último.

El Código, en este aspecto, ha optado por seguir la línea de la Ley Modelo de UNCITRAL cuyo criterio (art. 28, apart. 3º) es que, en caso de duda u oscuridad, se debe entender árbitros *iuris*. La norma modelo indica también que el tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

Debemos hacer notar que la norma comentada (art. 1652) contradice —y deja sin efecto— lo dispuesto por el artículo 766, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (t.o. ley 25.488) que establece que *si nada se hubiese estipulado en el compromiso acerca de si el arbitraje ha de ser de derecho o de amigables componedores, o si se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se entenderá que es de amigables componedores*.

También puede darse el caso de arbitraje *unipersonal* o bien de arbitraje *pluripersonal* (usualmente un tribunal integrado por un mínimo de tres árbitros y siempre de número impar), aspecto regulado por el artículo 1659, que dispone: *El tribunal arbitral debe estar compuesto por uno o más árbitros en número impar. Si nada se estipula, los árbitros deben ser tres. Las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros*.

Si no hubiere acuerdo sobre el procedimiento para la designación de los árbitros, el artículo 1659 dispone:

a) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra un árbitro y los dos árbitros así designados nombran al tercero. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días de recibido el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación debe ser hecha, a petición de una de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial.

b) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste debe ser nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial.

Si el conflicto involucrara más de dos partes y estas no pueden llegar a un acuerdo sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, la entidad administradora del arbitraje, o en su defecto, el tribunal judicial debe designar al árbitro o los árbitros (art. 1659, párr. final).

El arbitraje, sea un arbitraje *iuris*, sea de amigables componedores, permite la elección de los más aptos con respecto al conflicto y la cuestión debatida, exhibiendo muy particulares características de inmediatez, especialidad, confidencialidad, celeridad, economía y flexibilidad de formas.

Finalmente, debe señalarse que es nula la cláusula que confiera a una de las partes una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros (art. 1661), pues resulta imprescindible mantener el equilibrio entre las partes.

1359. Naturaleza jurídica

El arbitraje suele considerarse como un instituto en donde converge la naturaleza contractual —pacto de arbitraje— y la naturaleza jurisdiccional.

Sea por vía de cláusula compromisoria, sea por vía del compromiso arbitral en su caso, el arbitraje surge siempre de un acuerdo de voluntades (si bien existen casos de arbitraje legal en la Argentina, como lo era la estipulación ya vista del derogado Código de Comercio respecto de los conflictos entre socios). Este carácter contractual se advierte en distintos aspectos: a) en la relación interpartes, y b) en la relación parte-árbitro, ya que el artículo 1662 expresamente indica que el árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes.

Por otra parte, su naturaleza jurisdiccional surge al encomendarse a un tercero la misión jurisdiccional de juzgar y decidir —laudo mediante— una controversia, excluyendo la competencia de los tribunales judiciales (art. 1656, párr. 1º).

De allí entonces que podamos válidamente entender que se trata de una institución de naturaleza mixta, en la que convergen las características de ser contractual, a la par que jurisdiccional.

1360. Definición legal del contrato de arbitraje

El Código Civil y Comercial ha atendido la problemática del arbitraje y, en tal sentido, ha efectuado una puntillosa regulación desde el punto de vista contractual.

Así, comienza por definir al contrato de arbitraje, estableciendo que *hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público* (art. 1649).

Si bien en los fundamentos del correspondiente Anteproyecto de Código se expresa que la fuente de la normativa ha sido en Código Civil de Quebec, la Ley Modelo de UNCITRAL y la regulación francesa de 2011, no debe olvidarse a la Convención de New York de 1958 como tal. Nos limitaremos a recordar que la normativa de UNCITRAL entiende que el *acuerdo de arbitraje* es aquel por el cual las partes someten a arbitraje todas las controversias que surjan o puedan surgir entre ellas respecto de una o varias relaciones jurídicas, contractuales o no contractuales, pudiendo adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (compromiso arbitral). En conclusión, será un contrato de arbitraje aquel en virtud del cual las partes se obligan a someter determinadas controversias a arbitraje, sustrayendo el conflicto de la competencia de los tribunales judiciales ordinarios.

1361. Controversias excluidas

El Código Civil y Comercial ha limitado el ámbito de aplicación del contrato de arbitraje, excluyendo determinadas controversias insusceptibles de someterse al arbitraje como indica el artículo 1651, que ajeniza del campo del arbitraje a ciertas materias en donde básicamente se encuentra comprometido el orden público y el interés general.

Se excluyen así las siguientes materias:

- a) Las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas;
- b) Las cuestiones de familia;
- c) Las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores;
- d) Los contratos por adhesión cualquiera que sea su objeto;
- e) Las derivadas de relaciones laborales, pues la [ley 18.345](#) dispone la improrrogabilidad de la jurisdicción laboral.

Concluye el artículo 1651 estableciendo que las disposiciones del Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

1362. Forma

El contrato de arbitraje se encuadra como un acuerdo formal, ya que el artículo 1650 dispone que *el acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento*.

En este sentido, también deben entenderse más amplias las disposiciones de la Ley Modelo de UNCITRAL, pues si bien establece que debe constar por escrito, ello puede emerger tanto de un documento firmado por las partes, de un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo; puede también surgir de un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra; e, incluso, será una forma escrita de contrato de arbitraje, *la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato*.

Este último criterio resaltado es también el adoptado por el artículo 1650, en su segundo párrafo.

De conformidad con lo que surge del mencionado artículo 1650, cabe entender que la forma escrita o el vínculo contractual, puede surgir de:

a) Una cláusula compromisoria, que es aquella por la cual las partes deciden someter todos o algunos aspectos del contrato en el que se inserta al arbitraje, sustrayendo de su conocimiento a los jueces naturales, teniendo así un doble carácter: i) el de una convención como acuerdo especial y ii) como pacto procesal, pues su efecto es producir consecuencias procesales al derogar la jurisdicción normal y traer la incompetencia de los jueces ordinarios, atribuyendo jurisdicción a los árbitros o amigables componedores.

b) Un acuerdo independiente o compromiso arbitral, que es aquel en el que las partes fijan todas las cuestiones relativas al arbitraje, elección de árbitros, tipo de proceso, término de prueba, plazo de laudo, recursos, etcétera.

c) Un estatuto o reglamento, específicamente referido a los arbitrajes institucionales, en el que existe una entidad especializada que dispone de un estatuto o reglamento con tribunal y procedimiento específico.

d) Su incorporación por referencia. Tal como expresamos, el artículo 1650 ha establecido como otra forma en que puede concretarse el contrato de arbitraje, la de su inclusión por referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria. Ello constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato *conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato*, lo que fija sus recaudos en dos aspectos: que conste por escrito en algún contrato y que la referencia citada implique que la cláusula arbitral forma parte del contrato.

1363. Cláusulas facultativas

Con un exceso de reglamentarismo, el artículo 1658 incorpora algunas cláusulas facultativas que pueden convenirse en el contrato de arbitraje, tales como:

a) La sede del arbitraje

La sede donde se llevará a cabo el arbitraje —sin perjuicio de que alguna prueba se desarrolle en otro lugar o jurisdicción— puede pactarse en el acuerdo o bien dejarse a la determinación del árbitro o del tribunal. Tiene su importancia, ya que en el caso de tratarse de un arbitraje de derecho y no haber las partes acordado la ley aplicable, la sede determinará la norma de fondo aplicable al conflicto y eventualmente el idioma, como veremos.

b) El idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento

El idioma del contrato y de las partes tiene su importancia, pues facilita la interpretación y comprensión del acuerdo, del procedimiento, las audiencias a celebrarse, etcétera.

Vale recordar que el Acuerdo de Arbitraje del Mercosur dispone que "a falta de estipulación expresa de las partes el idioma será el de la sede del tribunal arbitral".

c) El procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. El principio de autonomía de la voluntad propio del campo contractual se nota claramente en esta disposición, por lo cual de no preverse este procedimiento, queda facultado el tribunal para fijar su modo de actuación y demás recaudos procedimentales.

d) El plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo

Si no se ha pactado el plazo, rige el que establezca el reglamento de la entidad administradora del arbitraje, y en su defecto el que establezca el derecho de la sede. El plazo para laudar es de suma importancia, pues en caso de renuncia a los recursos contra el laudo, uno de los recursos irrenunciables es el de nulidad por laudar fuera de plazo o del término.

e) La confidencialidad del arbitraje

Es de uso y costumbre la confidencialidad del arbitraje, aspecto que lo distingue del procedimiento judicial. Es importante pues, en muchos casos, pueden estar discutiéndose patentes, fórmulas, procedimientos o relaciones que, de hacerse públicos, podrían generar afectación a alguna o a ambas partes. De allí que un pacto de confidencialidad es de suma relevancia y absolutamente recomendable en este tipo de solución de conflictos.

f) El modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje

Sin perjuicio del principio de vencimiento (conf. art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com.), nada impide que se pacte una distribución específica (o por su orden) de los costos y costas del arbitraje.

1364. Autonomía y competencia

Dispone el artículo 1653 que *el contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.*

Este principio nos informa que el contrato o compromiso arbitral es autónomo respecto del contrato en el que se lo incorpora. La nulidad o ineficacia del acuerdo donde se inserta la cláusula arbitral no afecta a esta, la cual tiene existencia propia y efectos

particulares, asegurándose así su vigencia como instrumento de superación de conflictos, principio este que se sustenta en la Ley Modelo de UNCITRAL que en su artículo 16.1 señala que una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. Esta pauta ha sido receptada en el Reglamento de la misma, que en su artículo 23.1 se expresa en términos similares, y por la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa donde se señaló que la cláusula compromisoria presenta siempre una autonomía jurídica, excluyéndose que pueda verse afectada por los elementos del contrato donde reside, permitiendo prevalecerse de esta, incluso cuando el contrato firmado por las partes no ha podido entrar en vigor.

Se resalta también en función de esa misma autonomía un principio de mucha importancia en el campo del arbitraje, que es el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, criterio que plasmó la Ley Modelo de UNCITRAL en su artículo 16, al expresar que el tribunal arbitral tiene facultad para resolver sobre su propia competencia, incluyendo la resolución de excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. Este principio tiene sustento en el principio de autonomía y ha sido receptado también por el Código Civil y Comercial cuando dispone que *excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia* (art. 1654).

La jurisprudencia ya había resaltado y aceptado este principio de "competencia de la competencia", o sea, dar competencia a los árbitros para decidir sobre su propia jurisdicción (CCom. Cap. Fed., 16/11/1948, LL 54-106; CNCom., sala A, 27/8/1999, LL 2000-C-926).

1365. Dictado de medidas previas y cautelares

Ambos aspectos han sido materia de discusión doctrinaria y de fallos jurisprudenciales, de allí que el Código Civil y Comercial dispone que *el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante* (art. 1655, párr. 1º).

Ahora bien, dado que a los árbitros se les reconoce jurisdicción pero no *imperium*, la ejecución de las medidas cautelares y, en su caso, de las diligencias preliminares, se debe hacer por la vía del tribunal judicial (art. 1655, párr. 2º, 1ª parte), en un trámite propio de la ejecución de sentencias, que se legisla en los artículos 499 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en otros ordenamientos procesales locales.

El artículo 1655, segundo párrafo, establece además una *jurisdicción y competencia concurrente*, pues indica que las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral, y sin que ello importe excluir poderes de los árbitros.

Si bien el párrafo final del artículo que venimos glosando habla de la posibilidad de impugnar las medidas previas o preliminares, entendemos que ello incluye también a las medidas cautelares. En tal sentido, estas medidas (previas o cautelares) adoptadas por los árbitros podrán ser impugnadas judicialmente si violaran derechos constitucionales, fueran arbitrarias o irrazonables.

Tanto la posibilidad de solicitar medidas previas o cautelares al árbitro o al tribunal arbitral es plena de las partes y solo quedará excluida si expresamente así surge de la cláusula compromisoria o del compromiso arbitral, pues ello surge de la expresión *excepto estipulación en contrario*, que contiene la primera parte del artículo 1655.

1366. Calidad y obligaciones de los árbitros

Conforme con lo que dispone el artículo 1660, puede actuar como árbitro cualquier persona con plena capacidad civil. No obstante, las partes pueden estipular que los árbitros reúnan determinadas condiciones de nacionalidad, profesión o experiencia.

Respecto de sus obligaciones y sin perjuicio de aquellas que pudieran surgir del compromiso arbitral al cual también se someten los árbitros, el Código ha establecido una serie de pautas legales a las cuales debe el árbitro, los árbitros o el tribunal ajustar su conducta y su cometido.

Así, dispone el artículo 1662 que el árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes y se obliga a:

a) *Revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad* en el caso a laudar.

b) *Permanecer en el tribunal arbitral hasta la terminación del arbitraje, excepto que justifique la existencia de un impedimento o una causa legítima de renuncia.* La terminación del arbitraje no concluye con el laudo sino que continúa su tarea en la decisión de cuestiones aclaratorias del mismo o frente a planteos de nulidad o revisión. En tal sentido, es claro el Código cuando establece en el artículo 1665 que *la competencia atribuida a los árbitros por el contrato de arbitraje se extingue con el dictado del laudo definitivo, excepto para el dictado de resoluciones aclaratorias o complementarias conforme a lo que las partes hayan estipulado o a las previsiones del derecho de la sede.*

c) *Respetar la confidencialidad del procedimiento,* punto esencial propio del arbitraje y de la cual solo puede ser eximido por expreso acuerdo de todas las partes involucradas o si advierte la comisión de un delito penal.

d) *Disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje.*

e) *Participar personalmente de las audiencias,* pues como hemos expresado, uno de las características del arbitraje es su inmediatez.

f) *Deliberar con los demás árbitros* para el dictado de las resoluciones de trámite y del mismo laudo, sin que ello implique que deba emitir su voto por separado, pues puede adherir al voto de otro árbitro.

g) *Dictar el laudo motivado y en el plazo establecido,* fuere que se trate de un arbitraje *iuris* o *ex aequo et bono*, pues en ambos casos debe fundarse el laudo dictado.

La norma legal, en su párrafo final, resalta que en todos los casos los árbitros deben garantizar la igualdad de las partes y el principio del debate contradictorio, así como que se dé a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

1367. Recusación de los árbitros

Los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces de acuerdo con el derecho de la sede del arbitraje; tal lo dispuesto por el artículo 1663.

La norma añade que la recusación deberá ser resuelta por la institución de la que depende el tribunal de arbitraje o entidad administradora del arbitraje (en el caso de arbitraje institucional) o, en su defecto, por el tribunal judicial competente en la sede del arbitraje y —en su caso— en razón de la materia que conforma la *litis* laudable.

Las partes pueden convenir que la recusación sea resuelta por otros árbitros, ya sean del mismo tribunal, ya sean especialmente designados.

1368. Honorarios de los árbitros

De conformidad con lo determinado por el artículo 1664, las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios de estos o el modo de determinarlos.

Si no lo hicieran, la regulación se hace por el tribunal judicial correspondiente a la sede del arbitraje, de acuerdo con las reglas locales aplicables a la actividad extrajudicial de los abogados, fuere el arbitraje de derecho o de amigables compondores.

1369. Recursos contra el laudo. Revisión

Es usual que en los compromisos arbitrales, en cláusulas compromisorias y diversos reglamentos de tribunales arbitrales institucionales, se renuncie a los recursos de reposición y de apelación.

De allí que el artículo 758 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (al igual que otros ordenamientos procesales) dispone que contra el laudo podrán interponerse los recursos admisibles contra las sentencias judiciales, *si no hubieren sido renunciados en el compromiso*.

Coincidentemente, el artículo 760, del citado Código Procesal, dispone que la renuncia de recursos no obstará a la admisibilidad de los de aclaratoria y de nulidad fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos. En este caso la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuera divisible.

Este régimen ha sido conmovido por el último párrafo del artículo 1656 que dispone que *los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico*.

Es importante advertir que una de las ventajas del arbitraje y su carácter autónomo en el derecho comparado es la línea que pauta la limitación a la revisión judicial del laudo (salvo la aclaratoria y la nulidad por las limitadas causales vistas), ya que una amplia recurribilidad rompe con la celeridad imperante en el tráfico mercantil, pues en el contrato de arbitraje se tiene como fin que la decisión del laudo sea una resolución final y no que, luego de emitido el laudo, se plantee su revisión ante la justicia ordinaria.

Esta línea restrictiva de los recursos contra el laudo se vio alterada en el mes de junio de 2004, por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "José Cartellone Construcciones SA c. Hidronor SA" (Fallos 327:1881), donde se admitió que los tribunales argentinos pueden examinar cuestiones de fondo de los laudos arbitrales locales, aun cuando las partes hayan renunciado al derecho a apelar.

Pensamos que esta revisión judicial que se instaura por "causales de nulidad total o parcial según las disposiciones generales del Código Civil y Comercial" y por ser "contrario al ordenamiento jurídico", viola el principio de autonomía procesal, sobre todo en razón de lo laxo y amplio de las causales de revisión que señalamos. Podemos enunciar que el principio de "competencia de la competencia" de los árbitros puede encontrar una barrera al encontrarse —de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1656, tercer párrafo— sujeto a posterior revisión judicial. Y, además, puede consignarse que existe cierta contradicción entre este párrafo de la norma y el anterior, el cual consagra que en caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje. En efecto, esa mayor amplitud no condice con la facultad revisora que luego se otorga a los tribunales judiciales.

1370. Antecedentes. Definición

El fideicomiso tuvo su origen en el derecho romano, pero se enriqueció y asumió distintas modalidades en el *common law*. Su nombre deriva de *fiducia*, que significa fe, confianza.

En esencia, el contrato de fideicomiso es un convenio por el cual una persona transmite a otra la propiedad de ciertos bienes o activos, obligándose el que los recibe a administrarlos bien y fielmente por cierto tiempo, al cabo del cual debe entregarlos a la persona indicada en el contrato que puede ser un tercero o el primer transmitente.

El contrato de fideicomiso —además de ser la contribución más característica y valiosa proporcionada por el derecho angloamericano al derecho en general— encuentra fundamento y caracterización suficiente en ese deber de lealtad, habiéndose aplicado primero a sistemas de venta a crédito como sustituto de la prenda o hipoteca.

Posteriormente se lo adoptó con respecto a usos, contratos o comisiones de confianza, y alcanzó especial importancia en otras materias, como la propiedad horizontal, fondos de inversión, etcétera.

El Código Civil de Vélez previó el fideicomiso en el artículo 2662, pero no lo reglamentó. El fiduciario no tenía autorización para dar en usufructo los bienes fideicomitidos (art. 2841) y, por tanto, tampoco para disponer de ellos, a diferencia del legislado posteriormente en 1995 por la ley 24.441, que expresamente le concedió esos derechos, reglamentándolo minuciosamente, lo que marcó una diferencia sustancial.

La [ley 26.994](#) derogó la [ley 24.441](#) y trasladó la regulación del fideicomiso al Código Civil y Comercial, que en los artículos 1666 y siguientes fijó el actual régimen de este contrato, disponiendo que *hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.*

1371. Caracteres

Los caracteres que este contrato exhibe son los siguientes:

a) Es un contrato *bilateral* (art. 966), pues genera obligaciones recíprocas para el constituyente (fiduciante) y para el administrador (fiduciario). El primero entrega bienes o activos y el segundo —a cambio de una remuneración— debe administrarlos de acuerdo con lo acordado.

b) Es un contrato *oneroso* (art. 967), ya que el beneficio que procura a una de las partes no le es concedido sino por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra.

c) Es un contrato *formal*, aunque de una formalidad *ad probationem* (art. 969), pues si bien puede documentarse por instrumento público o privado, requiere de inscripción en el Registro Público y un determinado contenido y plazo que la ley indica. Además, para su constitución, puede requerir escritura pública u otras formas determinadas, según la naturaleza de los bienes fideicomitidos.

¿Qué ocurre si no se cumple con la formalidad de instrumento público, en los casos en que ella es exigida? El contrato valdrá como promesa de otorgar el instrumento público (art. 1669, 2ª parte).

Finalmente, cabe señalar que es posible incorporar bienes que requieran de su formalización a través de instrumento público, luego de celebrado el contrato. En este caso, *es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiendo transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso* (art. 1669, 3ª parte).

Un tema complejo es la oponibilidad del fideicomiso a terceros. En efecto, el Código Civil y Comercial se limita a establecer la necesaria inscripción registral del contrato de fideicomiso (art. 1669). Si se trata de un fideicomiso que tenga por objeto bienes registrables, no hay problemas: la inscripción deberá practicarse en el lugar que corresponda a esos bienes. Pero la cuestión se complica en los supuestos en los que el fideicomiso tenga por objeto bienes no registrables, debiendo añadirse que no se ha creado un registro especial de fideicomiso. En este caso, teniendo en cuenta que se ha establecido que la inscripción se haga en el Registro Público que corresponda, es razonable afirmar que deberá practicarse en el lugar en que se encuentren los bienes.

El cumplimiento de los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos es esencial para que el carácter fiduciario de la propiedad tenga efectos frente a terceros (art. 1683).

d) Es generalmente un contrato *de tracto sucesivo*, pues existe periodicidad en la administración, en la percepción de la remuneración y a veces también en las daciones a los beneficiarios, las cuales no se agotan en un solo instante.

e) Es un contrato *nominado* (art. 970), ya que fue originariamente regulado en la [ley 24.441](#) y actualmente en el Código Civil y Comercial (arts. 1666 y ss.).

f) Es usualmente un contrato utilizado en operaciones bancarias y financieras a la vez que en el campo inmobiliario.

1372. Las partes

Los sujetos intervinientes en el contrato de fideicomiso son:

a) El *fiduciante*, es la parte que transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes o activos determinados, quien no aparece regulado en particular como lo han sido los otros sujetos intervinientes en la sección 2ª, del capítulo XXX, Libro Tercero, del Código Civil y Comercial. Esta parte debe ser el titular de los bienes dados en fideicomiso, por lo que si se tratara de bienes gananciales o activos registrables en el régimen de comunidad, o de la vivienda familiar y de sus muebles indispensables en cualquiera de los regímenes patrimoniales del matrimonio, deberá contar con el asentimiento conyugal conforme con lo que imponen los artículos 470 y 456 de nuestro Código.

b) El *fiduciario* es el sujeto a quien se transfieren los bienes y que está obligado a administrarlos con la prudencia y diligencia propias del buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Puede ser cualquier persona humana o jurídica, pero nadie puede ofrecerse al público para actuar como fiduciario a menos que se trate de entidades financieras autorizadas a funcionar como tales o las personas jurídicas que autorice el organismo de control de los mercados de valores (art. 1673). A diferencia del sistema dispuesto por la ley 24.441, el Código Civil y Comercial establece que el fiduciario puede ser beneficiario, pero en tal caso, deberá evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato antes que el propio (art. 1673, párr. final), siendo de aplicación analógica el artículo 159, *in fine*.

c) El *beneficiario* es la persona en cuyo beneficio se ha instituido el fideicomiso, sin ser necesariamente el destinatario final de los bienes. Por ejemplo: un fideicomiso en que el fiduciante transfiere bienes al fiduciario para que éste los administre y pague con sus rentas los gastos de educación de un pariente menor de edad del fiduciante.

Beneficiarios pueden ser una o varias personas humanas o jurídicas; inclusive, pueden ser personas que no existan en el momento de celebrarse el contrato, siempre que consten los datos que permitan su individualización futura (art. 1671). Este último caso es una hipótesis excepcional que, sin embargo, puede darse. Así ocurre, por ejemplo, si el fideicomiso se instituye para generar un premio que se deberá entregar todos los años al alumno que obtenga el mejor promedio de su promoción en determinada carrera en determinada institución.

Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario (art. 1671, párr. 1º).

Puede darse el supuesto de que existan varios beneficiarios, en cuyo caso todos se benefician por igual, salvo disposición en contrario al constituirse el fideicomiso; asimismo, para el caso de que el primer designado no acepte o renuncie al beneficio, se puede establecer el derecho de acrecer de los demás o puede designarse beneficiarios sustitutos (art. 1671, párr. 2º).

Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegare a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante (art. 1671, párr. 3º).

Como principio, el derecho al beneficio puede transmitirse por actos entre vivos o de última voluntad, salvo que el fiduciante haya dispuesto lo contrario en el contrato. Si el fallecimiento extingue el derecho del beneficiario designado, se aplican las pautas anteriores (art. 1671, párr. 4º).

d) El *fideicomisario*, que es la persona a quien se transmite la propiedad de los bienes o de los activos al concluir el fideicomiso, o sea, que es el destinatario final de ellos (art. 1672). Puede ser fideicomisario el fiduciante, el beneficiario o una persona distinta de estas. Normalmente, el beneficiario y el fideicomisario son una misma persona; ocurre, por ejemplo, en el caso de que se constituya un fideicomiso a favor de un menor, disponiéndose que con las rentas se paguen sus gastos de alimentación y educación hasta llegar a la mayoría de edad, y que cumplida esta, se le entreguen los bienes en dominio pleno. Pero puede ocurrir que no sea la misma persona. Ejemplo: se establece que con las rentas de los bienes se paguen los gastos de un menor hasta llegar a la mayoría de edad y que, cumplida esta, se entregue el pleno dominio de los bienes a una tercera persona.

Como expresa la norma, el fideicomisario puede ser inclusive el propio fiduciante. Ejemplo: una persona que posee un cuantioso patrimonio y que se encuentra enfermo o fatigado de atender sus negocios, da en fideicomiso a una persona de su confianza determinados bienes para que los administre y le entregue sus rentas y, al final del plazo convenido, le devuelva el pleno dominio. Incluso, si se omitiera la designación de fideicomisario, resulta razonable admitir que sea el propio fiduciante, pues el artículo 1672, párrafo tercero, establece que el fiduciante es el fideicomisario cuando ninguno de los designados acepta, o todos renuncian o no llegaren a existir.

En cambio, no resulta posible que el fiduciario sea, a su vez, fideicomisario (art. 1672, párr. 1º, *in fine*).

1373. Distintos tipos de fideicomiso

En la operatoria desarrollada por este contrato podemos encontrar distintos tipos o formas de fideicomiso. En especial podemos decir que son las entidades financieras las que incorporan el fideicomiso como una relación accesorio a su función de intermediación en el crédito, desarrollando las distintas modalidades de fideicomiso y cuya diversidad atiende tanto a los intereses de los constituyentes y titulares de los bienes, como a los de las entidades financieras o terceros acreedores.

Estas distintas alternativas que genera el fideicomiso son:

a) El fideicomiso de *administración*: el fiduciante entrega determinados bienes al fiduciario para que éste los administre en beneficio de terceros o del propio fiduciante. Puede decirse que es el fideicomiso clásico o típico, y que responde a la idea del fiduciante de liberarse de la administración de sus bienes, sea por razones de edad, de ocupación o simplemente por comodidad.

b) El fideicomiso de *garantía*: tiene como presupuesto necesario la existencia de una deuda del fiduciante al fiduciario, encontrando su fundamento en la conveniencia de respaldar el cumplimiento de esa obligación contraída, garantizando así su cumplimiento. El deudor (fiduciante) le entrega determinados bienes al fiduciario (que puede ser o no el acreedor), para que éste se cobre su crédito con las rentas que ellos produzcan o bien los enajene al cumplimiento del plazo y se cobre (o pague al tercero, generalmente un banco) con el importe de la venta, devolviéndole el saldo —si lo hay— al fiduciante.

c) El fideicomiso de *inversión*: constituye una modalidad con el que se procura un rendimiento de los bienes, que se optimiza por el manejo profesional que realiza generalmente un banco o entidad financiera.

d) El fideicomiso *testamentario*: tiene por finalidad posibilitar que el fiduciario reciba a la muerte del fiduciante la totalidad o una parte de sus bienes o bienes determinados, con el objeto de destinarlos a cierta finalidad o para beneficiar a personas determinadas, sin poder afectar la legítima (art. 2493). Expresamente el artículo 1700 condena por nulo el fideicomiso constituido con el solo fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitado para ser transmitido únicamente a su muerte, a otro fiduciario de existencia actual o futura.

e) El fideicomiso *financiero*: del que nos ocuparemos más adelante (ver nros. 1381 y ss.).

1374. Contenido, objeto, plazo y condición

De conformidad con lo que dispone el artículo 1667, el contrato de fideicomiso debe contener los siguientes elementos:

a) *Individualización de los bienes objeto del contrato*. En caso de no ser posible tal determinación a la fecha de la celebración del contrato, constará la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes o activos objeto del contrato. La exigencia de la individualización significa que las cosas fungibles no pueden ser objeto de este contrato, salvo que determinadas cosas fungibles estén físicamente individualizadas, como, por ejemplo, serían las monedas de oro que se encuentran en una caja fuerte. También pueden serlo los derechos intelectuales. Dispone el artículo 1670, en particular, que podrán ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras.

b) *Determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso*. Por ejemplo, los frutos naturales o civiles que produzcan los bienes fideicomitados.

c) *Plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria*. Sin embargo, de conformidad con lo determinado por el artículo 1668, el plazo nunca podrá durar más de treinta años desde la celebración del contrato, a menos que el beneficiario fuere un incapaz o de capacidad restringida, en cuyo caso podrá durar hasta su muerte o hasta el cese de su incapacidad.

El *plazo máximo* de treinta años se justifica, porque un desdoblamiento indefinido en el tiempo de las atribuciones propias del derecho de dominio (por una parte, un dominio perpetuo, por la otra, un dominio fiduciario —art. 1682—), conduciría a admitir un nuevo derecho real que solo crearía inseguridad. En caso de excederse el plazo de treinta

años previsto, el tiempo del fideicomiso se reduce al máximo permitido (art. 1668, párr. 2º).

En cuanto a la condición a la que alude el artículo 1668, párrafo tercero, ella puede ser resolutoria o suspensiva (por ej., el fideicomiso durará mientras el fiduciario viva en Buenos Aires o comenzará una vez que se coseche la soja actualmente sembrada en el inmueble fideicomitado). Pero, además, abarca la hipótesis de que el contrato imponga algunas limitaciones a los derechos del fiduciario, siempre que no desvirtúen la naturaleza de la institución. Así, el contrato puede establecer que el fiduciario no pueda disponer o gravar los bienes fideicomitados sin consentimiento del fiduciante (art. 1688).

d) *Identificación del o de los beneficiarios*, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671 (véase nro. 1372.c).

e) *Destino de los bienes a la finalización del fideicomiso* (art. 1667, inc. e]) con indicación del o de los fideicomisarios a quien deben transmitirse los bienes o activos al concluir el fideicomiso o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1672 (véase nro. 1372.d).

f) *Derechos y obligaciones del fiduciario y modo de sustituirlo, si cesa* (art. 1667, inc. f]). Esta disposición tiene más bien el sentido de un consejo que de un requisito, pues si el contrato nada dijera sobre tales derechos y obligaciones y sobre el modo de sustitución, no se afecta la validez del contrato, puesto que ellos están ya dispuestos en la ley (arts. 1674 a 1679).

1375. Efectos del fideicomiso

El efecto esencial del fideicomiso es la constitución de un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante, del fiduciario, del beneficiario y del fideicomisario (art. 1685, párr. 1º). Tanto es así que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo son satisfechas con los bienes fideicomitados. Incluso, tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario, excepto compromiso expreso de estos. Demás está decir que lo expuesto no impide la responsabilidad del fiduciario por aplicación de los principios generales si así correspondiere (art. 1687, párrs. 1º y 2º).

Este patrimonio fiduciario está integrado por los bienes y activos objeto del contrato (art. 1682), por los frutos naturales o civiles de los bienes fideicomitados y por los bienes que adquiera con esos frutos o productos o por subrogación real de todos esos bienes (art. 1684, párr. 2º), produciendo efectos frente a terceros desde el momento del contrato o desde que se cumplan los recaudos propios de la naturaleza de los bienes que integran tal patrimonio (p. ej., inscripción del inmueble en el respectivo Registro de la Propiedad, etc.).

Como consecuencia de lo expresado, se producen importantes efectos, no solo respecto de las partes, sino también de terceros.

En primer lugar, el fiduciario tiene todos los derechos propios del dominio pleno, inclusive la facultad de gravar y enajenar los bienes fideicomitados *cuando lo requieran los fines del fideicomiso*, sin necesidad de contar con el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario (art. 1688, párr. 1º).

Si bien la norma requiere que tales facultades deben ejercerse cuando lo requieran los fines del fideicomiso, esta reserva solo alude a las relaciones entre el fiduciante y el fiduciario o el beneficiario o fideicomisario, pues el tercero, a quien se enajena un bien de los fideicomitados, ignora si la venta tiene por objeto facilitar el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso o si la venta hubiera podido evitarse. Será así una cuestión de criterio o de prudencia; pero no es posible que ese tercero de buena fe, que ha pagado el precio, se vea eventualmente privado de los bienes legítimamente adquiridos, debido a una causa o razón que él no pudo razonablemente prever.

Entonces, el acto de disposición realizado por el fiduciario cuando *no lo requieran los fines del fideicomiso*, solo puede tener como efecto su remoción a pedido del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario (art. 1678, inc. a)], sin perjuicio de la consiguiente acción de daños y perjuicios.

Esta facultad del fiduciario, titular de un dominio imperfecto, de transmitir al adquirente un dominio pleno, resulta contraria al principio elemental de que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso del que tiene (art. 399), aunque esta norma aclara, "sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas", lo que involucra la facultad concedida al fiduciario en el referido artículo 1688. Esta excepción al principio general del artículo 399 se justifica por una razón de interés público, que es la de dar pleno vigor a la institución del fideicomiso, ya que muchas veces la buena administración exigirá la enajenación de algún bien y es muy difícil, sino imposible, encontrar comprador de un dominio que sea imperfecto.

No está de más señalar que el contrato puede prever limitaciones a las facultades de disponer o gravar los bienes fideicomitidos (incluyéndose la posibilidad de prohibir la enajenación). Tales limitaciones deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables (art. 1688, párr. 2º).

El párrafo siguiente añade que esas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, supuesto que resulta difícil de imaginar, pues si la limitación está inscripta registralmente, el tercero interesado no puede alegar buena fe.

En segundo lugar, *el fiduciario está legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, contra terceros, el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario* (art. 1689, párr. 1º). Ello implica que podrá ejercer todas las acciones que corresponden al dominio pleno, inclusive la reivindicatoria, y puede ejercerlas no solo contra terceros, sino también contra el mismo beneficiario, el fideicomisario o contra el fiduciante.

Si el fiduciario fuese moroso en el ejercicio de las acciones que correspondan a la debida defensa de los bienes fideicomitidos, o no las ejerciera sin motivo suficiente, el juez podrá autorizar al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario a ejercerlas (art. 1689, párr. 2º), sin perjuicio del derecho de ellos de pedir su remoción si se tratare de una negligencia grave que mereciera esta sanción (art. 1678, inc. a)].

Hemos dicho que el principal efecto del contrato de fideicomiso es la constitución de un patrimonio separado, tanto del patrimonio del fiduciante, como del fiduciario, del beneficiario y del fideicomisario (art. 1685, párr. 1º). Como consecuencia de ello, el artículo 1686 dispone que *los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario*. Y añade la norma que *tampoco pueden agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal*.

De ello surge que el dinero fideicomitado está excluido de la posible ejecución individual o colectiva incoada por los acreedores personales del fiduciante o fiduciario. Sin embargo, dado que el dinero es cosa mueble fungible, se producirá una confusión patrimonial inescindible con el patrimonio del propio fiduciario desde el momento mismo de la tradición del dinero. Es cierto que los bienes objeto del contrato deben ser individualizados (art. 1667, inc. a)] para poder determinar exactamente el patrimonio fiduciario y mantenerlo separado de los bienes, sujeto a riesgos y afectaciones independientes de las que pueden correr los bienes de quien debe ejecutar el encargo.

Pero la individualización o la especificidad del objeto del fideicomiso en el supuesto del dinero se diluye inmediatamente después de su recepción, pues la confusión patrimonial con otros fondos del fiduciario es inevitable. Como consecuencia, los acreedores del fiduciario podrían embargar y ejecutar sus cuentas bancarias, ya que en la actualidad no existen "cuentas fiduciarias" —*trust accounts* o cuentas de registro, en derecho anglosajón— para depósito de dinero dado en fideicomiso. Por lo tanto, el

fiduciante, el beneficiario y el fideicomisario dependen en exceso del buen obrar del fiduciario, quien debería, eventualmente, advertir y acreditar que el dinero embargado no le pertenece en dominio pleno sino fiduciario, y en ese caso será imperativo el levantamiento del embargo y no corresponderá el pago a sus propios acreedores con esos fondos.

Los acreedores del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su deudor.

1376. Deberes y derechos del fiduciario

El fiduciario es naturalmente titular de todas las facultades inherentes a la finalidad del fideicomiso, en particular las relativas al dominio y administración que tiene de la cosa. Así, puede usar y disponer de los bienes, incluidos los frutos, pero siempre con miras y para lograr el fin del contrato.

El artículo 1674 indica —como pauta de actuación— que *el fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Y añade que en caso de designarse a más de un fiduciario para que actúen simultáneamente, sea en forma conjunta o indistinta, su responsabilidad es solidaria por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso.*

De allí que el artículo 1676 sentencie que el fiduciario no puede ser dispensado de la culpa ni del dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

Son así obligaciones propias, el actuar con lealtad, como buen hombre de negocios, dar preferencia a los intereses que administra antes que los propios, administrar activamente los bienes y activos fideicomitidos en la forma establecida y —consecuencia de su deber de conservar y custodiar material y jurídicamente los bienes— efectuar las mejoras y reparaciones necesarias a tales bienes, contratar seguros, pagar los tributos que los graven, etcétera.

Decimos activamente, pues su administración debe estar encaminada a producir frutos según la utilización regular de los bienes, sin disponer de ellos, pero produciendo el mayor rendimiento, imponiendo algunas legislaciones la diversidad de inversiones para evitar los riesgos derivados de la concentración en una sola actividad económica.

Es obligación inexcusable y típica del fiduciario mantener la identidad de los bienes del encargo separada de su patrimonio. Así, no pueden incluirse en su contabilidad como propios, ni considerarlos en su activo.

Sin embargo, podrá gravar y aun disponer los bienes y activos fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso (art. 1688, párr. 1º), y deberá ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de dichos bienes, tanto contra terceros como contra el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario (art. 1689, párr. 1º).

Como es natural, debe transferir los bienes de acuerdo con lo convenido o al concluir el contrato, al beneficiario, al fiduciante o al fideicomisario.

Además, el fiduciario está obligado a contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Ello, sin perjuicio de su propia responsabilidad (art. 1685, párr. 2º).

Finalmente, el fiduciario tiene el deber de rendir cuentas (arts. 860 a 864) de todas las gestiones realizadas y debe mantener informados a los interesados sobre el movimiento operativo de su administración, de todos los bienes y activos en su poder. El Código expresamente indica que *la rendición de cuentas puede ser solicitada por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario, en su caso, conforme a la ley y a las previsiones contractuales*, pero aun cuando nada se previera en el contrato, deben ser rendidas con una periodicidad no mayor a un año. En ningún caso el contrato de

fideicomiso podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas (arts. 1675 y 1676).

Excepto expresa indicación en contrario en el contrato, el fiduciario tiene derecho a una retribución y al reembolso de todos los gastos efectuados a cargo de los bienes o activos administrados o a cargo de quien se haya pactado en el contrato (art. 1677). Añade esta norma que *si la retribución no se fija en el contrato, la debe fijar el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda, la importancia de los deberes a cumplir, la eficacia de la gestión cumplida y las demás circunstancias en que actúa el fiduciario.*

1377. Cese de la actuación del fiduciario

Dispone el artículo 1678 que el fiduciario cesará como tal en los siguientes casos:

a) Por *remoción judicial* por incumplimiento de sus obligaciones o por hallarse imposibilitado material o jurídicamente para el desempeño de su función, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario o del fideicomisario, con citación del fiduciante;

b) Por *incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida* judicialmente declaradas, y *muerte*, si es una persona humana. Puede considerarse también una inhabilitación moral: el fiduciario que después de haber entrado en posesión de los bienes comete un delito doloso no puede seguir desempeñando una tarea que exige en él una conducta que merezca la confianza que se le ha depositado, aunque este supuesto podría a la vez quedar comprendido en el inciso anterior.

c) Por *disolución*, si es una persona jurídica; esta causal no se aplica en casos de fusión o absorción, sin perjuicio de la aplicación del inciso a), en su caso. Sin embargo, entendemos que la persona jurídica pudo ser constituida con el fin de administrar el fideicomiso y cesar al lograrse el fin del contrato. En este caso, entrará naturalmente en disolución por consecución del fin de la persona jurídica (art. 163, inc. c)), no cesando como fiduciaria sino concluyendo así su tarea.

d) Por *quiebra o liquidación*. Este inciso es confuso. Consideramos indudable que se ha querido referir a la quiebra del fideicomiso; pero el artículo 1687 establece que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos no puede dar lugar a la quiebra del fideicomiso, sino a su liquidación. Ante esta contradicción, cabe preguntarse si la quiebra a que se refiere la norma es la personal del fiduciario. La cuestión es dudosa y pensamos que debe resolverse a la luz de las circunstancias del caso. Si la quiebra del fiduciario se debe a un manejo desaprensivo de sus bienes, ello permite temer que no sea capaz de administrar el fideicomiso con la prudencia y diligencia propias de un buen hombre de negocios, en cuyo caso sería aplicable el supuesto de remoción previsto en el inciso a). Pero si ella se debe a circunstancias externas no imputables al fiduciario, su quiebra no tiene por qué afectar el contrato de fideicomiso.

e) Por *renuncia*, si en el contrato se la autoriza expresamente, o en caso de causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño de la función. La renuncia tiene efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

Cabe preguntarse cuál es el significado de esta cláusula que solo permite la renuncia en el caso de que se la hubiera autorizado expresamente en el contrato. Supuesto que no se la hubiera previsto, es claro que el fiduciario no puede ser obligado a seguir desempeñando la administración de los bienes en contra de su voluntad; muchas pueden ser las razones que lo induzcan a renunciar: una enfermedad, una incapacidad física, el cansancio mismo. Obligarlo a seguir desempeñando un cargo que no puede o no quiere seguir desempeñando es irrazonable y, desde luego, perjudicial para el propio interés del beneficiario. Por ello, pensamos que esta disposición significa solamente que, en caso de renuncia no prevista en el contrato, el fiduciario debe responder por los

daños que su conducta ocasione al beneficiario; indemnización que no sería procedente si el contrato lo autoriza expresamente a renunciar.

1378. Sustitución del fiduciario

Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo con el procedimiento previsto por el mismo acuerdo, tal como regula el artículo 1679. Si no lo hay o no acepta, el juez debe designar como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 1690 (entidad financiera o sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario).

En caso de muerte del fiduciario, los interesados pueden prescindir de la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de bienes (art. 1679, párr. 2º).

En los restantes casos de cesación regulados en los incisos b), c) y d) del artículo 1678 (véase nro. 1377), cualquier interesado puede solicitar al juez la comprobación del acaecimiento de la causal y la indicación del sustituto o el procedimiento para su designación, conforme con el contrato o la ley, por el procedimiento más breve previsto por la ley procesal local (procedimiento sumarísimo). En todos los supuestos del artículo 1678, el juez puede, a pedido del fiduciante, del beneficiario, del fideicomisario o de un acreedor del patrimonio separado, designar un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio si hay peligro en la demora (art. 1679, párr. 3º).

Si la designación del nuevo fiduciario se realiza con intervención judicial, debe ser oído el fiduciante (art. 1679, párr. 4º), a quien se le correrá traslado por tres días hábiles judiciales (conf. art. 498, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Los bienes fideicomitidos deben ser transmitidos al nuevo fiduciario. Si son registrables, es forma suficiente del título el instrumento judicial, notarial o privado autenticado, en los que conste la designación del nuevo fiduciario. La toma de razón también puede ser rogada por el nuevo fiduciario (art. 1679, párr. 5º). En este caso, entendemos que la toma de razón se hará por vía de oficio librado por el juez interviniente o testimonio otorgado por el mismo.

1379. Aceptación del beneficiario y del fideicomisario

Para recibir las prestaciones del fideicomiso, el beneficiario y el fideicomisario deben aceptar su calidad de tales. La aceptación se presume cuando intervienen en el contrato de fideicomiso, cuando realizan actos que inequívocamente la suponen o son titulares de certificados de participación o de títulos de deuda en los fideicomisos financieros (art. 1681, párrs. 1º y 2º).

Ahora bien, si no media esa aceptación, el fiduciario podrá requerirla mediante acto auténtico fijando a tal fin un plazo prudencial. No producida la aceptación, debe solicitar al juez que la requiera sin otra substanciación, fijando el modo de notificación al interesado que resulte más adecuado (art. 1681, párrs. 3º y 4º).

Por su parte, el beneficiario y el fideicomisario pueden, en la medida de su interés, reclamar por el debido cumplimiento del contrato y por la revocación de los actos realizados por el fiduciario en fraude de sus intereses, sin perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe (art. 1681, párr. 5º).

1380. Fideicomiso en garantía

Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario, puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o

judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes (art. 1680).

La ley ha tratado de fijar pautas que eviten un daño injustificado al fiduciante (conf. art. 1710, inc. a]) o un abuso de derecho (art. 10) por parte del fiduciario en perjuicio de aquel.

De la norma transcrita podemos expresar que este tipo de fideicomiso tiene como presupuesto la existencia de una relación jurídica obligacional y tiene por fin respaldar el cumplimiento de esa obligación o deuda contraída con un tercero, garantizando su cumplimiento. El deudor (fiduciante) entrega bienes o activos al fiduciario (que puede ser o no el acreedor), para que éste —en caso de incumplimiento de la obligación garantizada— abone con sus rentas o enajene tales bienes o activos y pague al tercero garantizado (generalmente un banco o entidad financiera) con el importe de la venta, reintegrando al fiduciante el saldo, si lo hubiera.

Surgen así dos supuestos claramente diferenciados en el fideicomiso de garantía, según que el fiduciario sea o no también el beneficiario (compondrá ambos supuestos cuando sea a la vez el acreedor de la obligación garantizada).

En el caso de que la persona del beneficiario y del fiduciario no coincida, ninguna formulación adicional cabe respecto de las consideraciones que efectuamos respecto del fideicomiso ordinario.

En cambio, cuando beneficiario y fiduciario coinciden, debe ponerse especial cuidado en la delimitación de las facultades del fiduciario y del fiduciante. El fiduciario como titular del dominio fiduciario de los bienes fideicomitados en garantía, los debe administrar, no solo de acuerdo con los parámetros de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, sino también animado por un interés propio, cual es la conservación de la garantía con la que, a la postre, tutela su crédito, sin perjuicio de actuar conforme con lo que indica el artículo 159, *in fine*. No parece posible que, en este caso, se verifiquen conflictos de intereses entre fiduciante y fiduciario.

No obstante, merecerá particular atención la determinación precisa de las circunstancias que facultan al fiduciario a disponer la ejecución de la garantía, y sucesivamente el procedimiento que debe seguir para alcanzar el propósito del fideicomiso en garantía. Respecto del primer tema, deberán consignarse con claridad los supuestos de mora del fiduciante-deudor, como así también los efectos de la falta de pago. Respecto del segundo tema, deberá precisarse el mecanismo liquidatorio de los bienes fideicomitados y la aplicación del producido.

Asimismo entendemos que debe considerarse incompatible con el objeto del fideicomiso en garantía la facultad de revocación del fideicomiso que tiene el fiduciante, prevista en el artículo 1697, inciso b). Es que no resulta posible que el fiduciante revoque el fideicomiso cuando el beneficiario es al mismo tiempo el fiduciario y las obligaciones derivadas del fideicomiso quedan definidas desde la celebración del contrato, incluida la aceptación del fiduciario en su función de beneficiario.

1381. Fideicomiso financiero

El fideicomiso financiero es una operación propia del mundo de las finanzas. Empezó hacia fines de la década de 1970 en los Estados Unidos, con la afectación de créditos hipotecarios, y se aplica hoy en todo el mundo desarrollado. Es, en efecto, un instrumento importantísimo para la acumulación de capitales y el emprendimiento de grandes obras de interés social. Nuestro país comenzó regulándolo en las [leyes 23.576](#) (ref. por ley 23.962), 24.441, y por la resolución general de la Comisión Nacional de Valores 368 del 17 de mayo de 2001 y sus modificaciones.

Esta última define que habrá fideicomiso financiero cuando *una o más personas (fiduciante) transmitan la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario),*

quien deberá ejercerla en beneficio de titulares de los certificados de participación en la propiedad de los bienes transmitidos o de titulares de valores representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos (beneficiarios) y transmitirla al fiduciante, a los beneficiarios o a terceros (fideicomisarios) al cumplimiento de los plazos o condiciones previstos en el contrato.

La jurisprudencia ha caracterizado a este acuerdo como una especie dentro del género del fideicomiso, determinado por las características de que el fiduciario es: a) una entidad financiera, o b) una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores; y los beneficiarios son: 1) los titulares de certificados de participación, o 2) titulares de títulos representativos.

Estas características fueron volcadas a la definición que da el artículo 1690: *Fideicomiso financiero es el contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos.*

En rigor, cabe señalar que la estructura descripta en la norma responde al propósito de crear condiciones que permitan el desarrollo de la llamada *securitización* o *titulización*, que consiste en el proceso de transformación de una masa de activos o créditos en un conjunto de títulos valores para ser colocados entre el público. El esquema de esta operación es el siguiente: una entidad (fiduciante), que es titular de una masa de créditos o activos (por ej., otorgados con garantía hipotecaria), los cede a otra entidad financiera o sociedad especialmente autorizada (la fiduciaria), la que a su vez emite títulos valores representativos de deuda (llamados títulos de deuda o certificados de participación), que importan un fraccionamiento del capital y que son ofrecidos al público. Se trata de títulos divisibles y negociables, que pueden ser al portador o nominativos. A este proceso se lo llama *securitización* o *titulización* del fondo fideicomitado (aquellos créditos o activos transferidos por el fiduciante).

Dicho en otros términos, se trata de un proceso por el cual se somete un conjunto de activos *homogéneos* a la composición de una cartera, afectados con exclusividad al pago de títulos emitidos con respaldo en esa cartera. Ese mecanismo permite generar recursos anticipadamente con la emisión de títulos valores (títulos de deuda o certificados de participación) que luego serán rescatados con los créditos u otros bienes afectados a sostener esa emisión.

Finalmente, además de las exigencias de contenido generales previstas para el contrato de fideicomiso en el artículo 1667, el contrato de fideicomiso financiero debe incluir los términos y condiciones de emisión de los títulos valores, las reglas para la adopción de decisiones por parte de los beneficiarios que incluyan las previsiones para el caso de insuficiencia o insolvencia del patrimonio fideicomitado, y la denominación o identificación particular del fideicomiso financiero (art. 1692).

1382. a) Las partes

Las partes en el fideicomiso financiero, son:

i) El *fiduciante*, que es el banco u otra entidad financiera que posee una masa de créditos, algunos otorgados con garantía hipotecaria —que es lo típico—, o prendaria, o bien créditos de otro origen.

ii) El *fiduciario*, que es quien administra el fideicomiso y emite los certificados de participación o los títulos valores representativos de deuda.

De acuerdo con lo establecido por la Comisión Nacional de Valores (CNV), el fiduciario puede ser: a) una entidad financiera, b) las cajas de valores autorizadas en los términos de la ley 20.643, c) las sociedades anónimas constituidas en el país, d) las

sociedades extranjeras que acrediten el establecimiento de una sucursal, asiento u otra especie de representación suficiente —a criterio de la CNV— en el país, siempre y cuando acrediten que se encuentran constituidas en países con mercados de valores autorizados por un organismo extranjero reconocido por la CNV, o en países con cuyos organismos correspondientes la CNV haya suscripto un memorando de entendimiento o similar. Cabe destacar que no pueden coincidir las personas de fiduciante y fiduciario.

iii) Los *beneficiarios*, que son los poseedores de los títulos. Dicha posesión les da derecho a percibir los intereses en el momento pactado y a disponer de ellos en cualquier momento, con lo cual pueden recuperar el precio pagado por su compra. El fiduciario no puede ser, a la vez, beneficiario, pues existiría un claro conflicto de intereses.

1383. b) Los títulos de deuda o certificados de participación

El fideicomiso financiero es el marco jurídico en que se desarrolla ese proceso llamado de titulización o securitización. Esta titulización o securitización juega un papel muy importante en el mercado financiero, pues convierte activos crediticios inmovilizados (tales como préstamos prendarios o hipotecarios, créditos derivados de la facturación ordinaria del comercio, etc.) en títulos valores susceptibles de ser colocados entre el público inversor o, en otras palabras, se emiten títulos valores que cuentan con créditos o bienes afectados como garantía a su repago.

Así se expresa el artículo 1693 al disponer que, sin perjuicio de la posibilidad de emisión de títulos valores atípicos, en los términos del artículo 1820, los *certificados de participación* son emitidos por el fiduciario. Los *títulos representativos de deuda* garantizados por los bienes fideicomitados pueden ser emitidos por el fiduciario o por terceros.

Cuando la norma habla de *certificados de participación* debe entenderse que se refiere a certificados de participación en el interés del beneficiario del fideicomiso, porque, en verdad, ningún beneficiario participa en el dominio o propiedad fiduciaria, ya que si así fuera habría un condominio fiduciario. En realidad, se participa en los beneficios del fideicomiso o en sus resultados, y no en la propiedad fiduciaria. Los certificados de participación solo pueden ser emitidos por el fiduciario.

El fideicomiso financiero también puede constituir el presupuesto para la emisión de *títulos representativos de deuda* garantizados con los bienes fideicomitados, que pueden ser emitidos por el fiduciario o por un tercero. Cuando el título representativo de deuda es emitido por un tercero, estamos en presencia de un fideicomiso de garantía y se integra el patrimonio fideicomitado por los activos que transfiere el emisor, siendo beneficiarios los tenedores legitimados de aquellos títulos. En cambio, cuando el emisor es el propio fiduciario, estamos en presencia de un fideicomiso financiero en sentido estricto.

Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda pueden ser al *portador*, *nominativos endosables* o *nominativos no endosables*, *cartulares* o *escriturales*, según lo permita la legislación pertinente (art. 1693, párr. 3º, 1ª parte). La [ley 24.587](#), sin embargo, prohíbe la emisión de títulos en serie al portador o nominativos no endosables.

Los certificados deben ser emitidos sobre la base de un prospecto en el que consten las condiciones de la emisión, las enunciaciones necesarias para identificar el fideicomiso al que pertenecen y la descripción de los derechos que confieren (art. 1693, párr. 3º, 2ª parte).

Pueden emitirse certificados globales de los certificados de participación y de los títulos de deuda para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. A tal fin se consideran definitivos, negociables y divisibles (art. 1693, párr. 4º).

Las ventajas de este proceso de *titulización* o *securitización* radica que para el inversor significa que puede invertir en un negocio en que los títulos valores pueden ser enajenados en cualquier momento, lo que puede ser muy importante, sobre todo cuando se presenta la necesidad de afrontar gastos no previstos. Además, las personas de escasos recursos, que tengan la posibilidad de invertir pequeñas cantidades, pueden adquirir estos títulos valores. Con estas pequeñas inversiones puede formarse una masa de capital que permita afrontar importantes obras de interés social. A su vez, el fiduciario, una vez emitidos y colocados los títulos, puede recuperar lo invertido en su carácter de cesionario del crédito original y volcar nuevamente ese capital, con lo que se agiliza el giro del dinero, generando nuevas inversiones. Se comprende así que la titulización o securitización no tiene interés solo desde el punto de vista del inversor o del fiduciario, sino que responde a un verdadero interés social.

El Código Civil y Comercial, facilitando este proceso de titulización o securitización, ha dispuesto que pueden emitirse diversas clases de certificados de participación o títulos representativos de deuda, con derechos diferentes. Dentro de cada clase se deben otorgar los mismos derechos. La emisión puede dividirse en series. Los títulos representativos de deuda dan a sus titulares el derecho a reclamar por vía ejecutiva (art. 1694).

1384. c) Asamblea de tenedores de certificados o títulos

En defensa de los tomadores de certificados o títulos, el artículo 1695 dispone que, en ausencia de disposiciones contractuales en contrario, o reglamentaciones del organismo de contralor de los mercados de valores, en los *fideicomisos financieros con oferta pública*, las decisiones colectivas de los beneficiarios del fideicomiso financiero se deben adoptar por asamblea, a la que se aplican las reglas de convocatoria, *quorum*, funcionamiento y mayorías de las sociedades anónimas, excepto en el caso en que se trate la insuficiencia del patrimonio fideicomitado o la reestructuración de sus pagos a los beneficiarios. En este último supuesto, se aplican las reglas de las asambleas extraordinarias de sociedades anónimas, pero ninguna decisión es válida sin el voto favorable de tres cuartas partes de los títulos emitidos y en circulación.

En el supuesto de existencia de títulos representativos de deuda y certificados de participación en un mismo fideicomiso financiero, el cómputo del *quorum* y las mayorías se debe hacer sobre el valor nominal conjunto de los títulos valores en circulación. Sin embargo, excepto disposición en contrario en el contrato, ninguna decisión vinculada con la insuficiencia del patrimonio fideicomitado o la reestructuración de pagos a los beneficiarios es válida sin el voto favorable de tres cuartas partes de los títulos representativos de deuda emitidos y en circulación, excluidos los títulos representativos de deuda subordinados (art. 1696).

1385. d) Insuficiencia del patrimonio fideicomitado

La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a las obligaciones del fideicomiso en general, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, *procede su liquidación*, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente (art. 1687, párr. 3º).

¿Es aplicable esta norma al fideicomiso financiero? Más allá de que el Código Civil y Comercial no ha incorporado una norma similar al artículo 23 de la derogada ley 24.441, que daba otra solución para el supuesto de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, obligando a citar a asamblea de acreedores de título de deuda para que resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio, es posible llegar a una solución similar a esta última por la aplicación del ya referido artículo 1695. Por ello, entendemos que la pauta del artículo 1687 no es de aplicación al fideicomiso financiero,

debiendo el fiduciario citar a la asamblea de tenedores de títulos de deuda —lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el *Boletín Oficial* y un diario de gran circulación del país—, a fin de que en ella se resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio fideicomitado.

La respectiva asamblea extraordinaria (conf. arts. 235 y 244 de la ley general de sociedades) deberá decidir: 1) la transferencia del patrimonio como unidad; 2) la modificación del contrato de emisión, que podrá ser por la remisión de parte de las deudas, modificación de plazos o condiciones iniciales; 3) la continuación de la administración hasta la extinción del fideicomiso; 4) definir una forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitado; 5) cualquier otra materia relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado.

1386. Extinción

Debemos distinguir entre la cesación del fiduciario (véase nro. 1377) de la extinción del fideicomiso. En el primer caso, el fideicomiso no se extingue, sino que continúa en la persona del sustituto. En el segundo, el fideicomiso concluye definitivamente.

Conforme con el artículo 1697, el fideicomiso se extingue por:

a) El *cumplimiento del plazo o la condición* a que se ha sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal.

Si el plazo fijado es superior a los treinta años, deberá tenerse por concluido el fideicomiso a los treinta años (art. 1668). Si la extinción del fideicomiso está sometida al cumplimiento de cierta condición, deberá tenerse por cumplida cuando se cumplan los treinta años desde el momento de la constitución del fideicomiso, excepto que antes de ese tiempo, se determine indudablemente que el acontecimiento no sucederá, en cuyo caso entendemos que la imposibilidad de cumplimiento de la condición hará extinguir el contrato.

b) La *revocación del fiduciante*, si se ha reservado expresamente esa facultad. La revocación no tiene efecto retroactivo y, además, es ineficaz en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda.

Respecto de los bienes fideicomitados, aun en caso de revocación por el fiduciante, los contratos de locación que los afecten seguirán vigentes hasta la conclusión del término pactado. Pero, además, para que tenga efectos respecto de terceros, la revocación deberá inscribirse en el registro respectivo. La revocación —como bien dice la norma— es ineficaz en los fideicomisos financieros una vez que la titulización o securitización haya entrado en su faz de oferta pública. La facultad reservada de revocar el fideicomiso —extremo que supone una limitación en la transmisión de los bienes— debe entenderse de interpretación restrictiva.

c) Cualquier otra causal prevista en el contrato. Por lo tanto, deben ser supuestos especiales previstos por las partes de modo expreso.

Cabe advertir que no debe tratarse de fórmulas de extinción abiertas, o puramente discrecionales. Así, a las causales previstas por la ley, cabe añadirse otras, tales como la extinción total de los bienes fideicomitados, ya que el fideicomiso queda sin objeto; o la usucapión, expropiación o colocación de los bienes fideicomitados fuera del comercio.

La muerte del fiduciante no extingue el fideicomiso, puesto que éste se ha constituido en beneficio de terceros; tampoco la del fiduciario, que será reemplazado por el sustituto.

El artículo 1698 dispone que, producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan. Pero, entendemos también que si el fideicomisario ha muerto sin dejar herederos, el

fideicomiso se extingue y los bienes deben retornar al fiduciante o sus herederos, por aplicación de lo que dispone el artículo 1672, párrafo final. Es claro por ello que el fiduciario no cesa automáticamente en su actuación por el vencimiento del plazo, sino por el contrario, conforme el citado artículo, debe dar cumplimiento a todas las obligaciones asumidas en el curso del fideicomiso y que se hallen pendientes, y a todos los trámites atinentes a la transferencia de los bienes o fondos a favor de los beneficiarios que pudieran estar pendientes o en su caso a los fideicomisarios.

Si el fideicomisario ha muerto sin dejar herederos, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1672, párr. 2º y 3º, y 1671, párr. 3º, los bienes o fondos no comprometidos en obligaciones asumidas en el plazo del fideicomiso deben retornar al fiduciante o fiduciantes.

CAPÍTULO XLVII - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

A.— QUID DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

1386-1. La esencialidad del incumplimiento como presupuesto de la resolución contractual

De acuerdo con las directrices del artículo 730, el incumplimiento del contrato, en tanto se constituye en la inejecución de obligaciones, otorgará al acreedor la posibilidad de optar entre tres caminos a seguir; a) procurar forzar el cumplimiento del deudor; b) obtener el cumplimiento por un tercero a costa del deudor; c) obtener las indemnizaciones correspondientes.

Estas disposiciones, llevadas a la inejecución del contrato importan que el acreedor podrá optar, o bien por forzar el cumplimiento del contrato, o bien accionar resolviéndolo y reclamando la reparación de los daños pertinentes.

Sin embargo, el Código Civil y Comercial ha limitado el ejercicio de esta última posibilidad, pues el artículo 1084 exige —para poder proceder a la resolución contractual— que el incumplimiento sea "esencial".

Esta exigencia de la "esencialidad" en el incumplimiento implica que la acción de resolución sólo procederá en la medida en que suceda alguna de las situaciones que describe el propio artículo 1084, esto es: a) que el cumplimiento estricto de la prestación sea fundamental dentro del contexto del contrato; b) que el cumplimiento tempestivo de la prestación sea condición del mantenimiento del interés del acreedor; c) que el incumplimiento prive a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar; d) que el incumplimiento sea intencional; e) que el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor. A tales situaciones cabe añadir una más: cuando se haya pactado la cláusula resolutoria expresa y se produzca un incumplimiento genérico o específico debidamente identificado por las partes (art. 1086).

Si no se reunieran alguna de estas circunstancias, el acreedor mantendrá a salvo la acción de cumplimiento forzoso (sin perjuicio, además, de la reparación de los daños sufridos), pero no podrá accionar por resolución contractual.

1386-2. El requisito de incumplimiento esencial en los contratos de consumo

Cabe preguntarse si el texto del artículo 1084 aplica solamente a los contratos paritarios, o si la exigencia del "incumplimiento esencial" también afecta a los contratos de consumo.

El tema fue abordado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (autos "Bose, Carlos y ots. c/Ford Motor Argentina y ots.", Ac. C106070, del día 3/10/2012), en cuya oportunidad resolvió, en línea con nuestro pensamiento, que si bien el requisito del incumplimiento esencial no es exigible a la hora de que el consumidor decida resolver el contrato en los términos del artículo 10 bis de la Ley de Defensa del Consumidor; sí le es exigible que el ejercicio de la facultad resolutoria no se constituya en un ejercicio abusivo del derecho.

Resulta interesante destacar que en el mismo fallo, el tribunal señaló que la decisión del consumidor de resolver el contrato no resulta abusiva por la sola existencia de otras acciones posibles, sino que la abusividad se constituye sólo si se reúnen los requisitos establecidos normativamente para el abuso del derecho en el caso concreto.

A su vez, esta exigencia de que la resolución contractual en los contratos de consumo no sea ejercida en forma irregular, ha sido recogida por el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor del año 2019, que determina que las acciones resolutorias del contrato no pueden constituirse en un ejercicio irregular del derecho (art. 50).

B.— LAS ESFERAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1387. Evolución histórica

La distinción entre las esferas de responsabilidad tiene su origen en el derecho romano en el que se distinguía el incumplimiento de la *Lex Aquilia* de la responsabilidad emergente del incumplimiento del *negotium*. Sin embargo, la elaboración conceptual de ambas esferas fue realizada por los glosadores franceses y luego tomada por el Código de Napoleón de 1804 (ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Rodhas, Perú, 2013, p. 55). Sin embargo, no tardaron en aparecer discusiones en la doctrina respecto de la procedencia —o no— de esta distinción. Continuando entonces con la exacta reseña que elabora ESPINOZA ESPINOZA, encontramos que este debate respecto de las esferas de la responsabilidad ha atravesado tres períodos a lo largo de la historia.

En un primer momento, encontramos una afirmación indiscutible a favor de la separación de los efectos de la responsabilidad. Luego de ello, y en una segunda etapa, liderada por LEFEBVRE en 1896, se comenzó a postular a favor de la unificación de las esferas. En una última etapa, que ahonda en una posición intermedia, se sostiene la unificación de algunos efectos, mas no de toda la responsabilidad. Encontramos en esta posición, por ejemplo, a los hermanos MAZEAUD, y más recientemente a LE TOURNEAU.

Quienes abogaban por la unificación total de la responsabilidad, principalmente autores como DEMOGUE o Federico DE CASTRO lo hacían sosteniendo que el incumplimiento de un contrato no extingue la obligación objeto de éste, sino que ella subsiste y genera además la obligación de indemnizar (DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, Paris, 1923).

Por su lado, quienes sostienen una posición intermedia —y con quienes coincidimos— afirman que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual comparten elementos comunes, pero con marcadas diferencias. Señala así LE TOURNEAU que el "desfallecimiento contractual" posee un régimen propio cuyas modalidades particulares están destinadas a permitir el respeto en el tiempo de la voluntad inicial de las partes (LE TOURNEAU, Phillipe, *La responsabilidad civil*, Legis, Bogotá, 2010, p. 22). Estas diferencias entre ambas esferas en el Código Civil velezano eran, conforme con Edgardo LÓPEZ HERRERA (*Manual de responsabilidad civil*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, ps. 91 y ss.): a) la prueba de la culpa; b) la extensión del resarcimiento; c) la prescripción; d) la reparación del daño moral; e) el discernimiento; f) la atenuación de la responsabilidad; g) la solidaridad; h) la competencia.

1388. Las esferas de responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, se ha reavivado en la doctrina nacional el debate respecto de si se han unificado, o no, las esferas de responsabilidad contractual y extracontractual. Ello así, en tanto este Código derogó el artículo 1107 del Código de Vélez —que marcaba las diferencias entre ambas esferas— sin reemplazarlo por otra norma de tenor parecido. A esta situación se le suma que se ha abierto también a debate la situación de los plazos prescriptivos, en tanto, no queda claro aún, cuándo ha de aplicarse el plazo genérico de cinco años y cuándo el de la responsabilidad civil de tres años. Más allá de todo ello, nos animamos a sostener que los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial en materia de responsabilidad no han generado una unificación de sus esferas, aun cuando algunos de los efectos de ellas —que antaño se encontraban diferenciados— ahora pasen a estar equiparados. Recordamos en este sentido, las palabras de ALTERINI, quien sostenía respecto de la unificación de las esferas de responsabilidad que "es menester tener en cuenta que ciertas diferencias entre las órbitas contractual y extracontractual no pueden ser eliminadas en cuanto conciernen a ontologías diferentes. Así como la moda unisex no convierte al hombre en mujer, ni a la mujer en hombre, la unificación de régimen en materia de responsabilidad no diluye ni puede diluir la distinta estructura del contrato respecto del hecho ilícito" (ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996).

1389. Las consecuencias de la derogación del artículo 1107 del Código Civil velezano

Parecería ser, en una lectura preliminar, que si sostenemos que se mantiene la división entre las esferas de responsabilidad en el texto del Código Civil y Comercial, la eliminación de una norma del tenor del anterior artículo 1107 no traería aparejada ninguna consecuencia práctica, en tanto, aun prescindiendo de ella, podemos mantener las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Sin embargo, ello no resulta tan lineal, por cuanto la derogación del artículo mencionado conlleva la eliminación de la prohibición del acreedor de una obligación convencional de peticionar la aplicación de las normas que regulan la responsabilidad extracontractual en su reclamo, en tanto era aquella la limitación que imponía el artículo 1107 del Código Civil de Vélez.

En este sentido, señala ESPINOZA ESPINOZA (*Derecho de la responsabilidad civil*, cit., p. 66) que cuando nos encontremos frente a la inejecución de una obligación convencional, que a la vez constituye un delito, el acreedor podrá optar entre iniciar una acción basada en una u otra esfera de acuerdo con lo que más le convenga.

No puede dejar de señalarse que la otra opción interpretativa a esta derogación es la del *cúmulo* de acciones; ello es que el acreedor acumule ambos reclamos y obtenga las ventajas que una esfera no le permite obtener, pero como bien se ha señalado (ALTERINI Atilio, *Responsabilidad civil*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 52), esta es una figura híbrida que no ha tenido cabida en la doctrina.

C.— LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS ESFERAS DE RESPONSABILIDAD

1390. Enunciación

Siguiendo el listado referido más arriba (véase nro. 1387), respecto de las diferencias existentes entre la responsabilidad contractual y la extracontractual en el Código Civil velezano, iremos dilucidando cómo las ha legislado el Código Civil y Comercial, a fin de advertir en qué casos se han unificado los efectos, y en cuáles no.

1391. a) La extensión del resarcimiento

Conforme al Código Civil de Vélez, las consecuencias por la responsabilidad contractual solo se extendían hasta las consecuencias inmediatas y necesarias, salvo en los supuestos de malicia que se extendían hasta las consecuencias mediatas (arts. 520 y 521).

Respecto de la responsabilidad extracontractual, las consecuencias resarcibles se extendían a las inmediatas, a las mediatas que tuvieron que haber sido previstas de haberse obrado diligentemente, y por las casuales tenidas en mira por el autor del hecho (arts. 904 y 905, Cód. Civil).

Ahora bien, yendo al análisis del nuevo ordenamiento, el juego de los artículos 1726, 1727 y 1728 dan a entender que el legislador ha mantenido el criterio de la *causalidad adecuada* que establecía el artículo 906 del Código Civil de Vélez para la responsabilidad extracontractual (arts. 1726 y 1727), y la teoría de la *previsibilidad contractual* para el deber de reparar los daños causados por la inexecución del contrato (art. 1728).

En este sentido, explican Sebastián PICASSO y Luis SÁENZ: "Sin embargo, dicha regla (la de la causalidad adecuada) no resulta extensible a la órbita del contrato, en donde es preciso tener en cuenta las consecuencias que las partes previeron o pudieron prever al tiempo de celebrar el contrato. Así, entre la causalidad adecuada y la regla de la previsibilidad contractual hay diferencias relevantes.

En primer lugar, si bien ambas se fundan en lo que era previsible, la primera toma como parámetro al hombre 'medio' (apreciación en abstracto), mientras que la segunda se centra en lo que las partes que celebraron el contrato pudieron prever en el caso concreto (apreciación en concreto).

En segundo término, la causalidad adecuada pone al intérprete —a fin de determinar si era previsible o no determinada consecuencia— en el momento en que se produjo el hecho ilícito, mientras que, en materia contractual, se toma en cuenta lo que resultaba previsible para las partes al momento de celebrar el negocio, y no el del incumplimiento..." (PICASSO, Sebastián - CAMELO DÍAZ, Gustavo - HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojus, Buenos Aires, 2016, t. IV, p. 439).

Sin embargo, cabe destacar que la norma contiene una clara excepción a esta afirmación respecto del momento a observar a la hora de ponderar aquello que las partes pudieron prever; en tanto, si el incumplimiento se hace con *dolo* (concepto análogo a la *malicia* del Código anterior; esto es, con la intención de causar un daño determinado a través del incumplimiento —y no por el mero incumplimiento en sí— o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos), el artículo 1728 establece específicamente que en dicha circunstancia se debe ponderar la previsión de dicho daño, también al momento del incumplimiento.

Queda en claro entonces que, en el nuevo régimen, mientras la ley fija en forma indefectible la extensión de la responsabilidad en la esfera extracontractual, la regla de la *previsibilidad de los contratos* que rige en la esfera contractual permite que sean las partes las que determinen la extensión del resarcimiento para el supuesto de inejecución mediante la estipulación de las consecuencias dañosas que derivarán en caso de incumplimiento; quedando en claro que si nada dice, se regirán por las normas de la responsabilidad civil, ello es, responderán hasta las consecuencias mediatas previsibles.

De este modo, puede observarse que en materia de responsabilidad contractual, el legislador ha permitido que las partes regulen mediante la autonomía de la voluntad la extensión de la responsabilidad, dejando plasmado en el contrato cuáles son las consecuencias previsibles. Así, por ejemplo, una consecuencia remota derivada de la inejecución, si las partes la han manifestado en el contrato como una consecuencia *previsible*, pasará a ser indemnizable, en tanto, tal como enseñaba ALTERINI, si la consecuencia mediata es previsible por las partes, deja de ser casual o remota.

Asimismo, y tal como lo hemos señalado, la regla del artículo 1728 es clara también respecto de las consecuencias frente a la existencia del denominado *dolo contractual*.

Señala Fernando UBIRÍA (en BORDA, Alejandro, *Derecho civil y comercial, obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 366) que el dolo contractual no se constituye por el incumplimiento deliberado del contrato, sino que *requiere producir un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*.

Así, en los casos donde se corrobore la existencia de un dolo contractual, el artículo 1728 dispone expresamente que la extensión de la responsabilidad alcanzará no solo a aquellas consecuencias que las partes previeron —o debieron haber previsto— al momento de celebrar el contrato, sino también a aquellas que previeron como resultado del incumplimiento; lo que redundará en una extensión de las consecuencias indemnizables.

1392. b) Prescripción

En el Código Civil velezano la responsabilidad contractual se regía por el plazo genérico de diez años (art. 4023), mientras que prescribía por dos años la acción por responsabilidad civil extracontractual (art. 4037).

En el Código Civil y Comercial, el artículo 2561 modifica el texto del citado artículo 4037, en tanto dispone que *el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años*. No es menor el detalle del cambio de la redacción que se observa entre una y otra norma, en tanto el legislador ha eliminado la aclaración de que las acciones que prescribían en un plazo diferente eran las de responsabilidad civil extracontractual, mencionando solamente a los *reclamos derivados de la responsabilidad civil* en forma genérica.

Entendemos que de este modo se amplía la esfera de aplicación del artículo, pues abarca tanto la acción que persigue la reparación de daños derivados del incumplimiento de una obligación legal, como la de una obligación contractual. Así, podría sostenerse que la prescripción de todas las acciones de reparación de daños derivadas de las

inejecuciones de obligaciones, tanto de origen legal como convencional, operaría a los tres años. Esta es la posición adoptada por parte de la doctrina (ALFERILLO, Pascual, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual [dirs.] - KRIEGER, Walter F. [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2016, t. 3, p. 712; GUISO Paola, en PICASSO, Sebastián - CAMELO DÍAZ, Gustavo - HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, cit., t. VI, p. 285). Sin embargo, no podemos dejar de señalar que esta posición no es unánime y que ha sido cuestionada con serios fundamentos. Recuerda BORDA (BORDA, Alejandro, *Derecho civil y comercial, obligaciones*, cit., p. 323) que los plazos de prescripción deben ser considerados con criterio restrictivo y que bajo ningún punto de vista pueden tenerse plazos de prescripción diferentes, uno para las acciones de cumplimiento y otro para las de incumplimiento, por lo que afirma que el plazo de responsabilidad contractual es de cinco años, y el de responsabilidad extracontractual de tres años.

Esta disyuntiva, entendemos, puede ser resuelta recurriendo a los argumentos de un fallo dictado (CNCom., sala D, 4/4/2017, "Acyma Asociación Civil c. Frávega SACIEI"). En dicha causa, el tribunal debía dilucidar el plazo de prescripción aplicable a la obligación de la demandada de devolver sumas percibidas en forma ilegítima a los consumidores en una demanda colectiva. A su vez, la accionada opuso una excepción de prescripción solicitando la aplicación del plazo de tres años.

Al resolver la cuestión, la Cámara entendió que el plazo aplicable era el de cinco años que establece la prescripción genérica del artículo 2560, pero remarcó que dicho plazo se aplicaba en razón de que la acción incoada era una acción de recupero (*acción de in rem verso*) por un enriquecimiento sin causa que tiene autonomía respecto de las acciones de responsabilidad civil contractual. Al resolver de este modo, entendemos, que ha insinuado que si la solución hubiera sido respecto de una acción de responsabilidad, no hubiera sido la misma; en tanto sostiene que resuelve atendiendo a la *naturaleza de las obligaciones en juego*.

Ahora bien, parecería ser entonces que no hay discusión, a la luz del texto del artículo 2560, respecto de que la acción de cumplimiento de las obligaciones contractuales se extingue a los cinco años (plazo de prescripción genérica); mientras que las acciones de reclamación que persiguen el resarcimiento de los daños sufridos se extinguen a los tres años, independientemente de su fuente (art. 2562, párr. 2º).

En caso de ser esta la interpretación que en última instancia la jurisprudencia resuelva en relación con la prescripción de las acciones, no podemos dejar de señalar la inconveniencia y los conflictos que se devengarán de tener dos plazos diferentes, uno para pedir el cumplimiento (mayor), y otra para la reparación de daños (menor).

1393. c) La reparación del daño moral

El Código Civil de Vélez, luego de la reforma de la [ley 17.711](#), distinguió entre el daño moral contractual (art. 522) y el daño moral derivado de los hechos ilícitos (art. 1078).

En este sentido, la jurisprudencia había generado en torno del texto del artículo 522 el criterio de que la reparación del daño moral derivado de la inejecución del contrato debe otorgarse con criterio restrictivo; mientras que en el caso del daño moral derivado de los hechos ilícitos (art. 1078), se ha aplicado una interpretación más amplia, llegando a sostenerse inclusive que constituía una presunción *hominis* (CS, 16/6/1993, "Gomez Orúe de Gaette Frida c. Provincia de Buenos Aires", SAJ: FA93000240).

Analizando la cuestión, desde el prisma del Código Civil y Comercial, veremos que las conclusiones a las que había arribado la doctrina y la jurisprudencia en torno a la amplitud del daño moral en la responsabilidad extracontractual, y su carácter más estricto en la responsabilidad contractual, no han de modificarse.

Es que si bien es cierto que se ha derogado el citado artículo 522, y que lo que se denominaba *daño moral* ha quedado englobado dentro de las *consecuencias no patrimoniales del daño* (art. 1741), no podemos dejar de señalar que en los supuestos de inexecución de contratos paritarios —no así en los de consumo, en los que debe imperar un criterio amplio en razón de la función tuitiva del derecho del consumidor—, el rigor en el análisis de las pruebas de las consecuencias no patrimoniales debe necesariamente ser mayor, pues, caso contrario, la falta de pago de un mutuo —por ejemplo—, además de la reparación por vía de la imposición de intereses moratorios y punitivos, debería conllevar el pago de una indemnización que repare las consecuencias no patrimoniales de dicha falta de pago.

Por ello, no puede afirmarse que en el caso de daño moral se haya procedido a la unificación de los efectos. Simplemente se ha entendido que su forma de operar no guarda relación con el origen de la obligación incumplida, sino con el contexto de dicho incumplimiento y la situación en la que se encuentra el acreedor frente a tal incumplimiento.

En cuanto a la forma de cuantificar la indemnización que ha de reconocerse para reparar las consecuencias no patrimoniales, el artículo 1741, en su parte final, dispone: *El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.*

Este mandato, sostenemos, propone una forma objetiva de cuantificación que ya fuera hace tiempo descripta por MOSSET ITURRASPE como *placeres compensatorios* (MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños. El daño moral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 298).

Esta nueva forma de cuantificar, señalan Sebastián PICASSO y Luis SÁENZ, es definida como "el criterio de las satisfacciones sustitutivas —en línea con la reciente jurisprudencia de la CSJN— brinda una importantísima pauta para la valuación del daño moral, pues señala que la suma otorgada por este concepto debe mensurarse en función de los placeres o actividades que ella permita realizar a la víctima y que sirvan como una suerte de compensación (y no de equivalente, pues por definición no lo hay en esta materia) de los sinsabores o angustias, o bien del desmedro existencial por ella sufrido" (en PICASSO, Sebastián - CAMELO DÍAZ, Gustavo - HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, cit., t. IV, p. 461).

No caben dudas de que una adecuada aplicación de esta fórmula, si bien no elimina la apreciación del juzgador, quien determinará la cuantía de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales conforme a las circunstancias del caso, habilita una discusión respecto de los montos, lo que permite disminuir la arbitrariedad, tanto en su petición como en su reconocimiento.

En efecto, las partes podrán discutir cuál es la mejor manera de compensar estas consecuencias no patrimoniales, buscando valores de referencia (por ejemplo, el costo de un viaje a un lugar determinado); de modo que quien peticiona debe explicar por qué pide determinada compensación y de qué manera dicha compensación repara el agravio sufrido. A su vez, el juez, a la hora de reconocer un monto indemnizatorio, deberá explicar también por qué entiende que la suma que otorga compensa el agravio sufrido por la víctima. Ambas circunstancias permitirán disminuir tanto la arbitrariedad en los pedidos como en los reconocimientos de montos, por lo que se conocía como daño moral.

1394. d) Discernimiento

Éste es, quizás, el punto donde las diferencias entre las esferas de responsabilidad en el Código vigente quedan más en evidencia; ello, en tanto mantiene —más allá de la adopción del criterio de la capacidad progresiva para contratar— la clásica distinción de edades diferentes para ser responsabilizado por las acciones.

En este sentido, se ha mantenido la edad de diez años como momento a partir del cual se entiende que hay discernimiento para comprender los actos ilícitos (art. 261, inc. b)), y los trece —en el Código de Vélez eran los catorce— para el discernimiento respecto de los actos lícitos (art. 261, inc. c)).

Lo expuesto quiere decir que un menor de diez años nunca podrá ser demandado por responsabilidad extracontractual, y que la responsabilidad de sus padres será directa. En tanto, luego de dicha edad, los padres también responderán, pero lo harán como *hecho de un tercero*, y en consecuencia tendrán acción de repetición sobre el patrimonio del menor.

Por el otro lado, la responsabilidad contractual, si bien en principio nace con la capacidad plena (dieciocho años), el criterio de la *capacidad progresiva*, la posibilidad de ejercer una profesión por parte del menor por el título habilitante que obtenga y que le permite administrar y disponer de los bienes adquiridos por el fruto de este ejercicio, y el reconocimiento de los contratos de escasa cuantía (art. 684), habilitan a que en estos casos un adolescente (menor de edad, pero con trece años cumplidos) pueda ser demandado en función de los actos lícitos que haya celebrado.

1395. e) Solidaridad

El Código Civil y Comercial mantiene la distinción que hacía el Código velezano en cuanto a que la responsabilidad contractual es mancomunada salvo pacto en contrario (arts. 701, Cód. Civil, y 828, Cód. Civ. y Com.) y la responsabilidad extracontractual es solidaria, por cuanto si varios sujetos participan en la producción del daño con causa única, se aplican esas reglas (arts. 1081, Cód. Civil, y 1751, Cód. Civ. y Com.).

1396. f) Competencia

Claramente, la competencia territorial en materia de responsabilidad extracontractual es determinada indefectiblemente por la ley, al igual que la ley aplicable. En cambio, en materia de responsabilidad contractual, la determinación legal de la competencia y de la ley aplicable es supletoria de la voluntad de las partes que pueden libremente elegir el foro frente al cual tramitarán las acciones e indicar las normas bajo las cuales se rige el acuerdo.

1397. g) Distribución de las cargas probatorias

La primera diferencia que se observaba en el régimen legal anterior entre la responsabilidad contractual y la aquiliana radicaba en la carga de la prueba de la culpa en la causación del daño.

En los supuestos de incumplimiento contractual, o bien se presumía la culpa del deudor, o bien estábamos frente a un supuesto de atribución objetiva de la responsabilidad. En cualquiera de las dos hipótesis, el deudor debía demostrar su cumplimiento. Por su lado, en la responsabilidad aquiliana, la víctima del daño era quien debía probar la responsabilidad del dañador, a menos que se tratase de una responsabilidad impuesta por un factor objetivo.

En el Código vigente encontramos que estas reglas de juego se mantienen en principio, pero ha quedado detallado su funcionamiento de la siguiente manera:

a) Si la obligación asumida en el contrato, o impuesta en la ley, garantiza al deudor la obtención de un resultado, el factor de atribución es objetivo (art. 1723). En consecuencia, en la inejecución de una obligación de resultado, sea ella de origen contractual o legal, el deudor deberá demostrar el cumplimiento del resultado comprometido o la existencia de circunstancias eximentes de su responsabilidad (art. 1734).

b) Si la obligación incumplida es de medios, el factor de atribución de la responsabilidad será subjetivo. En este supuesto, la víctima del daño deberá probar la

culpa o dolo de quien causó el daño, y el demandado la existencia de causales de justificación (art. 1734). Cabe aclarar, además, respecto en la carga de la prueba en los factores de atribución subjetivos de la responsabilidad, que bajo el sistema anterior, la doctrina había elaborado una excepción a la distribución probatoria denominada "teoría de las cargas dinámicas de la prueba" que imponía el deber de probar los hechos, no a quien los alegaba, sino a la parte que estuviese en mejores condiciones de hacerlo. Lo cierto es que esta elaboración doctrinara comenzó a ser aplicada en la jurisprudencia, sin reglamentación alguna y a libre criterio del arbitrio judicial, generando, en algunos casos, una afectación de las garantías constitucionales al debido proceso y a la defensa en juicio. Frente a este escenario, el Código Civil y Comercial ha establecido una reglamentación a la distribución dinámica de las pruebas en el artículo 1735, facultando al juez a distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber obrado diligentemente, de manera distinta a la establecida en las reglas señaladas, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. En tal caso, debe comunicar dicha decisión de modo de permitirles ofrecer la prueba conforme a la distribución establecida. Esta comunicación, si bien el texto legal dice que procede *si el juez lo considera pertinente*, entendemos que es de carácter obligatorio, en tanto se encuentra en juego el derecho de defensa en juicio, debiéndose en dicho caso dar a las partes la posibilidad de replantear el ofrecimiento de la prueba formulado al momento de interponer la demanda y su contestación (ALFERILLO, Pascual, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, cit., t. 2, p. 1059).

Surge entonces de lo expuesto, que en este aspecto —la prueba de la culpa— el legislador se ha apartado de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, y ha puesto la diferencia en el alcance de las obligaciones asumidas y el factor de atribución de la responsabilidad para distribuir las cargas de la prueba.

1398. h) Atenuación de la responsabilidad

La potestad del juez de atenuar la extensión de la indemnización que establece el artículo 1742 es aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, quedando excluida la potestad de la atenuación en caso de dolo del responsable. Como se advierte, en este aspecto han quedado unificadas ambas esferas de la responsabilidad civil.

D.— LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LAS RELACIONES DE CONSUMO

1399. Sistematización

Más allá de que las reglas de la responsabilidad contractual y extracontractual rigen también para las relaciones de consumo, el sistema de protección del consumidor tiene a su vez reglas propias aplicables a los contratos de consumo y a las relaciones de consumo no contractuales, que entendemos prudente estudiar por separado.

1400. Tipos de incumplimientos

Surge de la lectura de la ley de defensa del consumidor ([ley 24.240](#), modif. por [ley 26.361](#)) que el legislador se ha ocupado de analizar las causas de dichos daños, estableciendo tres regímenes de responsabilidad según el origen del daño:

a) Un sistema para los incumplimientos contractuales, el cual comienza con el incumplimiento de la oferta (art. 10 bis) y alcanza la inejecución de los términos del contrato.

b) Otro sistema diferenciado para los daños derivados del riesgo o vicio del producto o del servicio prestado (art. 40) en los que se causen daños a la persona o bienes del consumidor.

c) Un tercer sistema de garantías (arts. 11 a 17) en los que el producto o servicios presenta deficiencias que no trasciende de la esfera del bien o servicio.

Asimismo, y para situaciones excepcionales que se puedan suscitar en cualquiera de los sistemas, se ha contemplado la potestad judicial de imponer una multa civil o daño punitivo (art. 52 bis).

1401. a) Incumplimientos contractuales

El artículo 10 bis de la ley de defensa del consumidor es claro respecto de las acciones que posee el consumidor, tanto frente al incumplimiento de la oferta, como del contrato en sí mismo, estableciendo lo siguiente: *Incumplimiento de la obligación. El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.*

Es resaltable la diferencia que existe entre el inciso b) de esta norma y el inciso b) del artículo 730. Mientras en este último se faculta al acreedor a hacerse procurar por otro lo debido, a costa del deudor, en aquél se lo faculta a aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente. Por tanto, en este caso, el consumidor no puede procurar la ejecución de la prestación por otro proveedor a costa del primero.

Claramente, el legislador, teniendo en miras la realidad del tráfico comercial y a los fines de evitar situaciones abusivas, no le ha otorgado el derecho al consumidor de obtener la ejecución de la obligación por otro, sino que, en su lugar, le ha dado el derecho a exigir un producto o servicio similar al que se le está incumpliendo.

En otro orden de cosas, se advierte en los repertorios jurisprudenciales que se ha venido planteando la solidaridad de los integrantes de la cadena de comercialización ante los supuestos de incumplimiento contractual, invocando el artículo 40 de la [ley 24.240](#). Tales planteos han sido acertadamente desestimados por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

El referido artículo 40 es claro respecto de que su aplicación se limita a los supuestos de responsabilidad por vicio o riesgo del producto o servicio, lo que excluye los casos de incumplimiento que regula el artículo 10 bis.

¿Quiere decir lo expuesto que no existe solidaridad frente al consumidor, por ejemplo, entre las concesionarias que venden automóviles y sus fabricantes?

La respuesta es negativa, pero los argumentos no radican en la aplicación del artículo 40, sino en la teoría de la conexidad contractual regulada en los artículos 1073 a 1075 del Código Civil y Comercial, que hemos tratado en el número 37.

Así, en el ejemplo de la responsabilidad de la concesionaria de autos y la terminal que lo fabrica frente al consumidor, podemos ver que el contrato de compraventa del automotor se encuentra vinculado con el contrato de concesión que une a la terminal con la concesionaria.

Desde esta perspectiva, y conforme a la aplicación del artículo 1075 *probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aun frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato.*

Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

Por lo tanto, probada la conexidad contractual, ello es el vínculo contractual relevante que une en el caso del ejemplo a la concesionaria con la terminal, el consumidor puede demandar por el incumplimiento a ambas partes; sin perjuicio de los derechos de regreso que puedan asistirles entre ellas.

1402. b) Responsabilidad derivada de los vicios o riesgos del producto o servicio

El artículo 42 de la Constitución Nacional ha establecido, como uno de los derechos esenciales del consumidor, el de la seguridad en las relaciones de consumo.

Esta garantía constitucional ha sido regulada legislativamente en el artículo 5º de la [ley 24.240](#) que señala expresamente: *Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.*

La obligación allí consagrada consiste pues, en una obligación de resultado, en la que el proveedor debe reparar todo daño que sufra el consumidor a raíz del vicio que padecía el producto o el servicio, o del riesgo propio que conlleva.

Esta obligación tiene su origen en el principio general de la buena fe (STIGLITZ, Gabriel, "El deber de seguridad en el derecho del consumidor", en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A., *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 73).

Esto indica que la responsabilidad del proveedor es de tipo objetivo, independientemente de las previsiones que hubiera tomado para evitar el daño, lo que no lo exime de responder conforme al texto del artículo 1757, *in fine*.

Ahora bien, en estos casos en los que el daño al consumidor se produce por una infracción al deber de seguridad por el vicio o riesgo del producto o servicio, surge la responsabilidad de la cadena de comercialización, conforme a las estipulaciones del artículo 40 de la [ley 24.240](#).

En este sentido, establece dicha norma: *Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.- La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.*

Cabe señalar que, si bien el texto dispone que el tipo de obligación que compromete a los integrantes de la cadena de comercialización frente al consumidor es de tipo *solidaria*, lo cierto es que ella es de tipo *concurrente* (arts. 850 y ss.).

Es que, claramente, el deber de reparar tiene causas diferentes, en tanto no es la misma fuente la que impone la responsabilidad del vendedor (el contrato), que la que impone la responsabilidad del fabricante (la ley).

Esta distinción resulta necesaria a los fines de comprender los alcances de las acciones de repetición posteriores, en tanto, al ser concurrente, el verdadero responsable asume la totalidad de lo pagado frente a quien le pagó al consumidor; en cambio, si fuere solidaria, lo pagado necesariamente debería dividirse a prorrata entre todos los deudores.

Aclara también la norma que, respecto del transportista, éste puede eximirse de responder debiendo probar que el daño sufrido por el consumidor no guarda relación con el transporte de la cosa.

Por otro lado, ha generado largo debate la última oración del texto que señala que puede librarse de responsabilidad quien demuestre *que la causa del daño le ha sido ajena*.

En este sentido, coincidimos con Ramón D. PIZARRO (en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A., *Tratado de derecho del consumidor*, cit., t. III, ps. 341 y ss.), y con Jorge BRU y Gabriel STIGLITZ (en RUSCONI, Dante, *Manual de derecho del consumidor*, cit., p. 420), en tanto afirman que al tratarse la responsabilidad por vicios de productos o servicios de una responsabilidad con un factor de atribución objetivo, las únicas eximentes aplicables son las de la ruptura de la relación de causalidad entre el daño y la relación de consumo (hecho del consumidor, que se aprecia con carácter restrictivo, culpa de un tercero ajeno a la cadena de comercialización, caso fortuito o fuerza mayor ajeno al riesgo de la actividad).

1403. c) Las garantías debidas al consumidor

El régimen legal de la tutela del consumidor establece en el artículo 11 de la [ley 24.240](#) las garantías mínimas y obligatorias que debe otorgar el proveedor respecto de los bienes muebles no consumibles, mientras que el artículo 30 establece la garantía exigible en las prestaciones de servicios. A su vez, cabe señalar que por imperio del artículo 13, el cumplimiento de la garantía es exigible a todos los integrantes de la cadena de comercialización.

i) *Garantías de bienes muebles no consumibles*. En los casos en que se comercialicen bienes muebles no consumibles (lo que implica no solo compraventa, sino también locaciones, comodatos, etc.), el proveedor deberá garantizar el buen funcionamiento de la cosa, así como su identidad con lo ofertado por un plazo de tres meses si se trata de bienes usados, y de seis meses si son nuevos (art. 11).

Los obligados para la prestación de la garantía son todos aquellos que componen la cadena de producción y distribución (art. 13) y deben garantizar la adecuada reparación y prestación del servicio técnico (art. 12).

Una vez prestado el servicio técnico, se le debe entregar al consumidor una constancia de reparación donde se le informe detalladamente la calidad de los trabajos detallados, las piezas reemplazadas, etc. (art. 15).

Si luego de la reparación la cosa no puede ser empleada en forma óptima para su uso, el consumidor puede optar por:

a) pedir la sustitución del bien por otro de igual valor; haciendo renacer la garantía respecto del nuevo bien;

b) devolver la cosa y que se le restituyan todas las sumas abonadas, así como, si es un pago en cuotas, el cese del pago de las sumas restantes;

c) una quita en el precio de la cosa.

Estas acciones son acumulables, además, con la de reparación de daños (art. 17).

El plazo de vigencia de la garantía establecido es de orden público, en razón de lo cual no puede ser renunciado ni disminuido de ninguna forma, aunque sí puede ser ampliado convencionalmente; quedando establecido además que la garantía se prolonga durante el tiempo en que el usuario no puede utilizar el bien por cualquier causa relacionada con su reparación (arts. 11 y 16).

Asimismo, el legislador ha dejado a salvo el derecho del consumidor a optar por el régimen de vicios redhibitorios contemplado en el Código Civil y Comercial (art. 18).

ii) *Garantías sobre bienes inmuebles*. Los bienes inmuebles se rigen por el sistema de vicios redhibitorios y garantías del contrato de obra que se regulan en los artículos 1271 y 1272 del Código Civil y Comercial. Para los supuestos de ruina rige el artículo 1273.

iii) *Garantías sobre servicios*. A diferencia de lo establecido para la comercialización de bienes, el legislador ha establecido una garantía mucho más laxa para las prestaciones de servicios.

Decimos que es más flexible a tenor de la regulación que de ésta hace el artículo 23 de la [ley 24.240](#).

Primeramente, el plazo que se estipula de garantía para la prestación de servicios es de 30 días corridos a contar desde la fecha en que se prestó el servicio. Si aparecieren deficiencias o defectos en el trabajo realizado en dicho plazo, el prestador del servicio deberá corregirlas a su propia costa. La otra diferencia notable respecto de la garantía sobre cosas muebles es que ella es renunciable por escrito (art. 23).

Sin embargo, la renuncia a la garantía, entendemos, no deja al consumidor librado a su suerte; en efecto, si surgen defectos en la prestación del servicio, quedará a salvo el derecho a accionar por incumplimiento de contrato.

1404. Daños punitivos

Uno de los instrumentos más controversiales incorporados a la ley de defensa del consumidor mediante la modificación instaurada por la [ley 26.361](#), es la de los daños punitivos establecida en el artículo 52 bis.

Este instituto le otorga facultades al juez para imponer sanciones a favor del consumidor por hasta cinco millones de pesos, lo cual ha disparado un sinnúmero de peticiones, la mayoría rechazadas.

Entendemos que esta herramienta es de suma utilidad a la hora de prevenir conductas, en tanto, aplicada debidamente, sirve como elemento disuasorio de conductas que afecten derechos de los consumidores.

1405. a) Definición

El artículo 52 bis define al instituto como una *multa civil*, es decir, una sanción que deriva de un reproche de conducta al proveedor.

Por ello, la doctrina es coincidente en sostener que la procedencia de los daños punitivos no se encuentra atada a un mero incumplimiento en sí mismo, sino que se necesita una actitud clara de desprecio por los derechos de consumidores y usuarios (LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 563).

Asimismo, y en razón de este carácter punitivo de la sanción, ella solo puede ser impuesta a quien ejecutó la conducta, no pudiendo perseguirse el cobro en forma solidaria a toda la cadena de comercialización, tal como sucede con la indemnización.

En todo caso, si hubo conductas merecedoras de reproche de varios integrantes de la cadena, el juez debe imponer una sanción específica a cada uno de ellos. Esto surge claro de la forma en la que se deben imponer las penas; si varios cometen un delito, no se divide entre los autores la pena, sino que se sanciona a cada uno por separado en función de su accionar.

1406. b) Requisitos para la procedencia

La doctrina y la jurisprudencia han construido de a poco una serie de requisitos para la imposición de los daños punitivos. Ellos son:

i) *Grave desprecio por los derechos del consumidor*. La sanción no procede frente al mero incumplimiento del proveedor, sino cuando éste obra a sabiendas del perjuicio que causa (dolo), o a sabiendas que puede causar un perjuicio y sin tomar medidas para evitarlo (lo que en el derecho penal se denomina *dolo eventual*), o con un obrar culpable sin ningún tipo de cuidado por los derechos de los consumidores, cuando ello le es exigible (la llamada *culpa por representación* del derecho penal).

Va de suyo que el grave desprecio por los derechos del consumidor se puede dar tanto por acción, como por omisión en los contextos referidos.

ii) *Procura de obtención de un lucro indebido*. Algunos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial han señalado que debe requerirse —además— que el proveedor procure obtener un lucro indebido.

No es necesario que efectivamente lo obtenga, pero sí que esté encaminado a ello (por ejemplo, si lanza una campaña publicitaria engañosa y ella es removida por alguna acción antes de que obtenga beneficios).

No somos partidarios de esta postura, en tanto no todas las acciones encuadradas en el punto anterior pueden tener la finalidad de obtención de un lucro indebido.

Es que de imponerse a rajatabla este requisito, caería en letra muerta la especial recomendación de imposición de daños punitivos que efectúa el artículo 8 bis a los supuestos de violación al trato digno.

El trato discriminatorio, la exposición a situaciones ultrajantes o vejatorias, no siempre parten del interés económico, sino de posiciones tomadas por los proveedores, asumidas por convicción, que resultan intolerables a la vida en sociedad y, por lo tanto, han de ser penalizadas (es el caso del dueño del boliche que no permite el ingreso de personas discapacitadas, las requisas ultrajantes por personal de seguridad privada a quienes son sospechados de haber sustraído algo de un supermercado, etc.).

Es claro, entonces, que este requisito debe ser ponderado como un elemento más a la hora de cuantificar el daño punitivo, pero no puede resultar determinante para decidir su procedencia.

Por otro lado, entendemos que debemos diferenciar los criterios de cuantificación que establece el artículo 49 de la ley de defensa del consumidor, con los requisitos de procedencia de la sanción.

Así, si el proveedor obtuvo un lucro con la conducta que se sanciona, este lucro sirve como parámetro de cuantificación, pero en modo alguno es requisito para la procedencia de la sanción.

Una interpretación diferente, mezcla la sanción de la conducta con el desbaratamiento del "ilícito lucrativo", el que debe efectuarse a través del instituto del enriquecimiento sin causa y no mediante la imposición de daños punitivos.

De este modo, si una empresa obtiene un lucro con una conducta contraria a los derechos del consumidor (por ejemplo, un banco que cobra comisiones no informadas), el deber de restituir las sumas percibidas más sus intereses se impone por el enriquecimiento sin causa —o ilícito— de su conducta por un lado; y por el otro se lo sanciona con la determinación de un daño punitivo.

iii) *Existencia de un daño*. Existe un criterio preponderante en la jurisprudencia y en la doctrina en insistir en la necesidad de la existencia de un daño al consumidor para la procedencia de la imposición del daño punitivo (GALDÓS, Jorge M., en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos, *Tratado de derecho del consumidor*, cit., t. III, p. 292). Sin embargo, la Corte Suprema de la Provincia de Tucumán (autos "Esteban, Noelia Estefanía c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G.", 25/4/19, L.L. diario del día 18/7/2019, cita online [AR/JUR/8463/2019](https://www.argentina.gob.ar/tribunales/corte-suprema-provincia-tucuman)) se ha ocupado de discutir el requisito de la existencia de un daño concreto para la procedencia de la imposición de un daño punitivo.

En este sentido, en posición que compartimos, ha señalado que a la luz de la función disuasoria de conductas que posee el instituto, no se debe exigir que la conducta desplegada por el proveedor haya provocado un daño en concreto; siendo suficiente que la conducta que se sanciona haya tenido la potencialidad de causar daños, aun cuando ellos no se hayan producido.

Así, el caso resuelto trató de un consumidor que encontró una pila en una bebida gaseosa. Si bien no ingirió la bebida, el potencial daño que hubiera sufrido en caso de haberlo hecho, fue suficiente para que el tribunal impusiera a la demandada una sanción punitiva, de manera de castigar la falta de seguridad en los productos alimenticios de la empresa.

1407. c) Destino de la multa

El artículo 52 bis es claro en cuanto a que la multa debe destinarse a favor del consumidor que accionó y que la petitionó; si se trata de una acción colectiva, debe entenderse que la multa debe favorecer al colectivo.

Sin embargo, esta disposición ha recibido fuertes críticas por parte de la doctrina, con las que no coincidimos.

Primeramente debemos señalar que una quita del derecho a los consumidores, mediante una reforma legislativa, del derecho a percibir los daños punitivos, atentaría contra el principio de progresividad de los derechos de los consumidores y sería, a nuestro criterio, inconstitucional.

Sin perjuicio de ello, advertimos que la principal acusación que recibe el beneficio que otorga el artículo 52 bis a este respecto reside en afirmar que el consumidor que percibe los daños punitivos se enriquece sin causa.

Ello de modo alguno es así. Ante todo, debe recordarse que la causa de las obligaciones puede ser tanto el contrato como la ley. Razón por lo cual, si la ley establece el beneficio, la causa del enriquecimiento es la norma y, por tanto, éste no es ilícito.

Pero, por otro lado, cabe señalar que este argumento se encuentra superado en el derecho del trabajo donde no se discute el derecho del trabajador a percibir las sanciones que imponen los artículos 80 y 132 bis de la ley de contrato de trabajo ([ley 20.744](#)), los artículos 1º y 2º de la [ley 25.323](#), o las multas de los arts. 8º, 9º, 10 y 15 de la [ley 24.013](#).

En ninguno de los casos señalados se ha cuestionado que sea el trabajador el beneficiario de las sanciones que se le imponen al empleador por el incumplimiento de sus obligaciones frente al propio trabajador, o frente al Estado.

Consecuentemente, es claro, pues, que no hay obstáculo alguno para que sean los consumidores los beneficiarios de la sanción punitiva.

1408. d) Cuestiones procesales

Veamos brevemente dos cuestiones procesales:

i) *Potestad judicial*. Los daños punitivos solo pueden ser impuestos en sede judicial, careciendo los órganos administrativos de capacidad para dicho fin.

ii) *Petición de parte*. Los daños punitivos solo pueden ser impuestos a petición de parte y no de oficio, aunque la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a los jueces la facultad de apartarse de los montos estimados por la parte, otorgándoles plena libertad para determinar la cuantía de la sanción.

1409. e) Cuantificación

Uno de los aspectos más complejos respecto de los daños punitivos es la determinación del *quantum* de la sanción.

Entendemos que, en definitiva, la determinación del monto deberá ser realizada por el tribunal siguiendo algunas pautas concretas. En este sentido, resulta útil como pauta orientadora, las indicaciones que el artículo 49 de la [ley 24.240](#) da a la autoridad de aplicación, a saber: *En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción*

para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

Asimismo, el juez no podrá, por imperio normativo, imponer sanciones que superen los \$ 5.000.000 en razón de la remisión que el texto del artículo 52 bis efectúa al artículo 47, inciso b), de la propia ley.

1410. f) Asegurabilidad

La doctrina afirma, de manera unánime, que el proveedor no puede asegurarse frente a la posibilidad de imposición de daños punitivos, por cuanto un criterio en contrario privaría al instituto de su función disuasoria, además de que chocaría la idea de la asegurabilidad con las previsiones de la ley de seguros ([ley 17.418](#)).