

Omar Cabrera

TEORÍA DE LOS CONTRATOS

CIVILES Y COMERCIALES

· EVOLUCIÓN, CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

· ELEMENTOS, CONSENTIMIENTO Y CAPACIDAD PARA CONTRATAR

· OBJETO, CAUSA, FORMA Y VICIOS EN LOS CONTRATOS

· PRUEBA, INTERPRETACIÓN Y EFECTOS. EN EXCEPCIONES

· SEÑA, PACTO COMISORIO, GARANTÍA EVICCIÓN

Y VICIOS REDHIBITORIOS

· REVISIÓN Y EXTINCIÓN. LOS CUASICONTRATOS

EDICIONES
D&D

Cabrera, Omar

Teoría de los contratos : civiles y comerciales . - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : DyD, 2014.

290 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-9371-30-5

I. Derecho Civil. 2. Obligaciones. I. Título
CDD 346.2

Fecha de catalogación: 23/06/2014

EDICION, DIAGRAMACION Y COMPOSICION:

Ediciones D&D S.R.L.

Alsina 1535 1º "103" - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

República Argentina - Tel.: (011) 4382-8505

info@edicionesdyd.com.ar

Queda prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión, en forma idéntica, extractada o modificada; en castellano o en cualquier otro idioma.

“TEORÍA DE LOS CONTRATOS”
Civiles y comerciales

Omar Cabrera

2014

Buenos Aires - Argentina

INDICE GENERAL

PREFACIO	17
CAPITULO 1	
LA EVOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS	19
1. Los principios jurídicos	21
2. Los principios jurídicos contractuales	23
3. Los contratos y la tecnología.....	24
4. El reto de la modernidad	26
5. Acto de confianza	27
CAPITULO 2	
CONCEPTO DE CONTRATO. DIFERENCIA CON LA LEY Y LA SENTENCIA . CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES	29
1. Enfoque legal sobre hechos y actos jurídicos.....	31
2. Concepto de contrato.....	32
3. Contrato, ley y sentencia.....	35
4. Límite a la libertad de contratación	35
5. Contratos civiles y comerciales.....	36
CAPITULO 3	
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. CONTRATOS DE ADHESIÓN.....	39
Conceptualización.....	41
Desde la filosofía.....	41
La autonomía de la voluntad en los Códigos civil y comercial	44
La regla moral	46
Pacta sunt servanda.....	48
Contratos de adhesión o cláusulas predispuestas	50
Cláusulas predispuestas en la ley del consumidor	52

CAPITULO 4	
CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS	55
Unilaterales y bilaterales	57
Onerosos y gratuitos	58
Consensuales y reales	59
Nominados e innominados	61
Típicos y atípicos	62
Conmutativos y aleatorios	63
Principales y accesorios	65
Formales y no formales	65
Clasificación por sus efectos - Causados y abstractos	66
De disposición y de administración	66
Constitutivos y declaratorios	66
De ejecución inmediata y de ejecución diferida	67
De ejecución única y de tracto sucesivo	67
Clasificación por su función económica - Función de cambio	67
Función de crédito	68
Función de garantía	68
CAPITULO 5	
ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS	69
Elementos esenciales generales	72
Capacidad, forma y sujeto	73
Elementos esenciales particulares	74
Elementos naturales y accidentales	75
CAPITULO 6	
EL CONSENTIMIENTO	79
Formación del consentimiento	81
Oferta y aceptación	82
Precontractualidad	82
Oferta	86

Obligación del oferente	83
Requisitos de la oferta	83
Vigencia de la oferta	85
Oferta de objeto plural	85
Revocación de la oferta	89
Caducidad de la oferta	89
Aceptación	89
Requisitos de la aceptación	84
Modalidades de la aceptación	90
El silencio en la aceptación	91
Oportunidad para la aceptación	92
Retractación de la aceptación	92
Consentimiento a través de las nuevas tecnologías	93
La firma digital	93

CAPITULO 7

CAPACIDAD PARA CONTRATAR 97

Presupuesto de validez	99
Remisión en el Código civil	99
Distintas capacidades según el tipo contractual	101
Los religiosos profesos	103
Condenados a penas superiores a tres años de prisión	103
Situación de los fallidos	104
Contrato a nombre de terceros	104
Régimen de participación de los incapaces en los contratos	105

CAPITULO 8

EL OBJETO EN LOS CONTRATOS 107

El objeto en la obligación y en el contrato	109
Bienes y hechos	109
Determinación del objeto contractual	111
Patrimonialidad	111
Objeto plural	111
Contrato sobre cosa ajena como ajena	112

Contrato sobre cosa Ajena como propia	113
El delito de estelionato	114
Bienes inexistentes y bienes futuros	114
Herencia futura	116

CAPITULO 9

LA CAUSA EN LOS CONTRATOS	119
--	------------

Reseña histórica	121
La causa eficiente en el Código civil argentino	126
La causa como objetivo	128
La finalidad	131
Sustancia finalista	133
Metodología del Código civil	134
Presunción, falsedad e ilicitud de la causa final en el Código civil	135
Objeto ilícito y causa ilícita	139

CAPITULO 10

LA FORMA EN LOS CONTRATOS	141
--	------------

Clasificación formal de los contratos	143
Libertad de forma	144
Método del Código civil	145
Carencia de forma	146
La forma de los contratos entre presentes y entre ausentes	147
La escritura pública según regulación del artículo 1184	147
Boleto de compraventa inmobiliaria	147
Juicio por escrituración	150
Oponibilidad del boleto en la quiebra	152
Rigidez de forma por voluntad de las partes	153

CAPITULO 11

VICIOS DE LOS CONTRATOS	155
--------------------------------------	------------

Vicios de la voluntad y de la buena fe	157
--	-----

Error	158
Dolo.....	162
Violencia	163
Simulación	164
Fraude	166
Lesión	167

CAPITULO 12

ATIPICIDAD	176
-------------------------	------------

Marco socio-económico	179
Generalidades	182
Clases de atipicidad	183
Costumbre y causa	184
Naturaleza jurídica	185
Conducta autorregulada	186
Nuevas formas de contratación	187

CAPITULO 13

LA PRUEBA EN LOS CONTRATOS	191
---	------------

Teoría de la prueba	193
Relaciones entre forma y prueba	194
Método legal de la prueba contractual. Medios y modos	194
Remisión a la ley de forma	195
Medios de prueba en la ley de fondo	196
Valor probatorio	196
Instrumento público	196
Instrumentos particulares firmados o no firmados	197
Confesión de partes judicial o extrajudicial	201
Juramento judicial	202
Presunciones legales y judiciales	202
Testigos	203
Aplicación de los medios de prueba del Código civil	203

CAPITULO 14	
INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS	207
Interpretación e integración	209
La naturaleza de las normas de interpretación. Destinatarios	210
Reglas de interpretación en el derecho argentino. La buena fe contractual	211
Normativa mercantil	214
Finalidad objetiva de las normas de interpretación	217
CAPITULO 15	
EFECTOS DE LOS CONTRATOS	219
Efectos entre partes y terceros	222
Efectos entre las partes	223
Efectos en relación a terceros	223
Efectos con relación a sucesores universales y particulares. El legatario de cuota	223
Obligaciones inherentes a la persona y a la posesión	224
Efectos con relación a terceros. Terceros acreedores	225
Contratos en perjuicio de terceros	226
Contratos a favor de terceros	227
Contratos por terceros	227
Contratos sobre el patrimonio de terceros	228
Citación en garantía del asegurador	230
CAPITULO 16	
EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	231
Definición	233
Naturaleza jurídica	234
Derecho de retención y excepción de contrato no cumplido	235
Carga de la prueba	236
Exceptio non rite adimpleti contractus (Excepción de incumplimiento parcial)	237
Síntesis	237

CAPITULO 17	
SEÑA, SEÑAL o ARRAS	239
Ubicación práctica	241
Especies	242
La cláusula como seña y a cuenta de precio	244
Hasta que momento se puede arrepentir	245
Seña y reserva	245
CAPITULO 18	
PACTO COMISORIO	249
Criterio y noción	251
Naturaleza jurídica	251
Pacto comisorio expreso	251
Pacto comisorio tácito	253
El artículo 505 del Código civil	259
CAPITULO 19	
GARANTÍA DE EVICCIÓN	261
Ubicación legal y encuadre fáctico	263
Presupuestos, extensión y efectos de la evicción	264
Procedimiento para hacer efectiva la garantía de evicción.....	266
Valor de las cláusulas que eliminan la evicción	268
Evicción sin sentencia	268
Citación simultánea o alternativa	269
Garantía de evicción en el contrato gratuito	270
La evicción en algunos contratos	271
CAPITULO 20	
VICIOS REDHIBITORIOS	273
Naturaleza jurídica	275
Requisitos.....	276
Las partes como creadoras de vicios ocultos	277

Vicios redhibitorios en el Código de comercio	277
Acciones	278
Prescripción liberatoria en los bienes muebles	279
Régimen de vicios redhibitorios en los inmuebles	279
El vicio oculto en la ley del consumidor	280
CAPITULO 21	
REVISIÓN DE LOS CONTRATOS	281
Pacta sunt servanda	283
Rebus sic stantibus	284
Teoría de la imprevisión	285
Impacto de la imprevisión en el acto jurídico	286
La letra de la ley	288
Imprevisión, caso fortuito y lesión	289
Cláusula de exclusión	291
CAPITULO 22	
EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS	294
De las obligaciones y los contratos	296
Imposibilidad de cumplimiento	296
Formas anómalas de extinción	296
Nulidad	296
Rescisión	297
Revocación	298
Resolución	300
Efectos de la resolución del contrato	302
Otros modos extintivos	303
CAPITULO 23	
LOS CUASICONTRATOS	307
Los cuasicontratos en el derecho romano	309

Crítica al cuasicontrato	311
Concepto de cuasicontrato	311
La gestión de negocios	312
Pago de lo indebido	314
Enriquecimiento sin causa	317
Empleo útil	318
BIBLIOGRAFÍA	320

PREFACIO

Esta obra trata de simplificar la información; de ofrecerla ya procesada por el tamiz de la experiencia acumulada en más de veinte años como abogado, docente y consultor en la especialidad; para responder a las dificultades que plantea cotidianamente la redacción de cada una de las cláusulas de un contrato; su estudio y análisis.

Estoy convencido de la utilidad de este tipo de trabajos, en los que se privilegia la factibilidad de su aplicación a cada caso concreto, sin pretensiones de reemplazar al tratado, o a la obra teórica puntual referida a cada uno de los institutos civiles o comerciales que se exponen en el texto.

Para esta ocasión he utilizado muchas páginas de aquellos libros que nutrieron el conocimiento personal en el proceso iniciático de esta apasionante profesión; algunos inhallables hoy. He reformulado monografías sobre aspectos generales o parciales referidos a los temas negociales y a los objetos de los acuerdos contractuales.

Deliberadamente he desprovisto al contenido, excepto en muy contadas oportunidades, de toda nota y referencia a las obras jurídicas que le han servido de base, y que subyacen necesariamente en cada afirmación práctica; pero las reúno en la bibliografía general, con profundo agradecimiento por su aporte a la formación de mi opinión en cada caso.

Las reformas legislativas, resoluciones judiciales, modificaciones reglamentarias y aclaraciones necesarias, se sumaron para imponer la actualización de la presente exposición sobre la generalidad de la especialidad.

Los proyectos de cambios, tanto en el área contractual como en el derecho privado en su totalidad, son observados por el suscripto, desde este tiempo, como promesas que pueden diluirse en el futuro; si hallasen concreción en algún momento, la obra será adaptada, de acuerdo a los requerimientos de las circunstancias venideras.

Vaya entonces mi agradecimiento a todos los que, de una manera u otra, contribuyeron con su conocimiento y tributaron su comprensión y prudencia para que este trabajo pudiera hacerse realidad.

Omar Cabrera

Buenos Aires, marzo de 2014

CAPITULO 1

LA EVOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS

Los principios jurídicos

El derecho romano se construyó sobre tres pilares que fundamentaron y sostuvieron el naciente sistema de reglas destinado a regular la convivencia entre las personas: *Honeste vivere* (vivir honestamente), *Suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y *Alterum non laedere* (no dañar al otro). Estos axiomas, históricamente compilados, conforman razonamientos admitidos que establecen un punto de partida al pensamiento jurídico, ordenan la idea de justicia y fundan las decisiones judiciales, gravitando e impregnando los comportamientos particulares y estableciendo las pautas de convivencia.

Constituyen una membrana de contención axiológica que permite modificaciones constantes en el ordenamiento jurídico, sin apartarse de los valores que la sociedad haya edificado empíricamente.

Ulpiano¹ instauró los preceptos del derecho, identificándolos con el siguiente contenido: El *Honeste Vivere* es garantía de la pública honestidad y de los comportamientos ajustados a las buenas costumbres. El *Suum Cuique Tribuere* involucra un aspecto legal; quien obra de acuerdo a las leyes consume el precepto de dar a cada uno lo suyo. Cumplir lo prometido y reconocer los derechos ajenos materializan jurídicamente el principio.

1 La época del nacimiento de Domicio Ulpiano es desconocida, aunque suele situarse en torno al año 170, en Fenicia. Era miembro de una de las familias ecuestres más importantes de la provincia romana de Siria.¹ El periodo de su actividad literaria se desarrolló entre 211 y 222, particularmente durante el gobierno del emperador Caracalla (211-217). Su carrera pública fue paralela a la de su rival Paulo. Fue asesor de su maestro Papiniano, cuando este desempeñó la prefectura del pretorio y, además, él mismo ejerció como prefecto del pretorio de Alejandro Severi hasta el año 212. Tras el homicidio de Papiniano, en 212 y la persecución contra los simpatizantes de Geta, decidió retirarse a la vida privada, época en la cual redactó la mayor parte de sus obras jurídicas, dedicándose especialmente a componer comentarios dogmáticos complejos y monografías de divulgación. Durante el gobierno de Heliogábalo fue exiliado de Roma, de acuerdo a *Scriptores Historiae Augustae*, sólo por ser un buen hombre (*bonus vir*). En el año 222, al ser elegido Alejandro Severo como emperador, pudo regresar y fue llamado a participar en el gobierno, como asesor y luego como prefecto del pretorio. Su programa, que buscaba reducir los privilegios concedidos por Heliogábalo a la Guardia Pretoriana, con el fin de aumentar el control sobre el elemento militar, provocó la enemistad con ésta y un intento de homicidio. Finalmente, fue asesinado por los Pretorianos en el palacio frente al Emperador, en el curso de una revuelta entre los soldados y la multitud, probablemente en 228. Uno de sus discípulos, Herenio Modestiano, se convirtió en el jurista más destacado de la siguiente generación. (www.es.wikipedia.org/wiki/Ulpiano)

El *Alterum Non Laedere* es cristalizado por quien se abstiene de efectuar la conducta prohibida por las leyes. Se observa el axioma de no dañar a otro siendo justo. La carga moral que Domicio Ulpiano le imprimió a estos principios no los ha despojado de contenido jurídico. No podemos trepidar en establecer que el mandato que dejara el jurista romano ha evolucionado hasta modificar la comprensión de los axiomas que ha legado. En la actualidad se juzgan de manera más completa que la concepción originaria. Las tres máximas se mueven en direcciones distintas.

El *Honeste vivere*, si bien se verifica en la conducta social del hombre, se enfoca en su individualidad, en su espiritualidad en tanto comportamiento decente, digno y virtuoso; va de lo particular a lo general.

El *Suum cuique tribuere* tiene una orientación inversa, va de lo general a lo particular. Es la sociedad la que reconoce cualidades y merecimientos en cada uno de sus componentes; concederá o privará en orden a proceder justos. El *Alterum non laedere* está enraizado en la interacción entre las personas dentro del grupo al que pertenecen. En las relaciones de particular a particular los sujetos toman las previsiones necesarias para no dañarse entre sí. Sobre esta estructura se construyen sólidos cimientos de convivencia que impiden el desvanecimiento de los valores de solidaridad y seguridad. El último de los principios enumerados, es el cuadro en el que se celebran los contratos, en un tipo social que se enfoca en el desarrollo de su economía. Sin dejar de lado ninguno de los tres soportes axiológicos que sellan el comportamiento del ser humano en sociedad; la obediencia al precepto de no dañar al otro, va más allá de abstenerse de cometer delitos contra el prójimo. En la convivencia, el no perjudicar a otro pasa por vivir honestamente y realizar conductas reconocidas, aceptadas y estimuladas por el plexo social; comportarse de manera honesta, implicaba conceptos amplios, que marcaron las figuras jurídicas que conoceríamos luego con la puesta en escrito del derecho. Ejemplos acordes a la consideración más abierta en el obrar individual, fueron: el buen padre de familia y el buen hombre de negocios, conceptos que se atribuyeron al accionar decente, decoroso y honorable. Todos estos elementos componían el prestigio de una persona, signada por su conducta social y por la trayectoria comercial. Contratar con estos individuos daba un marco de seguridad sobre la palabra empeñada, que no necesitaba de forma alguna para tener como asumidas sus obligaciones, y la seguridad de cumplimiento de las prestaciones.

Los principios jurídicos contractuales

El proceso evolutivo del fenómeno jurídico, se ha plasmado en el área de las contrataciones de una manera constante a lo largo de la historia. Estos escalonamientos se han verificado paulatinamente en algunas épocas, y tajante en otras; pero invariablemente, han persistido hasta nuestros días. Las mutaciones que se observan en materia contractual impactan en la línea de flotación de los principios que sustentan la disciplina. Aquellas verdades incontrovertibles (“nadie contrata en su propio perjuicio”; “los contratos se hacen para ser cumplidos”; “no pueden invocarse ni afectar a terceros” o “no se deshacen unilateralmente”) ya no encuentran andamiaje que los sostenga como bandera incuestionable de la especialidad.

Si nadie contratase en su propio perjuicio, el sistema no soportaría a la fianza como contrato típico, dado que el que acude a afianzar sabe desde antes de la celebración del mismo, que no va a obtener ningún beneficio de esa relación. A lo sumo, se retirará de ella en las mismas condiciones patrimoniales con las que ingresó, siendo éste el mejor de los casos.

El antiguo principio romanista del “pacta sunt servanda” (los contratos se hacen para ser cumplidos) que nuestro legislador enarbolara como rector de estas relaciones en la nota al artículo 943 in fine, comienza su caída en el año 1968 con la reforma del Código Civil por la ley 17.711 y el advenimiento de figuras que hacen revisables los contratos: la lesión (art. 954), el abuso del derecho (art. 1071), la reposición de las cosas a su estado anterior al daño (art. 1083), las formas solemnes (art. 1184), la imprevisión (art. 1198), el pacto comisorio tácito (art. 1204), y tantos otros resortes legales que abren las puertas de los contratos para que los jueces reformulen o anulen aquellos que otrora debían cumplirse indefectiblemente.

Hoy los terceros que se sientan afectados en su patrimonio por un contrato del que son ajenos, tienen la facultad, no sólo de reclamar en la justicia por la ventaja del artículo 504, sino de enfrentar a las partes y a otros terceros por la satisfacción de su interés.

Que las convenciones no puedan deshacerse unilateralmente, de acuerdo a las previsiones del artículo 1200, y la nada feliz redacción de la nota correspondiente, va siendo desechada por la propia normativa. Vaya como ejemplo el artículo 8 de la ley 23.091 de locaciones urbanas, que proporciona la posibilidad de rescisión unilateral como forma de extinción de ese contrato.

Los cambios en el sistema convencional patrimonial se configuran, más allá de las normas específicas, en los principios que han dado a la especialidad una concepción interpretativa diametralmente opuesta a la que ha comenzado a regir la disciplina, por obra de las transformaciones en las conductas sociales. Son estos mismos comportamientos los que convierten en retóricos los principios tradicionales.

Los contratos y la tecnología

Si de concepción moderna contractual hablamos, los argentinos nos mostramos lentos de reflejos para usar adecuada y asiduamente una herramienta como internet, que abre un mundo de posibilidades novedosas e infinitas para desarrollar mercados internos y globales.

Desde la óptica de los contratos, la internet rompe en pedazos la internacionalidad, término que en su anterior concepción supo maniatar al campo negocial a través de la imposibilidad de logros, acotados por la precariedad de los medios de comunicación que hoy acercan latitudes.

En la actualidad, los asuntos comerciales entre vecinos, o personas que se hallen en puntos opuestos del mundo, insumen el mismo tiempo a igual costo. La tecnología puso fin a los contratos entre ausentes. Las viejas teorías obligacionales sobre la recepción, emisión, declaración y cognición se dan de bruces contra el suelo”.

La velocidad que le impregna la vida moderna a la cotidianeidad es un fenómeno interno humano, no es algo que pase afuera del hombre. Hoy por hoy, un enorme porcentaje de individuos de veinte años de edad ostenta una antigüedad en el uso diario de la computadora de veinte años.

¿No es coherente preguntarse entonces qué parte del ser social de estas personas ha sido colonizado por la tecnología?, porque simplemente esta gente no le hace un lugar en sí mismos a los nuevos sistemas de comunicación, sino que ya son parte de ellos, prácticamente corre por sus venas.

Nuestra generación debió aprender a usar la tecnología que irrumpió en el trabajo, estudio, negocios, tratando de generar intimidad con PC, notebooks, teléfonos celulares y satelitales, palms, ipod y un sinnúmero de artefactos portadores de inimaginables innovaciones. Nos aplicamos lentamente a métodos que se reformulan y cambian a ritmo inalcanzable para nuestra adaptación a un universo tan vasto que no terminamos de abarcar. Para los jóvenes, la apropiación de los saberes del nuevo mundo les vienen dados, como aprender a hablar o caminar, es más de ellos la tecla que el bolígrafo”.

Las que fueron circunstancias extraordinarias, por habitualidad tornaron naturales. El futuro llegó para quedarse y buscar vorazmente más futuro. La tecnología es un poder que no permanece dormido, se adueñó del globo como nada hasta entonces lo había hecho.

Los contratos no se han alejado de tal fenómeno. Los celebrantes no le consultan a las normas si pueden negociar por vía tecnológica, sólo lo hacen. La ley vendrá a dar las pautas elementales y necesarias para que puedan contratar y, en todo caso, los jueces echarán mano de ella para dirimir contiendas.

Las partes pueden estar separadas por kilómetros de distancia; en ocasiones a miles de kilómetros, pero la interactividad y la posibilidad de conocer, e incluso ver en tiempo real determinados servicios o productos, hace de la contratación a través de internet un entorno seductor para la celebración de convenios.

Decíamos que no importa en qué parte del mundo se hallen los sujetos, estos contratos son tenidos como celebrados entre presentes, lo cual no es un dato menor. Deudores y acreedores establecen las condiciones de las obligaciones que contraen como si estuvieran uno frente al otro. En estos casos, si el negocio es lícito, nada en él puede ser cuestionable. Mucho menos se le podrá discutir la falta de asunción de un tipo legal específico. Asimismo, en la contratación con estipulaciones genéricas, que suele ser la habitual en internet, el proceso de formación del contrato se humaniza y adquiere mayor certidumbre, evitando vicios en el consentimiento. El destinatario del contrato puede ver con claridad las condiciones generales de la contratación que realiza. Además, en muchas ocasiones, incluso deberá pasar a través de ellas para culminar la hoja de pedido o la cancelación de una deuda o una simple relación de consulta con el banco con el que opera habitualmente.

Hasta la forma de rubricar el contrato adquiere nuevas dimensiones. La aparición de la firma digital con la ley 25.506, se produjo como una derivación natural de los acontecimientos que se comentaron líneas arriba. Todo lo manifestado significa que actualmente los pactos se van despojando de la adiposidad estructural de las formas solemnes y pesadas, al compás de los acontecimientos. Más lentamente, pero indefectiblemente, el sistema legal debe hacer lo mismo. El Derecho privado no va a cometer el pecado de ser el poste al que se aten los bríos de la circulación de bienes y servicios en los contextos sociales modernos.

El reto de la modernidad

El derecho privado argentino en materia contractual, fue diseñado en la medida de los conflictos que el convenio pudiera presentar. Los contratos, en general, se hallaban preconfeccionados, o se ajustaban a un modelo concebido por la costumbre, con una intensa actividad cumplida por los escribanos, quienes, en la creencia popular, detentaban el conocimiento de las formas contractuales, contaminadas de manera torva y compleja, cuya comprensión se mantuvo reservada a la misma casta que los realizaba.

Con esta mentalidad, el abogado fue formado durante años en las aulas a la espera de las dificultades. Así, acusando o defendiendo, resolvía en los estrados las diferencias contractuales, que provenían tanto de problemas sustantivos, como adjetivos.

Nuestra ley contractual continúa intacta, tanto como los valores expresados por ella, en el sentido que cada figura típica no responde a un patrón general. Por el contrario, cada concertación se encuentra contenida en un pequeño código, que contiene segmentos normativos que le son propios, muchas veces de difícil comprensión. De manera que se requiere la intervención de los agentes jurídicos, que se encuentren preparados para resolver en pugna las consecuencias de los malos entendidos que hayan padecido celebrantes de buena fe, por no haber tenido en cuenta detalles legales específicos, simplemente por la imposibilidad de conocerlos todos.

En los tiempos que corren, los letrados se ubican antes del contrato y no después. Es así que hoy el abogado es un consultor jurídico que asesora a empresarios y comerciantes sobre la conveniencia de contratar de maneras determinadas, para luego negociar con la contraparte la confección de un contrato que beneficie a ambos.

No concebimos en la actualidad al abogado contractualista como un litigador que resuelve acusando o defendiendo en juicio, sino como un negociador que, junto a su par de la contraparte, lleva los intereses de su cliente a buen término, en la concepción ganar-ganar.

El letrado se sitúa frente al contrato con miras a que los derechos y obligaciones que en él se enmarcan, no lleguen, en la medida de lo posible, a dirimirse en sede judicial. Para ello, necesariamente, deberá entender que ambas partes deben beneficiarse con los logros de lo pactado y velar por ello. Si quiere más ventajas para su parte en desmedro de las del otro contratante, lo más probable es que el contrato llegue al juez en algún momento de su vida útil para dirimir problemas que los negociantes pudieron

prever en época pre-convencional.

Acordar cláusula por cláusula es un sano ejercicio contractual que deben practicar los letrados. Llevar adelante un buen negocio es beneficioso para los intereses del mandante. La primordial tarea del abogado es prever conflictos al momento de la celebración del pacto. Los estipulantes no compran problemas, adquieren satisfacción al menor costo y en el menor tiempo posible. Es éste un trabajo de previsión que descansa en manos de los profesionales del derecho en la esfera previa a la confección del contrato, donde la etapa precontractual o negocial toma un cariz único y relevante de apreciación y depreciación de cada aspecto de los elementos que van integrando el futuro convenio de manera consensuada.

Acto de confianza

El contrato es un acto de confianza, cualquier intento de hacer de él objeto de rígida legislación, sólo logra desnaturalizar su esencia.

Esta afirmación no pretende que la convención pecuniaria implique el establecimiento de relaciones de amistad, familiaridad, intimidad, cordialidad o compañerismo. Lo que se busca es que el contrato configure para los contratantes un marco de seguridad, certidumbre y claridad, con creencia y convicción en que la finalidad buscada con su celebración goce de grandes probabilidades de lograrse.

El maestro tucumano Cossio, en su fina percepción del derecho, manifiesta: “El consenso se muestra cuando alguien obra como el otro confía que obre en la situación vital que ambos conviven. Hay entendimiento societario general, si cada uno hace lo que los demás confían que haga en la situación común. En el entendimiento social cada actitud es, para los demás, lo que los demás esperan de cada cual. Con esto -nótese bien-, cada cual entra en la integración del proyecto existencial de la vida personal de los demás, en una forma diferente de cómo ingresaría cuando el encuentro con el prójimo es en sí mismo disvalioso y tenemos que enfrentarlo como un riesgo, un conflicto o una segregación”.²

El contrato es un acto de fe.

La concepción del derecho contractual, como producto eminentemente evolutivo y consuetudinario, encierra una crítica a la legislación y a la concepción kelseniana del mismo.

2 Cossio, Carlos. “Radiografía de la teoría egológica del derecho”. Buenos Aires. Ed. Depalma, 1987, pág. 167.

El contrato es un acto de confianza y como tal configura una garantía a la libertad individual. Es el estímulo suficiente para incitar a las personas a concertar acuerdos, promoviendo grandes y pequeñas transacciones que provocan, finalmente, el desarrollo económico que nuestro país reclama legítimamente en las últimas décadas.

Las sociedades que se han curado de la desconfianza entre los sujetos que la componen; donde no se pone en estado de sospecha a la contraparte desde antes de la concreción del negocio; crean valores sociales, de suerte que impactan directamente en el espíritu de las personas.

Las comunidades pasan de estar compuestas por individuos temerosos, desconfiados y preocupados, lógicamente con dudas y recelos a la hora de contratar; a personas entusiasmadas y optimistas, con la seguridad de encontrar satisfacción a sus expectativas con las estipulaciones que van a llevar adelante.

El sistema protectorio para realizar negociaciones sanas en el que se saben inmersos estos últimos sujetos, no proviene de la ley; se obtiene de otro lugar. De la sociedad en la que viven y de las valoraciones vigentes.

Es inútil intentar estimular la autonomía de la voluntad, cuyo basamento principal es la libertad, cuando se sujeta a los celebrantes a normas rígidas que producen la restricción de ésta y, consecuentemente, la desaparición de aquella.

Es de toda obviedad que siempre van a existir excepciones, en definitiva, el derecho se hace realidad por la acción de seres humanos. No obstante, hablamos de derecho contractual y no de legislación penal. En éste la ley restringe y prohíbe; pero en aquel debe estimular y permitir.

Hoy tenemos la responsabilidad moral de impulsar estas ideas y continuar el trabajo de los pensadores que iniciaron esta forma de ver lo jurídico. Específicamente, en lo que a la disciplina se refiere, se inicia desde estas páginas una cruzada por alcanzar la libertad de contratación en todos sus aspectos.

CAPITULO 2

CONCEPTO DE CONTRATO DIFERENCIA CON LA LEY Y LA SENTENCIA CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES

Enfoque legal sobre hechos y actos jurídicos

Nuestra normativa civil ha fijado la diferencia entre el hecho, que aparece regulado y casi definido en el artículo 896 del código de la materia, y los actos que se hallan en el artículo 944, con redacción análoga al anterior.

La ley impide reconocer a cada una de estas figuras por las resultantes jurídicas que pudieren producir, ya que con ambas se adquieren, modifican, transfieren o extinguen derechos y obligaciones. Sin embargo, el legislador ha puesto cuidado en incorporar la diferencia entre una y otra dentro de los mismos artículos.

En el artículo 896, las consecuencias en cuanto a adquirir, modificar, transferir o extinguir derechos u obligaciones no es buscada por los que participaron en ella.

En el artículo 944, los sujetos pueden producir los mismos desenlaces que en el mencionado en el párrafo anterior, pero con la salvedad que aquí las partes persiguen dicha producción. La disposición legal lo expresa de la siguiente forma: "...actos...que tengan por fin inmediato...".

Vélez trae de esta forma el elemento intención como imprescindible para la configuración del acto, y en la concordancia de éste con el discernimiento y la libertad, el acto va a quedar fijado por la voluntad del sujeto que lo realiza. Es esta circunstancia volitiva la que va a establecer la diferencia jurídica entre hecho y acto.

En este último caso el legislador va a otorgar a las personas la facultad de crear y conservar derechos, cosa que omitió hacer en el artículo de los hechos, con excelente criterio jurídico, dado que sólo crea o conserva derechos aquel que quiere hacerlo. Estos dos conceptos derivan directamente de la voluntad del sujeto.

Tenemos en nuestro derecho el fruto de una vasta concepción de la teoría de la voluntad, que sigue la línea de pensamiento de Savigny y Freitas, donde se han hecho espacio diversas figuras como el testamento, el matrimonio y el contrato, y en el que seguramente encontrarán lugar en el futuro otras que llenen los requisitos de voluntad y licitud que requiere el acto jurídico. Es el contrato el acto jurídico bilateral por excelencia. En él las partes vuelcan sus intenciones individuales, puestas de manifiesto por actos jurídicos unilaterales llamados oferta y aceptación. Abriendo un camino de negociación, cuyo destino es la yuxtaposición de las voluntades de cada sujeto, para formar una sola voluntad en conjunción bilateral que dará inicio al contrato.

Sostenemos entonces, que el consentimiento es la consonancia armónica de

la intención de las partes, cuya participación en un contrato obedece a la decisión libre de cada uno de los celebrantes.

Concepto de contrato

La doctrina tradicional nos tiene acostumbrados a definir los contratos con la terminología del artículo 1137 del Código civil; “hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. En realidad, la ley no ha arriesgado definición alguna, porque no es función de la norma conceptualizar.

La opinión, la noción y las conjeturas conforman la tarea doctrinal. La legislación se limita a describir conductas, plasmándolas en las normas como antecedentes prohibidos a través de la sanción o permitidos desde el estímulo. El artículo citado, no hace más que representar, puntualizar y detallar, un determinado comportamiento humano.

Para individualizar una definición, recurrimos a la ayuda del maestro Héctor Lafaille, quién en su delicada percepción, construyó un pensamiento sobre el contrato, que resume todos los aspectos que lo conforman: “El contrato es un acto jurídico, bilateral, causado, con contenido patrimonial, que regula los derechos de las partes”.

Todo pacto es un hecho humano voluntario. A tal circunstancia se la denomina en derecho privado “acto jurídico”. Si la conducta humana ha alcanzado tal contextura, tenemos por descontado que es lícita. De lo contrario, si fuese ilícita, representaría un comportamiento prohibido, y por ello sancionado; por lo tanto, no sería acto, manteniéndose en el campo de los hechos.

Ahora bien, ¿cuál es el accionar específico de los contratantes?; las personas, voluntariamente, llegan al contrato para “contraer” una obligación. Los celebrantes se obligan, porque quieren hacerlo; se someten a cumplir una prestación dirigida a satisfacer el derecho de su co-contratante.

Si bien las obligaciones son tres, en los términos del artículo 495 del Código civil: dar, hacer y no hacer; en los pactos, no son lo más relevante. Lo trascendental del acuerdo es como se da, se hace y no se hace; es la conducta humana que conforma la manifestación del acto jurídico como tal. Las obligaciones forjadas en los contratos se efectúan por actos de disposición, actos de administración y actos de conservación. Estas son las acciones que el derecho señala como “prestaciones”, y que, en definitiva, van a calificar la diversidad de contrataciones que pueden verificarse en la realidad.

Por ejemplo; cuando alguien se obliga a dar algo, es fundamental que el contrato modele la manera en que la entrega se llevará a cabo en el futuro

del evento de celebración. Los participantes del acto concretan ese hacer, esculpiendo los detalles de la tradición o, en defecto del proyecto de los sujetos, será la ley la que, supletoriamente, disponga en forma objetiva, el diagrama de la conducta.

Es decir, por medio del contrato, se debe constatar en que carácter se dio. Si se compromete a otorgar algo a cambio de dinero transmitiendo la titularidad de la cosa dada, el contrato será una compraventa. Si no se transmite la propiedad, será una locación de cosa. Si se entrega el dominio, sin contraprestación a cambio, será una donación; si no se otorgó la titularidad, importará un comodato de préstamo; o un depósito si se proveyó para su guarda; etc.

Con los ejemplos intentamos hacer un muestreo de la importancia de la prestación para calificar el contrato; para conocer que clase de pacto han realizado las partes y a que se ha comprometido cada una.

Algunas prestaciones pueden no agotarse inmediatamente, sino que requieren extenderse en el tiempo por exigencia de un cumplimiento continuo: Así se ejecutarán una serie de actos, conducentes todos a un solo objetivo, configurando un compromiso único. Estas obligaciones, en general, se concretan por medio de lo que se ha dado en llamar “actividad”, que no significa acto, sino una serie de acontecimientos coordinables entre sí para una finalidad común y cuya valoración debe ser hecha autónomamente, o sea, independientemente de la que corresponda a cada uno de los actos individuales, singularmente considerados. Los contratos en los que la prestación debe cumplirse por medio de una actividad, se clasifican como de “tracto sucesivo”.

A su vez, el acuerdo no puede existir como acto unilateral. Los contratantes se obligan recíprocamente. Este escenario involucra la participación de, por lo menos, dos personas que se comprometan a concretar contraprestaciones entre sí. De allí que el contrato siempre, sin excepción, conforma un acto jurídico bilateral. Es el ejemplo de bilateralidad voluntaria.

Cuando las prestaciones recíprocas, son perfectamente equitativas, el acuerdo alcanza el nivel del sinalagma. Los contratos sinalagmáticos son aquellos en los que las contraprestaciones recíprocas aparecen en perfecta equivalencia. Esta percepción del término ha sido muy criticada, ya que las escuelas contractualistas modernas alimentan el pensamiento que las obligaciones en los contratos jamás son equilibradas; ni en la conducta a cumplir, ni en el valor de las prestaciones intercambiables. Por nuestra

parte, decidimos mantenernos por fuera de este debate, por lo inoficioso e insustancial de la discusión; y en función de ello, tomamos ambos términos como representaciones lingüísticas de un mismo sentido.

La nota al artículo 1137, que transcribiéramos al principio del presente capítulo, estampa el siguiente principio; “los contratos bilaterales deben siempre dar lugar a dos acciones para garantizar las dos obligaciones que comprenden. Los contratos unilaterales, no conteniendo sino una obligación, no exigen sino sólo una acción”.

Además, los contratos son causados, si por causa se entiende sólo la que busca lograr el cometido del pacto. Se estudiará en esta misma obra, en el capítulo correspondiente, que de la respuesta a la pregunta, ¿para qué se celebró el contrato?, va a resultar la causa del acuerdo. La finalidad sostiene a las partes dentro del vínculo bilateral establecido, ya que esa relación fue creada para ir en búsqueda del fin que se han propuesto los contratantes.

Otro concepto contenido en la definición del profesor Lafaille, es el contenido patrimonial. El contrato es una especie de las convenciones. Éstas pueden segmentarse en tres; a) la convención simple, donde los estipulantes acuerdan sin coerción jurídica; b) la convención jurídica o propiamente dicha, la que está expuesta a consecuencias reguladas por el derecho, aplicables a toda relación consentida; y c) una especie de las anteriores, que se individualiza por su contenido patrimonial; éstas son las contractuales. El acto jurídico crea, modifica, transfiere, conserva o aniquila derechos. El contrato hace eso mismo, pero dentro de una convención con contenido patrimonial.

Por último, para dar por terminado el análisis de la definición; el pacto somete los derechos de las partes. El contrato es una norma y posee todos los aditamentos que su carácter le exige para ser tal. Es individual o particular, en la medida que sólo obliga a aquellos a los que está dirigida y que son a la vez, quienes lo han creado.

En ese sentido, los estipulantes son, simultáneamente, legisladores del contrato, y sujetos cuyos derechos están sometidos por él, en función de su objeto y causa.

Las personas, físicas o jurídicas, que forman parte de un pacto, adquieren la calidad de partes, sin importar que tipo de estipulaciones hayan celebrado. La denominación parte, adjudica un rol jurídico, que designa a quién ejerce una prerrogativa jurídica propia.

Las partes aparecen como tales: en el acuerdo, contratos; como en el desacuerdo, proceso judicial.

Contrato, ley y sentencia

Es popular la creencia en la máxima que dice que los contratos son ley para las partes; nada más equivocado. El artículo 1197 del Código civil, expresa: “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. No dice, ni antes ni ahora, que los contratos son ley para las partes; porque de hecho, no lo son, ni pueden serlo.

El espíritu que estimó apropiado imponer el codificador, es dotar al contrato de la misma intensidad obligacional que posee la ley. El artículo asimila ambas figuras por sus efectos, sin que haya otro punto de contacto entre ellas. Las partes elaboran el acuerdo, al conjuro de negociaciones que construyen la norma, estipulando las particularidades de la convención a través de cláusulas. Una vez que se ha concluido el trabajo de confección, el contrato pasa a someter los derechos de las partes con el mismo vigor que lo hace la ley.

Los derechos resultantes de los contratos, integran la propiedad del contratante, porque el pacto lo prevé con la fuerza de una ley. Es nuestra intención, reflejar la potencia que el contrato tiene como norma, asimilando la presión de su imperio sobre los obligados con idéntica coerción jurídica. Digamos que el contrato, la ley y la sentencia, comparten la esencia normativa dentro del ordenamiento jurídico. Aunque la sentencia y la ley no tienen en cuenta la voluntad de los sujetos.

La sentencia y el contrato son normas particulares, a diferencia de la ley que es una norma general. Aquellas someten los derechos de los que designan; la ley lo hace con la generalidad de los habitantes.

La sentencia es creada por un órgano jurisdiccional, que pertenece a uno de los poderes del Estado, y lo hace siguiendo, puntillosamente, los procesos encuadrados en la ley de forma. Los contratantes, no son parte de ninguno de los tres poderes, ni siguen procedimiento alguno; es más, en muchos casos, los contratos no se amparan en ninguna forma, como tampoco tienen ley que se refiera a ellos; el caso de los acuerdos informales y los atípicos.

Límite a la libertad de contratación

El artículo 21 del Código civil establece un principio general del derecho privado; “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”. La actividad contractual se lleva a cabo en una zona de libertad que se expresa en dos frentes: a) la libertad es el rasgo fundamental del contrato. Encontrándose inserta en la autonomía de la voluntad, se manifiesta como un fenómeno jurídico destinado a lograr los fines que las partes, haciendo uso de la libertad de contratación, trazan al inicio del vínculo convencional. b) La libertad que formulan los contratos, está garantizada por la supletoriedad de las normas, que hacen a la esencia de la vida contractual. Las leyes supletorias, son aquellas que las partes pueden dejar de lado, si pactan otra cosa que lo prescripto por ellas. Toda una diferencia con las de orden público, ya que éstas no pueden ser desechadas por los contratantes.

La zona de libertad que marca el principio contenido en el artículo 21, está delimitada por una membrana que linda con el orden público y las buenas costumbres. Los estipulantes pueden decidir sobre que objeto y de que manera van a contratar; pero no pueden traspasar el límite hacia el espacio rígido de las normas de clausura, sin hacer lo que ellas mandan.

Los contratos están sometidos a un régimen mixto entre *lex privata* y *lex pública*; si bien la norma supletoria aparece como relevante en la materia, no ha ganado la exclusividad rectora de la especialidad. Toda autonomía está limitada por las normas, que no amparan el abuso del derecho y su uso antisocial. El contrato no tiene sólo los efectos jurídicos convenidos por las partes, sino también los que se deriven, según su naturaleza, de la ley, la costumbre, la razón y la equidad.

Contratos civiles y comerciales

En principio, los contratos civiles y los comerciales se diferencian por el tipo de acto jurídico que configura el convenio, y por el rol que cumple la persona del contratante. En este último caso, el artículo primero del Código de comercio, dice que; “la ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual”; es éste el criterio subjetivo de la calificación de la actividad comercial.

En el otro criterio, el inciso primero, del artículo ocho; expresa que; “la ley declara actos de comercio en general; toda adquisición a título oneroso de

una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor”; esta exposición delimita el criterio objetivo del ámbito jurídico mercantil

Ambas concepciones, la subjetiva y la objetiva, conviven en la esfera de este derecho, alternándose como elemento indicador de los contratos que serán tildados de civiles o comerciales.

Por otra parte, los contratos realizados por comerciantes se presumen actos de comercio, por lo tanto, todos son onerosos. La participación de un comerciante en un convenio, sujeta el pacto a la ley mercantil.

Ahora bien; sea que se caracterice al derecho comercial como un derecho profesional, propio de los comerciantes, o como un derecho objetivo, específico de los actos de comercio, o como el estatuto de la empresa y de su actividad, lo cierto es que falta un criterio dogmático para diferenciar la materia civil de la comercial. No obstante, los últimos intentos de reforma legislativa, han intentado infructuosamente, fusionar ambas ramas en una sola materia, cosa que hasta el momento de escribir este texto, aun no se ha logrado.

A continuación marcaremos diferencias entre los contratos de los dos universos, al sólo efecto didáctico, con la finalidad de lograr diferenciar fácilmente uno de otro.

1) Competencia y jurisdicción del Tribunal en caso de Litigio:

Civiles: Tribunales civiles.

Comerciales: Tribunales o fuero comercial.

2) Según los tipos de bienes en la compraventa:

Civiles: La compraventa puede ser de cosas muebles o inmuebles.

Comerciales: La compraventa puede recaer solo sobre cosas muebles. (Art. 452 Inc. 1° CCom.)

3) En relación a las cosas ajenas:

Civiles: Las cosas ajenas no pueden venderse. (Art. 1329 CC.).

Comerciales: La compraventa de cosas ajenas es válida. (Art. 453 CCom.).

4) En relación a la compraventa.

Civil: Una parte se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio cierto en dinero.

Comercial: Además de lo dicho para el contrato civil, en el contrato mercantil existe una finalidad de lucro, de obtener ganancias mediante esa actividad.

5) Según el sujeto.

Civiles: Las partes contratantes no realizan actos de comercios porque no son comerciantes.

Comerciales: Si una de las partes es comerciante, el contrato es comercial (enfoque subjetivo)

Si el objeto del contrato es la realización de actos de comercio, el contrato es comercial (enfoque objetivo).

6) En cuanto a la ley aplicable.

Civil: Se rige por el Derecho común y especialmente por el Código Civil.

Comercial: Se rige por la legislación mercantil (Código de Comercio).

7) En relación a la transferencia de dominio.

Civil: Puede ser gratuito y oneroso.

Comercial: Siempre es oneroso.

Con la sinopsis precedente, se intenta graficar un juicio de diferenciación de fácil manejo, sobre todo, aplicable a aquellos tipos contractuales que no guardan forma alguna, generalmente de contextura meramente verbal, y que para su comprensión, deben ser ubicados previamente en su hábitat natural.

CAPITULO 3

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRATOS DE ADHESIÓN

Conceptualización

Autonomía es, etimológicamente, autonormarse. La Real Academia Española la define como “la libertad de regirse a sí mismo”,³ donde la palabra libertad aparece, a nuestro entender, como descollante.

La voluntad gozó de amplio desarrollo en el derecho germano; Federico Carlos de Savigny en el “Sistema de Derecho Romano Actual”, concluye que la relación jurídica es el “dominio de la voluntad libre”.⁴

Explica que ésta es siempre direccionada, a la vez que actúa sobre determinados objetos. La voluntad puede dirigirse hacia la misma persona o hacia afuera de ella. Los objetos sobre los que obra son: la propia persona; la naturaleza no libre (las cosas); y las personas extrañas.

Savigny supo diagramar un esquema de la dinámica de la voluntad en el acto jurídico, particularmente en el marco del acto obligacional.

Tenemos de resultas entonces, que la autonomía de la voluntad no es más, ni menos, que la persona dándose normas a sí misma de manera voluntaria. En los contratos sucede exactamente lo dicho, los celebrantes contraen las obligaciones porque quieren.

Es por esta razón que el contrato alcanza carácter normativo. El legislador parte del presupuesto que las personas, en su cotidianeidad, lo que menos quieren es cumplir sus obligaciones. El contrato es una norma, en la medida que no ejecutar las prestaciones implica un incumplimiento, conformándose con ello la transgresión del convenio. Por lo cual, dada esta violación, es legítimo, vale, debe ser una sanción.⁵ Hay aquí un rasgo distintivo de la relación jurídica que analizamos: la libertad.

En los acuerdos las personas se obligan porque tal es su deseo; pero es fundamental que la asunción del rol de obligado se efectúe en libertad. De

3 www.rae.es. “Diccionario de la lengua española”. Febrero 2010.

4 Morelli, Mariano. *“Derecho, historia, lengua y cultura en el pensamiento de Savigny”*. Madrid. Ed. Planeta, 1987, pág. 76.

5 Norma es la regla que prescribe o prohíbe determinada conducta. El sentido específico de una norma queda expresado por la idea del “debe”. Una norma implica que un individuo debe comportarse de determinada manera, que debería comportarse de un modo determinado y no de otro. Las proposiciones que expresan normas son proposiciones del tipo “debe”. Un comportamiento es legal si se adecua a una norma legal; es ilegal si no se adecua a una norma legal; “no se adecua” si se sitúa en el polo opuesto a las conducta legal. También podemos decir que un individuo se comporta de acuerdo con la ley si su conducta es conforme al orden jurídico; y se comporta ilegalmente si su conducta no se adecua a este orden. El juicio de valor jurídico según el cual una conducta es legal o ilegal establece una relación negativa o positiva entre esta conducta y la norma que presupone la persona que juzga. Por tanto, un juicio de valor jurídico presupone la existencia de una norma, de un “debe”. Por consiguiente, el significado de este juicio de valor depende de lo que signifique que una norma existe.

lo contrario el contrato será pasible de nulificación por encontrarse viciado. Lo expresado permite exponer algunas ideas estimulantes. La libertad representa en el universo contractual dos aspectos que no rivalizan en ningún sentido, por el contrario, se complementan y se verifican en todo sujeto que se va a instituir como celebrante: a) la libertad de contratar o autodecisión, en este carácter el contratante arriba al contrato por su propia convicción; b) libertad contractual o autorregulación, la norma contractual se va a confeccionar como las partes deseen hacerlo, enmarcados en un ámbito de consenso y licitud.

La síntesis es que la libertad de contratación está conformada por la libertad de contratar y la libertad contractual. La libertad es un componente inescindible e indispensable de la autonomía de la voluntad.

En estas figuras jurídicas la libertad entrama el espíritu del acto y como tal es un elemento primordial de él.

Ahora bien, en el contrato la libertad no se muestra con matices; está o no está. El contrato no concibe formarse con la libertad a medias; de originarse un caso de este tipo, el acuerdo se nulifica.

La libertad es un ingrediente previo al contrato, es propia de la voluntad del celebrante y se vuelca en la convención con contenido patrimonial. El pacto cobra vida con la libertad. Si ella falta, el contrato no nace, porque se lo ha privado del aire que respira; será nulo por encontrarse viciado. Dado que todo vicio es un defecto congénito con efecto retroactivo al momento de la celebración, el contrato viciado por falta de libertad del otorgante jamás habrá existido.

Desde la filosofía

El concepto de autonomía de la voluntad procede de la filosofía kantiana. Kant Es considerado uno de los pensadores más influyentes de la Europa moderna y del último período de la Ilustración. Definía la autonomía de la voluntad como la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales. El filósofo alemán ha dicho: “Veíase al hombre atado por su deber a leyes; mas nadie cayó en pensar que estaba sujeto a *su propia legislación*, si bien ésta es *universal*, y que estaba obligado solamente a obrar de conformidad con su propia voluntad legisladora, si bien ésta, según el fin natural, legisla universalmente. Pues cuando se pensaba al hombre sometido solamente a una ley (sea la que fuere), era preciso que esta ley llevase consigo algún interés, atracción o coacción, porque no surgía como ley de *su propia voluntad*, sino que esta voluntad era forzada, conforme a

la ley, por *alguna otra cosa* a obrar de cierto modo. Pero esta consecuencia necesaria arruinaba irrevocablemente todo esfuerzo encaminado a descubrir un fundamento supremo del deber. Pues nunca se obtenía deber, sino necesidad de la acción por cierto interés, ya fuera este interés propio o ajeno. Pero entonces el imperativo había de ser siempre condicionado y no podía servir para el mandato moral. Llamaré a este principio el de la *autonomía* de la voluntad, en oposición a cualquier otro, que, por lo mismo, calificaré de *heteronomía*” (Kant, Imanuel, “*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*”, Capítulo Segundo - Mare Nostrum Comunicación. Traducción de Manuel García Morente. Madrid. Ed. Galerna, 1962, pág. 118).

No caben dudas que Kant concibió a la autonomía de la voluntad como una realidad que se verifica en el interior de los seres humanos y se plasma en los actos que éstos fenomenalizan, cuyo ejemplo más prometedor es el contrato. Si embargo, hay nuevas corrientes de pensamiento jurídico que la perciben como una ficción legal, útil y necesaria; pero que nada tiene de real, sólo es utilizado por el ordenamiento jurídico por razones de política legislativa en la medida que le resulte un criterio conveniente.

Es en este sentido, que la Autonomía de la voluntad ocupa el mismo rango ficcional que otros conceptos jurídicos. Por ejemplo, la mayoría de edad del artículo 128 del Código civil: “Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren dieciocho años...”. También, la imposibilidad de alegar desconocimiento de derecho, del artículo 20 del mismo cuerpo legal: “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley”.

La primera norma citada es una regla impuesta por la ley, con la que se presume que a cierta edad se ha alcanzado la capacidad total de hecho. En nuestro propio sistema, antes del año 1968, la mayoría aludida era a los veintidos años. Luego, la ley 17.711 la llevó a veintiuno. Actualmente, a los dieciocho; y seguramente volverá a cambiar en el momento adecuado. Es éste un mero modelo normativo, ya que las personas físicas pueden ser más o menos capaces, antes o después de alcanzar esa edad.

En cuanto al deber de no ignorar el derecho, sabemos que ni siquiera los abogados o los magistrados tienen el conocimiento acabado del ordenamiento. Sin embargo, ésta es una presunción *iure et iure*.

No albergamos dudas que los artículos 128 y 20 del Código civil se refieren a armados jurídicos que se materializan sólo por la conveniencia de aplicación y dinámica del derecho. Pero no podemos estar de acuerdo con que se sostenga que la sustancia de la autonomía de la voluntad es la de una ficción

del mismo tenor que los ejemplos citados.

Por nuestra parte, seguimos la línea filosófica que comenzara Imanuel Kant, empeñándonos en mantener la convicción que la autonomía de la voluntad es parte del comportamiento libre del sujeto, y dado que la conducta en interferencia intersubjetiva es una realidad, la autonomía de la voluntad también lo es. Ella no es una ficción jurídica, es una presencia que integra el contrato e irradia el dato de libertad, impregnando todo el acto con ella. El acuerdo requiere en su concepción libertad y licitud; en este marco, los sujetos pueden asumir las obligaciones que estipulen sin otra ingerencia por parte del ordenamiento jurídico.

La autonomía de la voluntad en los Códigos Civil y Comercial

Cuando trata los vicios, el legislador sella su más profunda convicción sobre el particular, rematando la nota al artículo 943 con la siguiente inteligencia, *“El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”*. Vélez Sársfield deja sentado que la obligatoriedad propia de todo convenio encuentra su fuente en la autonomía de la voluntad.

Los celebrantes conforman el contrato pactando cláusula por cláusula, expresando su voluntad con absoluta libertad. Van a contraer las obligaciones que el contrato asigne a cada parte en consonancia con el artículo 1197 del Código Civil: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”*.

Se ha acuñado la idea que los contratos son ley para las partes. En rigor de verdad esto no es cierto, en razón que ambas figuras difieren en su ámbito de aplicación en cuanto una es norma general y la otra es particular, sus creadores son distintos, igual que el proceso de producción.

Creemos que el dicho quiere ofrecer a la figura jurídica contractual una exagerada contundencia, que por otro lado ya tiene. La ley dice que las partes deben someterse a las reglas contractuales como a la ley misma. Esto debe interpretarse como que las dos normas ostentan el mismo grado de obligatoriedad e impactan en los sujetos con la misma fuerza. De ninguna manera se entiende que el contrato es ley para las partes, ni la norma dice tal cosa. El Código civil dota al contrato de fuerza de ley sin ser una de ellas, nos resta saber como nace un contrato según el mismo cuerpo legal.

El título I de la Sección III comienza con el artículo 1137, plasmando que: *“Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una*

declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos". Póngase bajo la lupa el sentido de lo expresado y podrá interpretarse que el texto requiere solamente, para que haya contrato, una declaración de voluntad común.

No pide que aquella declaración sea escrita. Tampoco que se ajuste a uno de los tipos previstos en la parte especial que desarrollará el Código a partir del artículo 1323, con el que inicia el tratamiento de los contratos en especial. Por esta razón, la Atipicidad encuentra un marco legal indirecto en nuestro medio.

Ahora bien, si es requisito esencial la presencia de la voluntad, cabe la pregunta, ¿cómo sabemos que el acto que realiza el sujeto proviene de su buen discernimiento, es su intención y lo ejecuta en libertad?. La respuesta correcta es: La conducta.

La conducta es el objeto del derecho al decir de la escuela Ecológica⁶, a la vez que encarna su realidad. Es en ella donde la voluntad se manifiesta. Tanto así que el comportamiento no voluntario, lícito o ilícito, no es conducta.

Por ello concordamos férreamente con lo prescripto por el artículo 1137 ya citado, la declaración de voluntad común, destinada a reglar los derechos de varias personas, configura una relación jurídica convencional, que en el caso de tener contenido patrimonial, se denomina contrato. La ley no requiere el apego a un tipo contractual legislado especialmente para que este vínculo exista.

Esta misma línea de pensamiento es sostenida por el Código de Comercio, refiriéndose a la interpretación de las relaciones contractuales, aplicado de manera supletoria a los pactos civiles por carecer esta legislación de normas interpretativas, salvo en lo que se refiere a la buena fe del artículo 1198. Ya nos manda el inciso 4° del artículo 218 C. com. 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"*.

La conducta de las partes configura la realidad del contrato y la ley le impone al juez que debe valorarla para interpretar los antagonismos que se ocasionen. Para calificar un convenio, es decir, para saber que es lo que los celebrantes han realmente contratado, nada mejor que entender hacia que fin encaminan sus actos. Esa va a ser la "causa final", y en definitiva, aquello para lo que han negociado, lo que están buscando lograr. Lo escrito

⁶ Cossio, C. *"Radiografía de la teoría ecológica del derecho"*. Buenos Aires. Ed. Depalma, 1987, pág. 119

pierde relevancia ante el fenómeno de conducta.

Surgen dos premisas: La primera es que la voluntad se manifiesta en las conductas, sin requerir forma escrita. La segunda es que no hay razón para ajustar dichos comportamientos a figuras contractuales previamente establecidas por ley. En la medida que puedan detectarse las obligaciones asumidas, el contrato no tiene por qué presentar obstáculos para la labor del intérprete.

Las libertades con las que el Código dota a la autonomía de la voluntad encuentran su límite en el artículo 21: *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”*.

Gran parte de la legislación contractual está constituida por normas supletorias, aquellas que las partes pueden dejar de lado por mutuo acuerdo. Se genera una zona de libertad delimitada por las normas de orden público que no admiten las disposiciones en contrario por voluntad de los celebrantes, creando una membrana alrededor del sistema de los contratos, que no es permeable a la libertad que caracteriza a estas figuras. El orden público no mata a la autonomía de la voluntad, es su límite. La contiene dentro de un corral jurídico en el que la normativa supletoria halla el terreno adecuado para su desarrollo.

En definitiva, el Codificador albergó algunos principios contractuales que son un parte aguas en el pensamiento sobre la materia y que deben ser descubiertos detrás de los estándares conceptuales e interpretativos.

La idea primordial del texto legal es que una declaración de voluntad común somete a las partes con el mismo vigor y solidez que la ley. No es entonces necesario ajustar dicha declaración a tipo legal especial alguno, dado que en caso de duda sobre las obligaciones asumidas y las modalidades de cumplimiento, puede dilucidarse tal cuestión por las conductas de las partes que tengan relación con lo que se discute, siempre que el comportamiento de los contrayentes no vulnere normas de orden público, y la finalidad que, prevista como causa del pacto a la hora de la celebración, guarde el rango de licitud que todo acto jurídico requiere.

La regla moral

Entendemos a la autonomía de la voluntad como sinónimo de autogobierno, cuando autogobernarse es una abstracción que impregna los actos de las personas en sociedad.

Como seres sociales, las conductas de los sujetos siempre están acompañadas

por el grado de responsabilidad que la legislación carga a los incumplimientos o cumplimientos defectuosos.

Sin embargo, el sistema no contempla a los contrayentes como sospechosos de quebrantar lo pactado. Por el contrario, confía en ellos y presume un comportamiento honrado desde la conformación del convenio hasta la realización de las obligaciones insertas en él.

En el año 1968, nuestra ley incorpora este principio como parte de su espíritu, iniciando el artículo 1198 del Código civil con la siguiente sentencia: *“Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”*. Desde aquel instante, la integridad de los contratantes se presume.

La buena fe no sólo aparece como valor regente del contrato, sino como una condición de los actos del hombre en sociedad. El derecho no recela de los sujetos como individuos avaros incontrolables, dispuestos a avasallar todos los principios imperantes en el grupo social al sólo efecto de lograr sus fines personales. Por el contrario, el sistema presume al hombre dotado de valores de honestidad, decencia, honradez, integridad y responsabilidad. De allí que la buena fe no es materia de probanza, sino que se presume; en todo caso, lo único que debe probarse es la mala fe por parte de quien la alega.

Claro que el obligado puede no cumplir la prestación asumida en el contrato, pero ésto es excepción y no regla. Como escribiera el profesor Ricardo Ginés García: *“El incumplimiento de la prestación constituye la transgresión. El sujeto pasivo tiene el deber jurídico que le impele a cumplir sus obligaciones, sin embargo, como es libre puede elegir, en lugar de realizar voluntariamente la prestación, omitirla y cometer la transgresión. Para esta hipótesis, la norma prescribe subsidiariamente una sanción que imputa directamente al sujeto transgresor, o indirectamente a un tercero al que ella hace jurídicamente responsable”* (García, Ricardo Ginés. *“Fundamentos del derecho”*, Ed. Lectio, 2° edición, 2008, pág, 174).

El autor pone blanco sobre negro un aspecto fundamental: para que el intérprete perciba que el obligado no cumplió la prestación a su cargo, no necesita un contrato enmarcado en una regulación especial. La perspicacia del juez y la normativa general son suficiente malla de corrección y sanción para los comportamientos disvaliosos, ya estén previstos en la norma general o formen parte de la costumbre jurídica.

El Codificador, tratando las obligaciones en general, explica en la nota al artículo 530: *“En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas*

costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas”.

El Doctor Alterini, en comentario a este mismo párrafo, dice que se hace alusión al *honeste vivere*, vivir honestamente. (Alterini, Atilio Aníbal. “Contratos Civiles- Comerciales- de Consumo” Abeledo Perrot, 1998, pag.31). Si la concepción moderna de nuestro sistema legal no ha conjeturado que los contratantes abrigan oscuras intenciones perversas, no hay por qué hacerlo atándolos a tipos rígidos. La carencia de regla moral encarna la falta de autonomía de la voluntad, si prevemos conductas dignas y honradas, como sociedad en vías de desarrollo económico, tenemos la obligación de dar a los celebrantes toda la libertad posible en aras de ese mismo desarrollo.

Pacta sunt servanda

Hemos expuesto oportunamente que distinguen al contrato tres características que le son propias: 1) libertad de contratación, que a su vez se segmenta en libertad de contratar y libertad contractual. 2) la fuerza obligatoria. 3) la eficacia del contrato. Para desarrollar brevemente el tema centremos nuestra atención en la segunda de ellas, la fuerza obligatoria de los contratos.

Uno de los principios fundamentales de la contratación romanista se expresa en la máxima “*pacta sunt servanda*”, cuya significancia es que los contratos se realizan para ser cumplidos; allí surge el carácter normativo de la figura contractual. La concepción tradicional no admitía la revisión de los contratos bajo ningún concepto, esto sucedía sencillamente porque los contratos no se interpretaban, solo se cumplían. Al ser parte en una relación contractual los contratantes debían ejecutar las prestaciones a su cargo, sin importar que éstas fuesen factibles o no de cumplimiento.

En realidad, el principio no apunta a la subjetividad o predisposición de cumplir que tengan las partes, sino a la manera en que se interpretan los contratos en cuanto a la posibilidad de revisión.

Si los derechos eran absolutos, los deberes también lo eran. El celebrante que asumía obligaciones, satisfacía la prestación hasta con su propia libertad, convirtiéndose en esclavo de su acreedor.

Nuestro legislador adhirió a este ideario. En el final de la larga nota al artículo 943, el Codificador expresa su apego a la concepción romana sobre el cumplimiento de los contratos: “*El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por la leyes, debe hacer irrevocables los contratos.* Es aplicación directa del principio

pacta sunt Servanda.

Los jueces no tenían posibilidad de reformulación de los contratos celebrados, salvo aquellos que provenían de actos viciados. El único permiso de arrepentimiento incluido por Vélez Sarsfield fue la seña, señal o arras, del artículo 1202 del Código Civil; pero hasta hoy, continuamos discutiendo si la seña es parte del pacto o es anterior a él, por lo que no se halla incluida en la convención.

Sin embargo, nuestros magistrados ya venían expidiéndose *contra legem* en algunos contratos en los que verificaban injusticias notables, vaya como ejemplo el caso Peralta (Peralta, Josefa del Carmen c. Trepal, Lorenzo S”, C. N. A Civil, Sala A 18/12/1964. ED., t.15, pág. 463), en el que en larga exposición, el Dr. Borda fundamenta su voto contra la validez de ese contrato por haberse configurado el vicio de lesión, cuando nuestra ley no lo contemplaba y el legislador lo había desechado expresamente en el inicio de la nota al artículo 943, en el que se expresa: “Para sostener nosotros que la lesión enorme y enormísima no deben viciar los actos...”.

En el mismo fallo, el Doctor Llambías adhiere a lo expresado por el magistrado preopinante: “...el vicio de lesión enorme no ha sido configurado como tal por nuestro Código Civil y, por tanto, no funciona automáticamente por su sola virtualidad, sino en tanto y cuanto el acto que lo contenga sea contrario a las buenas costumbres, adhiero al bien fundado y convincente voto del doctor Borda”.

En el año 1968 la sanción de la ley 17.711 incorpora una serie de figuras que vienen a revolucionar el derecho civil argentino, y en particular el mundo contractual, trayendo con ello la posibilidad de revisar los contratos por abuso del derecho del art. 1071, la buena fe y la imprevisión del art. 1198, la no persecución al tercero adquirente de buena fe a título oneroso del art. 1051, el vicio de lesión del art. 954, la indemnización de equidad del artículo del art. 907, la supresión de la solemnidades del art. 1184, la apreciación del juez del monto de la pena del art. 656, la repetición por mayor pago del art. 1109, etc..

Desde la reforma, los jueces pueden corregir o nulificar los contratos de acuerdo a su buen criterio y las armas de revisión que la normativa pone en sus manos. Se ha modificado también la interpretación sobre la autonomía de la voluntad, que ya no sólo es un dato previo al contrato, sino que también lo acompaña durante su vida útil e incluso una vez finalizado, con la alternativa que la justicia los estudie en cualquier momento a petición de parte.

Hoy todo contrato se encuentra expuesto a revisión. Así los jueces van a

ingresar en ellos, a analizarlos y reformularlos o nulificarlos, lo que implica que el viejo principio romanista del *pacta sunt servanda* pasó a ser una máxima moral que manifiesta un valor social vigente, pero en manera alguna normativo.

El breve análisis que se ha hecho en los párrafos precedentes pone de manifiesto la evolución que viene experimentando el contrato desde que es tal. El pasaje desde el recio *pacta sunt servanda*, hasta la ductilidad actual, ponen a estas convenciones en un proceso que aún no acaba y que creemos que su próxima estación es mayor flexibilidad; el mundo va en ese camino, el hombre posmoderno está en él. Repárese que todo esto ha sucedido sin poner en peligro el dato de voluntad necesario para conformar el pacto. Por el contrario, el contrato evoluciona para fortalecer y templar la autonomía de la voluntad contractual y hacer más maleables las convenciones y los negocios. Por lo tanto entendemos que los contratos pueden guardar las generalidades que la norma manda y en todo caso tomar prestados resortes legales de los pocos contratos legislados, adaptando el derecho a las nuevas formas de negociar.

Contratos de adhesión o cláusulas predispuestas

Hoy por hoy los productos y los servicios arriban a los mercados a una velocidad inusual, para abandonarlos con la misma celeridad. Los fabricantes, comerciantes y financistas, en respuesta a esa rapidez, colocan e intercambian bienes con prontitud y presteza. No hay tiempo para negociar, y mucho menos para regatear.

Se promueven formas contractuales pre-escritas, de cuya redacción no participa el consumidor porque, en realidad, no quiere ser parte de su confección, perdería tiempo y energía, cuando su único interés es adquirir el producto de la manera más fácil y rápida.

Obtener una tarjeta de crédito o abrir un paquete de cuentas bancarias. La entrada para el teatro o un pasaje aéreo o asegurar el automóvil. Contratar una cobertura de medicina prepaga, tanto como el estacionamiento parquimetrado. La premura y apresuramiento van tomando todos los ámbitos y maneras del intercambio de bienes y servicios.

En este contexto surgen las cláusulas predispuestas o condiciones generales, contenidas en contratos conocidos como “por suscripción” o “por adhesión”; donde el oferente estipula las cláusulas contractuales y la contraparte se limita a aceptarlas firmando en el soporte o simplemente contrayéndolo por incorporación inmediata.

Que el consumidor no participe en la producción del instrumento que plasma el contrato, no significa que no esté prestando su voluntad al momento de adquirirlo. Por ello, debe valorarse si se ha respetado el principio de “libertad de contratación”, para desentrañar si, existiendo la voluntad del cliente, éste ha prestado el consentimiento contractual, elemento indispensable del contrato.

Es posible marcar diferencia entre “aceptación libre” y “aceptación voluntaria”. Sobre la primera, baste decir que su configuración en el contrato surge de implementar la libertad de contratar y la libertad contractual, para conformar así la libertad de contratación.

En el siguiente, entendemos aceptación voluntaria por la no violentada; el deudor asume ese rol jurídico deliberadamente. Tal afirmación no deja lugar a dudas; sin embargo, esto no significa que se haya manifestado en el acuerdo el concepto de libertad de contratación que indefectiblemente necesita el acto.

Quien acepta intencional y conscientemente ser parte en un contrato de adhesión, está suscribiendo con sólo un segmento del dato de libertad de contratación necesario para que haya consentimiento. La voluntad en estos acuerdos solamente aparece en yuxtaposición con la libertad de contratar o autodecisión; pero no se vislumbra la otra pata, la libertad contractual o autorregulación. Por lo tanto no podemos decir que el consentimiento, elemento esencial del contrato, se haya prestado con libertad de contratación.

La consecuencia jurídica de lo expuesto es que el sistema no destruye este tipo de contrato por falta de autorregulación, sino que pospone su verificación para el momento que la parte afectada lo requiera.

La expresión “voluntad libre”, no es una redundancia, expresa dos términos que se complementan y crean un nuevo concepto con significado diferente a cada uno de ellos.

Hay diversas maneras de pensar jurídicamente los contratos de adhesión, por ejemplo: el consumidor se informa en el acto de celebración que el contrato está sujeto a condiciones generales; se entera en ese momento de cuáles son ellas; como también puede crearse legítimamente, que realizando voluntariamente el contrato el cliente autoriza al estipulante a que establezca las condiciones del mismo. Hay consenso en sostener como presupuesto básico que el adherente participa efectivamente de las cláusulas del mismo, dado que al unir su voluntad con la del estipulante el acto es lícito y no daña sus derechos, sino hasta que se produzca el avasallamiento de sus intereses con los efectos del pacto

Cláusulas predispuestas en la ley del consumidor

La ley 24.240 aborda con decisión el tipo de convenio que se está tratando, en el capítulo 9, bajo el rótulo “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces”. Muy acertado el tenor del título, ya que fue el objeto de la ley, terminar con las llamadas “cláusulas leoninas”, que permitieron dar al consumidor su actual rango constitucional.

El artículo 37 de dicha ley, comienza prescribiendo que, las estipulaciones abusivas se tendrán por no escritas, sin perjuicio que el contrato siga siendo válido. En tres incisos encuadra de manera no taxativa, la naturaleza de las disposiciones ineficaces; a saber: a) las que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Es decir, el artículo intenta cerrar el paso a cualquier acción abusiva por parte del estipulante; hasta el punto que, la interpretación del contrato debe hacerse siempre a favor del consumidor.

En el mismo sentido, si la parte que ha confeccionado el cuerpo de lectura del contrato hubiese violado el deber de información o el principio de buena fe, o las leyes de defensa de la competencia o de lealtad comercial; el adherente queda en posición de demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. En este último caso, el juez integrará el convenio haciendo uso de sus facultades propias, al sólo efecto de adecuar el sentido del pacto en pos de su subsistencia.

Luego de las disposiciones legales a fin de interpretar lo firmado; el artículo 38 se refiere específicamente a los contratos por adhesión realizados en formularios. En realidad, la expresión hace referencia a los contratos hechos de manera estandarizada, en serie y uniformes; confeccionados por una de las partes sin que la otra haya gozado de la posibilidad de discutirlos o negociarlos. Estos casos se interpretarán de la manera prescripta por el artículo 37, y el consumidor podrá demandar en oportunidad de sus derechos. El artículo 39, último de la ley 24.240 referido a los contratos de adhesión, lleva el ostentoso título de Modificación de contratos tipo. La disposición es de vacilante constitucionalidad; ya que en el supuesto que el estipulante haya cumplimentado todos los requisitos exigidos por la autoridad de aplicación para llegar a los consumidores con su oferta; dicho organismo concederá o no la autorización para abordar el mercado en la

modalidad contractual elegida, pero en manera alguna podrá sustituir la voluntad del predisponente.

No albergamos ninguna duda en que la fiscalización por parte de los organismos del estado es imprescindible. Ello importará la posibilidad de adecuación del estipulante a las reglas establecidas por la dependencia estatal; y ésta autorizará, observará o rechazará el formulario contractual. Wilfredo Coello ha echado luz sobre el particular “Se entiende por función, la actividad propia de cada órgano del estado. Es condicionada específicamente por un precepto legal. La ley es la que determina las maneras mediante las cuales se ejercerá cada un de las funciones estatales, ya sean de control o de administración, y ningún órgano debe extralimitarse de sus funciones”.

Por nuestra parte, entendemos que el consumidor no sabe ni quiere saber si hay cláusulas preconfeccionadas. Si está al tanto de su existencia, no va a interesarse en su lectura. Tampoco está autorizando o dejando de hacerlo al predisponente, no es la forma de verlo, simplemente hay una dilación en la verificación de la regulación contractual en el ámbito de lo contencioso en el momento que nace la contienda.

En estos contratos las partes se atienen más a la ley del consumidor que a las normas especiales, tanto al momento de confeccionar el instrumento por el proponente, como al de reclamar sus derechos por parte del aceptante. Esto sucede porque los actos que enmarcan los contratos son complejos y suelen contener disposiciones que hacen a diversas figuras. Estos contratos se celebran, se ejecutan y se interpretan de acuerdo a la normativa general en detrimento de la ley especial.

Nos parece una excelente vía la creación de las cláusulas predispuestas y la proliferación del uso de ellas, cada vez con mayor asiduidad. De la misma manera que resulta imprescindible la regulación genérica a la que han dado lugar. En las últimas décadas ha cobrado vida la figura del consumidor como bien jurídico a tutelar y cuyo amparo fue creciendo hasta alcanzar rango constitucional, con su incorporación al artículo 42 de la Constitución Nacional y la ley 24.240 que reglamenta aquella jerarquía.

Estas normas tienen carácter general. Contemplan y tutelan gran parte de la actividad contractual, evitando en muchos casos apelar a diferentes regulaciones de distintos contratos especiales, con el engorro y confusión que acarrea dicha circunstancia. En la medida que se profundice el ámbito de la legislación genérica, la actividad contractual va a encontrar una zona legal ágil, dinámica y liviana, como los negocios actuales requieren.

CAPITULO 4

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Es preciso comenzar el tratamiento del tema haciendo una breve referencia a la utilidad de la práctica clasificatoria en materia contractual. El maestro Héctor Lafaille apuntaba que la cuestión de la clasificación no pertenece al universo normativo, sino que es objeto de estudio doctrinal, más allá que el legislador se haya empeñado en incorporar en la ley parte de este factor programático.

Los diferentes estratos clasificatorios se presentan en pares, adoptando un rango de alteridad compuesto por extremos que se excluyen entre sí.

La clasificación hace a la calificación de los contratos. El interprete aprovecha las diferentes categorías clasificatorias para determinar el tipo de contrato que tiene en frente, su alcance y calidad; para concluir que clase de transacción han efectuado las partes, incluso, más allá de la denominación que los celebrantes le hayan asignado. Por ejemplo, en un conflicto en un contrato de compraventa, el juez puede entender que el precio que se ha abonado por la cosa objeto del pacto es irrisorio; *clasificará* el contrato como gratuito. No existiendo precio a cambio de la cosa, *calificará* el convenio como donación, dejando de ser en ese mismo instante una compraventa.

Hay una clasificación explícita y una implícita en el Código civil, la primera se encuentra regulada en la franja articulada entre el 1138 y el 1143.

Unilaterales y bilaterales

Los contratos unilaterales son aquellos donde una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. Los bilaterales se materializan cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. Esta reciprocidad otorga dos acciones que garantizan el cumplimiento de las obligaciones.

Hay que precaverse de no equivocar los actos jurídicos unilaterales y bilaterales, con la unilateralidad y bilateralidad de los contratos.

El acto jurídico es unilateral cuando hay en él una sola declaración de voluntad, ej: el testamento. El acto jurídico bilateral es el que contiene dos manifestaciones de voluntad recíprocas, ej: el contrato. Ya nos dice la definición del contrato: “Acto jurídico bilateral, causado...”. El contrato siempre es un acto jurídico bilateral, ya que para conformarse requiere el consentimiento de, por los menos, dos personas, una que oferte y otra que acepte. Ahora, dentro de la relación contractual, deberá identificarse cuantas obligaciones comprende el convenio. Si hay solamente un obligado, el contrato es unilateral (sabiendo que siempre el contrato es un acto jurídico

bilateral); ej: donación. Si ambos contratantes están recíprocamente obligados, el contrato es bilateral; ej: compraventa.

Sin perjuicio de lo dicho, puede presentarse una tercera posibilidad, como son los contratos multilaterales o plurilaterales, donde se concreta la relación contractual con un sinnúmero de obligados, ej: el contrato de sociedad civil. Hay un consenso doctrinario respecto de tratar a todos los acuerdos como bilaterales cuando, en realidad, pueden participar en él dos o más personas. Nos parece adecuado la utilización de esta tercera categoría, al sólo efecto de perfeccionar el orden clasificatorio.

Es importante señalar que la unilateralidad o bilateralidad debe concretarse en la génesis del contrato; es allí, en el acto de formación del vínculo convencional, donde se mensura este carácter. Los acontecimientos ulteriores no modifican la naturaleza del acuerdo. En general, esos acontecimientos son virtuales, pueden o no aparecer de acuerdo a la modalidad de cumplimiento de la parte o el devenir fáctico del contrato. En el mandato hay una sola obligación constituida en cabeza del mandatario que debe realizar los actos jurídicos encomendados por su mandante. Si en ocasión de consumir aquellos se provocan gastos que el mandatario afronta con su propio peculio, el mandate debe resarcir tales erogaciones, pero esta obligación no es originaria, no hace a la naturaleza jurídica del convenio, sino que se forja como una consecuencia del trámite de cumplimiento. Obviamente, nace una acción a favor del mandatario, pero sólo en el caso que tales gastos tuvieren lugar. Estas circunstancias no convierten al mandato en bilateral, sino que mantiene el carácter de unilateral, tal como fue gestado.

Onerosos y gratuitos

La determinación de estos caracteres no proviene de la consideración específica de las obligaciones asumidas contractualmente, sino que tiene base en las ventajas que surgen de la relación convencional.

Los contratos son a título oneroso cuando la ventaja que procuran a una u otra de las partes no le es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle; son a título gratuito, cuando aseguran a una y otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte.

Más allá de las críticas a la fórmula citada con respecto a que los contratos no poseen título, por lo que poco podría decirse sobre ello, y que ésto hace innecesaria la existencia de este rango clasificatorio; los maestros Zago y

Garrido destacan la utilidad material de esta categoría para la calificación de los pactos.

Cuando se ha estipulado en un contrato una ventaja a favor de una de las partes; debe observarse si ésta se ha obligado a contraprestar, es decir, determinar si tiene a su cargo otra obligación frente a aquella que produce su ventaja. Si tiene que contraprestar, el contrato será oneroso; pagar el precio en la compraventa a cambio de la recepción de la cosa que configura el objeto de la ventaja a su favor. Si no tiene contraprestación alguna a su cargo, el acuerdo es gratuito, no abonar nada a cambio de la cosa recibida en el contrato de donación.

Héctor Lafaille sostiene que los contratos bilaterales son onerosos. Los unilaterales pueden ser uno u otro, o aceptar ambos caracteres de acuerdo a la manera en que se hayan confeccionado, por ejemplo el contrato de mutuo que es unilateral y puede ser oneroso o gratuito, según devengue o no intereses.

En uno u otro caso, debe repararse en que los efectos no son los mismos en cuanto a que en los onerosos la reivindicación de la cosa está delimitada por la imposibilidad de perseguir al tercero buena fe; así mismo, se debe la garantía de evicción y la de los vicios redhibitorios.

Otro aspecto es la implementación de los cargos en los contratos gratuitos. Estas circunstancias son impuestas por el constituyente convencional a quién él mismo desea mejorar de fortuna, estableciendo un gravamen a la liberalidad que produce con la creación del contrato. En estos casos la medida de la carga debe ser menor al cincuenta por ciento del valor de la cosa dada, situación que mantiene la gratuidad del acuerdo. Sin embargo, en la mensura de la carga, valor menor con respecto al principal, el acto se hace oneroso y acarrea, en dicha mensura pecuniaria, todos los efectos de los contratos en ese carácter.

Consensuales y reales

Los contratos consensuales quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento. Los contratos reales, para producir sus efectos, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre la que versare el contrato.

Es habitual que se confunda el elemento esencial general “consentimiento”, con el carácter “consensual”, propio de algunos contratos.

Todas las figuras contractuales, sin excepción, tienen tres elementos

necesarios e imprescindibles, consentimiento, objeto y causa, para la comprensión de cada uno de ellos remitimos al capítulo correspondiente; no obstante, hacemos mención del primero, desde que arribar a un acuerdo es un dato ineludible de todo contrato, donde la voluntad libre de los celebrantes se manifiesta en el acto, revelando su condición volitiva.

Distinto es referirse a los contratos consensuales como un carácter de algunos de ellos, los que no son reales. Aquí cobran silueta las coordenadas que indican qué contratos producen efectos desde que se establece el acuerdo entre las partes. Significa que los resultados y consecuencias de los acuerdos consensuales tienen lugar desde el otorgamiento del consentimiento, sin necesidad que las partes deban entregarse nada para constituir el pacto. Esta derivación le ha hecho decir a Jorge Zago que “no es lo mismo expresar que el contrato es consensual porque se ha celebrado con el consentimiento de las partes, que decir que los efectos propios del contrato se producen desde el momento mismo en que las partes han manifestado su consentimiento”.

Lamentablemente, la ley, la doctrina y la intelectualidad jurídica, han hecho de la ambigüedad terminológica uso habitual y corriente; tal el concepto de partes asignada tanto a los celebrantes en un contrato como a los litigantes en un proceso; o la palabra real que da título a un segmento del derecho privado como a otro carácter contractual, el que será tratado a renglón seguido.

Los contratos reales son los que se perfeccionan con la entrega de la cosa, hasta ese momento el convenio no existe. Para este tipo contractual la tradición es un acto constitutivo del acuerdo.

En los contratos de préstamo por ejemplo, la obligación aparece combinada entre la guarda y la restitución; es de toda lógica que nadie puede cuidar y mucho menos devolver, aquello que no se le ha entregado. Pothier calificaba de inconcebible una obligación de reponer lo que no se le ha dado.

Se ha enumerado a los contratos reales en mutuo, comodato, depósito, y la constitución de prenda y anticresis; nosotros adicionamos el contrato oneroso de renta vitalicia. Estos tipos convencionales son unilaterales, porque contienen una sola obligación; pero el deudor no puede dar cumplimiento a su prestación si no se le ha hecho entrega de la cosa, ya que la única obligación en los contratos detallados, debe practicarse sobre la cosa objeto del pacto.

En otro sentido, ya nos hemos referido a la confusión terminológica por el que nuestro sistema jurídico ha pecado en más de una oportunidad. Al hablar del carácter real de un contrato es imprescindible no cometer el

equivoco de suponer que estamos refiriendo un derecho real; sobre todo porque si se está describiendo un contrato, es obvio que dentro de él habrá, por lo menos una obligación, lo cual implica que nos encontramos en el área de los derechos personales, no de los reales.

Si algo puso en claro Vélez Sarsfield en el Código civil, fue en la redacción del artículo 497: “A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales”. Si no hay prestación que concierna a derechos reales, significa que éstos son extraños a los contratos, dado que la obligación es una entidad inescindible de la figura contractual, además de pertenecer, obligación y contrato, exclusivamente al campo de los derechos personales.

El carácter de contratos reales, es una categoría que reseña la presencia de una cosa (res), la que debe ser entregada, indefectiblemente, por el acreedor al deudor, para que éste asuma el rol de tal y desde allí dar por establecido el vínculo contractual.

Es por ello, y a riesgo de ser redundantes, que los contratos reales son una categoría de los derechos personales y, por lo tanto, ajenos al plano de los derechos reales.

Nominados e innominados

Los contratos son nominados o innominados, según que la ley los designe o no, bajo una denominación especial.

La nominatividad de los contratos reseña el nombre que la ley le ha otorgado a una determinada figura convencional; la innominatividad, lógicamente, señala todo lo contrario. La doctrina moderna tiende a confundir los conceptos de nominados e innominados con típicos y atípicos. Roque Fortunato Garrido tiene dicho que “un contrato es nominado cuando la totalidad de sus cláusulas esenciales se adecua a un tipo especial, sin que tenga importancia el nombre dado por las partes”, así como, refiriéndose a su opuesto, “En los contratos innominados el procedimiento es el mismo, tan sólo que, como no hay un tipo del cual partir, habrá que acudir primero a las reglas generales de los contratos. La opinión contraria que al contrato innominado aplica directamente las reglas y el tipo con el que guarda mayor analogía saltea indebidamente una etapa, que es la de la subsunción en el género”.

En un sentido diferente, pero abonando al señalado en el párrafo precedente, el profesor Alterini, sostenía: “En el derecho moderno esta clasificación ha sido abandonada (refiriendo los contratos nominados e innominados)

reemplazándola por la noción de contratos típicos y atípicos”.

Nuestra posición es diametralmente opuesta a la de los distinguidos doctrinarios citados. Entendemos que nominatividad y tipicidad son conceptos disímiles, que definen caracteres diferentes dentro del nomenclador clasificatorio de los contratos. Uno designa los contratos que el legislador ha denominado en la norma, y el otro los que han obtenido regulación específica.

No siempre, ambas concepciones se presentan juntas; Masnatta hacía notar que el contrato de hospedaje tiene nombre expreso pero jamás fue regulado; otro tanto sucede con el contrato de garaje.

Vélez ponía luz al particular rasgo de alteridad que presenta el género distintivo de los contratos que lleven nombre o no, en la nota al artículo 1629: “No exigiendo nuestro sistema judicial, como exigía el Derecho Romano, la designación del contrato, en virtud del cual la acción es intentada...”. Un pacto puede recibir una denominación surgida de la voluntad de las partes, o no tenerla, y en el conflicto, el juez, haciendo uso de las facultades que le son propias, tiene la posibilidad de cambiarlo una vez que lo haya calificado pasándolo por el tamiz de la clasificación.

Típicos y atípicos

Como expresásemos en el acápite anterior, tenemos posición tomada en cuanto al carácter distinto y desigual de la nominatividad y la tipicidad de los contratos.

Los típicos son los que, además de ser nominados, reciben regulación expresa dentro del marco normativo de la especialidad.

Los atípicos son los que no fueron regulados por la ley, cosa que no significa que no puedan existir, todo lo contrario; gozan de una suerte de regulación, ya que el intérprete busca enmarcarlo en el contrato típico más cercano en cuanto a la prestación que define al pacto. Luego, aplica por analogía las prescripciones legales del convenio tipificado al efecto de resolver los conflictos en los contratos atípicos.

En nuestra concepción, creemos que la fuente de estos contratos es la realidad, por lo que el juez no se encuentra forzado a acudir a convenios análogos para aplicarlos a la resolución de conflictos; para su comprensión remitimos al capítulo de Atipicidad que forma parte de esta obra.

Zago, siguiendo a Puig Brutau, indica dos posibles formas de atipicidad: puro y mixto.

1) “El contrato *atípico puro* es el que no acepta ser encapsulado por afinidad

o semejanza en ninguno de los específicamente regulados. Es, desde el punto de vista de la normativa, absolutamente autónomo, por lo que no es posible extraer de otro contrato que se halle codificado, ideas análogas para la resolución de contiendas.

2) La contextura jurídica del contrato *atípico mixto* oscila entre dos o más figuras típicas que conforman sus fuentes de interpretación. El convenio mixto se subclasifica en: a) *teoría de la absorción*, donde las normas de un contrato legislado serán de aplicación debido a la similitud en las prestaciones, b) *teoría de la combinación*, aquí se intercalan reglas de distintas figuras contractuales con el objeto de alcanzar una interpretación lo más ajustada posible a las específicamente reguladas en la ley”.

El autor citado completa su análisis con una tercera opción a la que llama *teoría analógica*, que nosotros desechamos por encontrarla redundante con respecto a las expuestas.

El profesor Alterini analiza la nota al artículo 1143 del Código de Vélez: “...*los efectos son los mismos en los contratos innominados que en los que tienen nombre...*” la diferencia “...*en cuanto a sus efectos posibles y a la extensión de la obligación, no puede dejar de existir...*”. Nosotros disentimos con la nota ya que creemos que marca una contradicción entre las dos frases que se excluyen entre sí. O no hay diferencia o sí la hay.

Tenemos la convicción que los efectos de los contratos típicos y los de los atípicos no difieren por el hecho de encontrarse reglados o no. La dicotomía expuesta ha quedado desechada en el derecho moderno. El contrato atípico no se ubica en un rango inferior que el típico; ambos se dinamizan con la fuerza propia de toda figura contractual; la atipicidad de un acuerdo no va en desmedro de efectividad y obligatoriedad que posee toda figura contractual, ya sea típica o atípica.

Conmutativos y aleatorios

Ha comentado Gastaldi que el diccionario enciclopédico ilustrado Larousse, no consigna el *alea*, pero sí “aleatorio/a”: adj. Relativo a todo acontecimiento incierto, por depender de la suerte o del azar. Y en “azar” se consigna: Causa a la que se atribuyen acontecimientos que se consideran sometidos únicamente a la probabilidad o cuya causa real se desconoce.

Messineo ve desde su aguda óptica que “es contrato aleatorio (o de suerte) aquel en el que la entidad del sacrificio puesta en relación con la entidad de la ventaja (es decir, la entidad del riesgo al que cada contratante se expone) no puede ser conocida y valuable en el acto de la formación del contrato:

tal entidad se revelará luego, según el curso de los acontecimientos. De esto se sigue que quién estipula un contrato aleatorio, tal vez haga una cosa útil para él o perjudicial según las circunstancias”.

El alea equivale a un riesgo; el contrato oneroso de renta vitalicia, donde se designa a uno o varios individuos cuya existencia determinará la extensión temporal del acuerdo, es aleatorio, porque las partes no saben, al momento de contraer las obligaciones sustanciales del pacto, cuanto tiempo va a vivir el cabeza de renta, quién va a poner punto de culminación al acuerdo con su muerte.

No hay duda que el hecho del fallecimiento es futuro e incierto por la ignorancia de los constituyentes sobre el día del deceso de la persona física que marcará el fin del contrato; lo único que saben, es que el hecho va a suceder inexorablemente, en algún punto del futuro.

Distinto es un contrato condicional, donde el hecho incierto y futuro, puede suceder o no. El ejemplo más acertado para ilustrar el concepto es el contrato de seguro, donde el desencadenante del resarcimiento puede llegar a acontecer con las mismas probabilidades de no ocurrir. La cobertura sobre robo o incendio se puede extender a lo largo de todo el contrato sin que el objeto asegurado haya sido robado o incendiado.

Sobre el carácter conmutativo de los contratos se han expresado con desmedida frecuencia disímiles puntos de vista. Garrido sostuvo que los acuerdos conmutativos son aquellos cuyas prestaciones tienen equivalencia económica.

Por su parte, Gastaldi aporta su opinión: “Contrato conmutativo es el que versa sobre prestaciones ciertas y determinadas, no sujeto a riesgo, aunque el resultado económico no esté asegurado”.

En otro sentido, el criterio de Salvat, con el que acordamos, es el siguiente: “Los contratos son conmutativos cuando las ventajas que ellos proporcionan a las partes son ciertas y susceptibles de apreciación inmediata. Hay entre ellas una especie de compensación recíproca, que no depende de eventualidad alguna. La mayoría de los contratos a título oneroso, bilaterales o unilaterales, son contratos conmutativos, por ej.: la compraventa, la locación, el préstamo, etc.; las ventajas que cada parte recibe son ciertas y susceptibles de una apreciación inmediata; en la compraventa, la cosa y el precio son ventajas ciertas que cada una de las partes valora inmediatamente; en el préstamo hay para el prestamista la ventaja de la colocación de su capital y el interés que recoge, y para el prestatario la del goce de aquel, y estas ventajas son ciertas y susceptibles

de apreciación inmediata”.

Principales y accesorios

Es principal el negocio cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otro; y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella. Esta clasificación sólo tiene importancia para determinar la extinción de unos y otros, de acuerdo al aforismo que dice que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; pero no al revés.

Esta distinción es equivalente al concepto de accesoriedad obligacional. La doctrina tradicional sostiene que el convenio accesorio depende de un contrato principal, disentimos fuertemente con esta afirmación, el contrato accesorio, como tal, no tiene que acceder necesariamente a otro contrato, se puede constituir sobre cualquier tipo de obligación, sea ella contractual o no. Tan independiente es de todo otro contrato preexistente, que se puede caucionar una obligación nacida de un delito. Por lo dicho, entendemos adecuado expresar que este tipo de contrato es accesorio de cualquier tipo de obligación, y no necesariamente de otro contrato.

El convenio accesorio es de una amplitud notable, ya que la obligación principal que se garantiza puede tener su origen en cualquier otra fuente de las obligaciones, contractual como extracontractual, surgida de la ley, de un cuasicontrato, de un hecho ilícito, etc.

El ejemplo más nítido en materia de contratos accesorios es la Fianza, cuyas características concuerdan absolutamente con las nociones enunciadas en los párrafos precedentes.

Formales y no formales

Los contratos son formales según la ley exija una manera determinada para su constitución. La norma puede requerir que se realicen adoptando una forma a los efectos de la probanza del contrato; o bien como elemento constitutivo del convenio, lo que significa, que si no se cumple con la forma prevista en la norma, el contrato no existirá como tal.

Los informales, pueden constituirse adoptando cualquier modalidad, pudiendo tener el contrato una factura meramente verbal.

Para el estudio del particular, remitimos al capítulo de Forma, donde se trata el tema de manera específica y detallada.

Clasificación por sus efectos

Causados y abstractos

Los contratos causados son los que tienen algún tipo de causa, incluso esté ella ausente o sea falsa, ya que la causa aparece como presumida en cuanto a la institución de una causa en el primer caso u otra verdadera en el segundo. Sólo la causa ilícita es la que provoca la nulidad del contrato.

Los abstractos no tienen causa y no requieren tener una. El acreedor pretende el cumplimiento de la obligación sin necesidad de expresar cual fue la causa de la asunción de ella por parte del deudor. Sin perjuicio que pueda tener relevancia posteriormente.

De disposición y de administración

Los contratos son de disposición o de administración de acuerdo al tipo de obligación que se configure como prestación principal.

Son de disposición cuando las obligaciones que genera el contrato modifican patrimonios. Por ejemplo, en la compraventa, un bien sale de un patrimonio e ingresa en otro, modificando ambos; sucediendo lo mismo con la contraprestación que implica el pago del precio cierto.

Son de administración cuando el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato no modifican patrimonios; ej: el contrato de locación de cosa

Constitutivos y declaratorios

Los contratos constitutivos crean situaciones jurídicas nuevas que producen sus efectos desde su celebración hacia el futuro. La mayoría de los contratos son constitutivos; las relaciones se establecen simultáneamente con la constitución del contrato que las contiene.

Los declarativos presuponen la existencia de una relación jurídica anterior que ya viene desarrollándose de hecho. Este tipo de contratos reconocen o definen tales circunstancias, poniendo blanco sobre negro las voluntades preexistentes no solo en adelante, sino también hacia atrás en el tiempo; sus efectos se producen retroactivamente entre las partes.

De ejecución inmediata y de ejecución diferida

En estas contrataciones, el tiempo en que deben ejecutarse las obligaciones opera como definitorio para el encuadre del acuerdo. No tienen raigambre legal, en general, estas modalidades surgen de la voluntad de las partes en la etapa precontractual y se genera como una modalidad de cumplimiento de las prestaciones.

Los pactos cuya ejecución es inmediata producen sus efectos sin dilación alguna. Los de ejecución diferida, postergan la producción de la obligación en el tiempo por diferentes razones.

Es importante tener en cuenta que la realización de las obligaciones se pospone porque su cumplimiento ha quedado sometido a un mecanismo convenido por las partes; por ejemplo: a una condición suspensiva.

No es lo mismo que cuando el tiempo que transcurre entre la creación del contrato y el cumplimiento de las obligaciones no es sometido a otro acontecimiento paralelo, sino que simplemente las partes se otorgan entre sí un tiempo razonable para su ejecución, ej: la compraventa inmobiliaria, donde es común que desde la firma del boleto hasta la efectiva entrega del bien y del precio cierto, exista un lapso de tiempo prudente y moderado, para que los contratantes puedan dar cumplimiento a las respectivas prestaciones emanadas del acuerdo.

De ejecución única y de tracto sucesivo

Los contratos de ejecución única se cumplen de una sola vez y en un sólo acto. En los de tracto sucesivo la prestación se ejecuta periódicamente y se extiende en el tiempo a lo largo de períodos indeterminados.

Alterini tiene dicho que "la duración, a su vez, puede ser continuada, cuando la ejecución se realiza ininterrumpidamente, o periódica o tracto sucesivo, cuando la ejecución se realiza en tiempos separados entre sí. En el contrato de depósito la ejecución de la obligación del depositario de guardar la cosa es continuada. En la locación de cosas, la obligación del inquilino de pagar los alquileres es periódica".

Clasificación por su función económica

Función de cambio

Se refiere a los contratos que contienen el pasaje de un objeto jurídico

de un contratante a otro. Favorecen la circulación de bienes y servicios a través de la variedad de actos obligacionales que involucran disposición, administración o conservación. Por ello se presentan de distintas maneras:

- a) Para recibir una cosa: compraventa, donación, etc.
- b) Para recibir un servicio: locación de obra, locación de servicios, etc.
- c) De colaboración: mandato, consignación, etc.
- d) De custodia: depósito, garaje, etc.
- e) de garantía: fianza, aval.
- f) De previsión: seguros, contrato oneroso de renta vitalicia, etc.
- g) Para la solución de conflictos: acuerdo arbitral, transacción, etc.

Función de crédito

Son contratos que han alcanzado una autonomía que antaño no tenían. En general, se han desmembrado de otros acuerdos de los que formaban parte como una modalidad de pago financiada; Ej: la compraventa pagadera en cuotas.

Hoy la misma operación puede cancelarse con tarjeta de crédito, configurando, compraventa y crédito, dos contratos diferentes e independientes uno del otro. De tal manera que el comprador no posee la facultad de suspender los pagos por falta de entrega en tiempo y forma de la cosa adquirida con dicha modalidad.

Función de garantía

Son garantías personales, que responden a dicha naturaleza y por ello se pueden constituir por contrato. Le ofrecen al acreedor una cobertura patrimonial que le asegura la satisfacción de su derecho frente al incumplimiento del deudor; ejemplos son la fianza y el aval.

CAPITULO 5

ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

La concepción del contrato como un acuerdo de voluntades dirigido a crear, modificar, transferir o conservar derechos a través de las obligaciones, es considerada la piedra angular del derecho subjetivo; el cual se muestra en algunas ramas, como es el caso del derecho mercantil, como una verdadera urdimbre de contratos; el derecho mercantil es, fundamentalmente, un derecho contractual.

El acto jurídico es el medio con el que cuentan los hombres para establecer entre ellos el tejido infinito y complejísimo de sus relaciones jurídicas. La inmensa masa de actos jurídicos comprende hechos de tan diversa importancia y naturaleza como, por ejemplo: los actos bilaterales que requieren el acuerdo unánime de dos o más personas, como los contratos” (Borda, G., *“Manual de derecho civil”*. Buenos Aires. Ed. Perrot, 1974, pág. 418/419).

Los convenios cimentan su estructura en pilares que sostienen al contrato, los que aparecen como tres diferentes unidades modulares que se yuxtaponen en un solo bloque, aunque se mantienen en secciones independientes dentro del cuerpo contractual que encarnan. La tríada que sintetiza el esqueleto del pacto, necesariamente debe impulsarse en pos de aquello para lo que fue creado; en virtud de lo cual, todos, algunos o por lo menos uno de los celebrantes, tendrá sobre sus espaldas la carga de dar cumplimiento a una prestación; pero fundamentalmente, lo dicho sólo conformará figura contractual, si surge de la voluntad de todos los participantes del acto, sin excepción.

Lo plasmando en el párrafo anterior es una opinión, y como sucede frecuentemente en los debates jurídicos, hay otras. El profesor Cueto Rúa tiene una idea muy diferente a la nuestra: “Los contratos en sus diversas etapas (oferta, aceptación o contraoferta o revocación) muestran el carácter ficticio de la teoría que ve en el contrato una coincidencia de voluntades. De la misma manera, la llamada interpretación objetiva de los contratos se desinteresa del contenido de la voluntad como un hecho psicológico real, para atenerse a sus manifestaciones externas, mediante el comportamiento de las partes o sus declaraciones expresas. Como en tantos otros aspectos de la experiencia jurídica norteamericana, fue Oliver Wendell Holmes el primero en dejar de lado la pretensión de identificar el mutuo consentimiento como el fundamento de las obligaciones contractuales. En su lugar aconsejó concentrar el interés en el contenido de las relaciones de las partes contratantes” (Cueto Rúa J. C. *“Contratos homenaje a Marco Aurelio Risolía”*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot, 1997).

Elementos esenciales generales

Todos los contratos, sin importar su tipo y carácter, poseen tres elementos esenciales y generales que le son propios e imprescindibles: Consentimiento, Objeto y Causa. Como bien se dijo son indispensables y la falta de cualquiera de ellos cierra la posibilidad de dar nacimiento al contrato.

El consentimiento es el acuerdo propiamente dicho. Marca el punto de culminación de los actos unilaterales que ya se mencionaran: oferta y aceptación. Da inicio a la bilateralidad, con todo lo que ello implica normativamente: cambio en las responsabilidades, tiempos de prescripción, modificación en las transgresiones donde aparece el incumplimiento en todas sus formas como generador de las diferentes sanciones.

Los contratos consensuales son acuñados con el consentimiento, en la inteligencia que en los reales existe asimismo una suerte de consensualidad que da nota del acuerdo que necesariamente debe estar presente en todo contrato. Otro de los elementos esenciales generales es el objeto. Su rasgo sobresaliente lo puntualiza el artículo 1168 que prescribe: “Toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato...”.

Siguiendo la línea legislativa trazada en el artículo 953; en el capítulo de los contratos se especifica que las partes se obligan contractualmente a realizar algún tipo de prestación, a dar o recibir la cosa o derechos, a hacer o no hacer, siempre por actos de disposición, de administración o de conservación. La asunción de este tipo de prestaciones conforma el objeto inmediato en todos los tipos de contratación.

Es todo lo que el contratante se ha obligado a hacer, simultáneamente con el acto de celebración o en el futuro mientras el acuerdo desarrolla; se refiere a una conducta determinada, a la que voluntariamente se ha sometido el estipulante y prometido su cumplimiento.

El tercer elemento esencial general de los contratos es la causa, comprendida exclusivamente desde un punto de vista teleológico. Los futuros contratantes desean lograr algo para la satisfacción de sus propios intereses; para lo cual, deben encontrarse uno al otro en el mundo de lo fáctico. Luego, en conducta compartida, las partes trazan la ruta más adecuada, delineando en conjunto el plan que consideren más conveniente para alcanzar un fin común, que de resultas, va a saciar el interés de cada celebrante, que constituyó aquello que los impulsara a contraer obligaciones voluntariamente en un típico acto bilateral.

El objetivo común creado con el nacimiento del convenio es la causa del contrato; aquello que está destinado a procurar y lo mantiene con vida; es

la finalidad del pacto,

Capacidad, forma y sujeto

Dentro de la teoría contractual, se han trabado interesantes debates doctrinales en función que algunos autores tradicionales aseguran que los elementos de los actos jurídicos son exactamente los mismos que los elementos esenciales generales de los contratos.

En lo que a nosotros compete, ingresamos al entredicho desde una férrea posición, en la que sostenemos que los elementos esenciales generales son, los ya explicados, consentimiento, objeto y causa.

La capacidad, la forma y los sujetos, en nuestra opinión, no son elementos esenciales generales de los contratos, sin perjuicio que puedan ser observados desde una óptica distinta, y clasificados en virtud de una función diferente dentro de lo pactado por las partes.

A continuación exponemos una pequeña referencia aclaratoria de la exclusión que hacemos de la capacidad, la forma y los sujetos, en la nómina de los elementos esenciales generales.

La primera no es un elemento del contrato sino un presupuesto de validez de éste, porque no hace al nacimiento del contrato sino a su consistencia. Por ejemplo, un contrato celebrado por un incapaz nace como tal y será luego tachado por nulidad, o bien ratificado en la circunstancia de haber cesado el estado de incapacidad o por el beneficio del incapaz. Por el contrario, la falta de uno de los tres elementos esenciales no deja que el contrato vea la luz. La capacidad es una cualidad del sujeto y no del contrato.

La forma, en un contexto en el que reina la informalidad como tendencia que se acentúa con la modernidad, ya no es requerida en una buena cantidad de contratos, y si lo es, su utilidad se reduce al efecto probatorio; es decir, que si no se da cumplimiento a la formalidad indicada en la norma, el contrato podrá probarse por cualquier otro de los medios indicados en el artículo 1190. No así cuando la forma es ordenada con carácter solemne, como lo pide el artículo 1810 para las donaciones de bienes inmuebles y para las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias, las que deben realizarse en escritura pública bajo pena de nulidad. Aquí la forma es condición indispensable para el nacimiento del contrato, por ello se transforma en un elemento esencial, pero con carácter particular ya que se aplica a este tipo contractual y no a otros.

Si bien los sujetos son elementos indispensable del acto jurídico, no los son del contrato. Decimos ésto en contradicción con el doctor Alterini,

quién sostiene que constituyen un componente indispensable de la figura contractual, a cuya concepción nos oponemos.

El contrato es el acto jurídico bilateral por antonomasia. Por serlo, los sujetos vienen con él; es decir, no podría ser un acto jurídico sin la participación necesaria de ellos. Conformado como tal, y en el entendimiento que, el contrato responde a su naturaleza jurídica siendo un acto; los sujetos ya se encuentran allí desde los actos unilaterales que indefectiblemente aparecen con carácter previo, oferta y aceptación, y que posteriormente van a constituir el acuerdo. Por lo tanto, tenemos por descontado que los sujetos arriban al contrato desde otros actos unilaterales que vienen abriendo el camino de la conformación convencional.

En estos enunciados hemos puesto de manifiesto el fundamento de nuestra perspectiva sobre la capacidad, la forma y los sujetos; explicando por qué ninguno de ellos alcanza el rango de elementos de los contratos; a la vez que fijamos como únicos módulos necesarios para la conformación de cualquier tipo de contrato, típico o atípico, al consentimiento, el objeto y la causa.

Elementos esenciales particulares

Los elementos esenciales también han asumido la denominación de estructurales, en razón que conforman la constitución, complejión y contextura de las estipulaciones. Por nuestra parte, hemos despejado toda confusión sobre ello, haciendo una reducción en tres indispensables componentes: consentimiento, objeto y causa; aislando a éstos de cualquier otro que pudo haberse interpretado en el pasado como un elemento más.

Si bien, todos los acuerdos se encuentran constituidos por los tres elementos esenciales generales que ya conocemos, ciertos contratos necesitan para su existencia, algún otro elemento que se le suma a éstos como parte estructural de su composición.

Por esa razón, este elemento adicionado también ostenta el carácter de necesario, pero no aparece como general, sino que está en un contrato determinado como esencial particular. Es decir, que pertenece a ese contrato y no a otro; circunstancia que lo diferencia del consentimiento, objeto y causa, que se hallan en todos los convenios sin excepción.

El artículo 1810 del Código civil, rotula la siguiente disposición: “Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad; las donaciones de bienes inmuebles y las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias...”. No hay dudas que cualquiera

de estos acuerdos va a realizarse guardando los elementos generales que son imprescindibles, consentimiento, objeto y causa; donde a falta de cualquiera de ellos, el pacto será nulo. Pero debemos agregar a la donación inmobiliaria o rentista, otro elemento, que también es esencial, ya que conforma la base estructural de las estipulaciones; es la forma exigida por la ley; sin la cual, el contrato será pasible de nulificación.

Es artículo 1454, se ubica en el mismo sentido que el que se comentara anteriormente; pero esta vez, se refiere al contrato de Cesión de créditos: “Toda cesión debe ser hecha por escrito, bajo pena de nulidad, cualquiera que sea el valor del derecho cedido, y aunque él no conste de instrumento público o privado”. Si bien aquí no se requiere escritura pública, el contrato debe hacerse por instrumento privado, ya que el acápite “bajo pena de nulidad”, indica que si no se confecciona en dicha forma, el contrato no habrá existido por falta de uno de sus elementos esenciales, en este caso particular.

Como puede observarse, este tipo de elemento es estructural y hace a la necesidad que el ordenamiento jurídico tiene de regular individualmente algún tipo específico de relación contractual, indicando una o más esencialidades para el logro de los fines que las partes se han propuesto alcanzar, exclusivamente en el contrato que así se haya establecido.

Elementos naturales y accidentales

No obstante la presencia de los elementos esenciales generales, y en su caso los particulares, en los contratos se encuentran otros tipos de peculiaridades que constituyen piezas sustanciales al momento de modelar la construcción del acuerdo.

Estos son los elementos naturales y los accidentales, que tienen la característica de manifestar, en términos de aproximar o repeler del pacto, según voluntad conjunta de las partes, determinadas circunstancias que funcionan como carriles colectores del acuerdo de partes.

Los elementos naturales forman parte del contrato y están expuestos a que los celebrantes los excluyan expresamente. Si en el contrato no se mencionan estos elementos, continúan formando parte de lo estipulado. Lo explicado implica que las partes se referirán a ellos en caso de disponer su eliminación.

También son conceptuados como efectos propios de los contratos bilaterales y de los onerosos; los que, en general, son mensurados al tiempo de dar cumplimiento a las obligaciones que conforman el objeto de la transacción.

El más nítido de los ejemplos surgidos de la normativa, es el pacto comisorio tácito del artículo 1204 del Código civil, el que fuera extraído íntegramente del art. 216 del Código de comercio; regulaciones que en la actualidad equiparan la redacción.

Otro ejemplo es la excepción de contrato no cumplido del artículo 1201: “En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, o que su obligación era a plazo”. Los contratantes tienen la facultad de desechar de común acuerdo esta acción que les otorga la norma; si no lo hacen, se mantiene la posibilidad de demandar que obtuvo cada uno de los firmantes con la sola celebración del contrato. Claro que, quien así lo haga debe haber cumplido con su prestación, y ofrecer cumplirla o acreditar que su obligación es a plazo

Los elementos accidentales representan la voluntad activa de las partes; es su decisión incorporarlos a lo acordado. A diferencia de los naturales, éstos no se hallan implícitos en el contrato, sino que los participantes deben traerlos expresamente al pacto y delinear la modalidad en que se los incorpora.

El autor citado en párrafos anteriores, Jorge Zago; compara e identifica el elemento accidental con el natural, diciendo que tanto uno como otro no se relacionan con el plano genético del contrato, sino sólo con sus consecuencias referidas a las prestaciones”. En este aspecto nos oponemos a la opinión del destacado jurista. Por ejemplo, la seña, señal o arras, es un elemento accidental, dado que las partes lo incorporan al proceso conducente a lograr un acuerdo por que así deciden hacerlo, en la misma forma que pueden resolver no incorporar tal modalidad. No caben dudas que este elemento accidental se encuentra en el plano inicial del contrato. No obstante, otros accidentales encuadran en la visión del autor, pero no como una regla inmovible. Como muestra de ellos tomamos los pactos especiales del contrato de compraventa (pacto de reventa, ad gustum, retroventa, de preferencia, mejor comprador, etc.); o el carácter remunerativo en la donación así convenida; como también, toda condición, plazo o cargo.

Por sobre todo debate, no quedan dudas que las partes incluyen los elementos accidentales en el contrato por su exclusiva voluntad, asumiendo la obligación de dar cumplimiento a ellos, tal y como lo hayan decidido.

El doctor Roque Fortunato Garrido explica que la doctrina tradicional ha criticado profundamente la consideración de los elementos naturales y accidentales, en base a que no pueden ser requisitos necesarios para la

existencia del contrato y su formación; sino que simplemente tienen que ver con la etapa posterior o funcional. Al igual que los autores citados, no acordamos con el criterio crítico doctrinal, entendiendo que los elementos accidentales y naturales desempeñan una función en los contratos según se ha señalado líneas arriba.

No se ha legislado en los códigos sobre los elementos; éstos aparecen como categorías implícitas en las que se estructuran los contratos; ya sea para su creación, en cuanto aquello que le es esencial; como para su modelación, incorporando o desechando aspectos que las partes consideren a los fines prácticos. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina, y en alguna medida la ley, han construido el ineludible criterio desde el cual parte la teoría contractual, acuñando una máxima como directriz del estudio de la especialidad: todos los contratos, típicos o atípicos, se erigen alrededor de tres clases de elementos: los imprescindibles (esenciales), los tácitos (naturales), y los probables (accidentales).

CAPITULO 6
EL CONSENTIMIENTO

El consentimiento es uno de los tres elementos esenciales generales del contrato, su importancia radica es que conforma un rasgo interno del celebrante. Expresa a través del acto contractual el sentir del sujeto en comunidad con su co-contratante, dada la bilateralidad del acto jurídico que se está creando. Es sentir con el otro, consentir aquello que los partícipes del convenio buscan lograr con el contrato, que sólo se percibe a partir de la manifestación de la voluntad en los términos del artículo 913 del Código Civil.

La convención es el acontecimiento que expone y revela el acuerdo, es el fenómeno de conducta que la sociedad alcanza a percibir, a la vez que abriga el pensamiento común de las partes. Frente a determinados conflictos, el contrato puede convertirse en materia de investigación judicial en busca de marcar coincidencias o divergencias entre la voluntad real y la declarada.

La norma profiere una significación específica en el artículo 1137 del Código civil: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común”. El resorte legal concuerda en línea con el artículo 913, ya citado, y el 946 “Los actos jurídicos...son bilaterales, cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más personas”. Puede decirse entonces, que sólo con el encuentro unánime de las voluntades unilaterales se logra el consentimiento.

El artículo 1144 de aquel cuerpo legal, afirma que “El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra”.

El acuerdo, para ser tal, no tiene que plasmarse necesariamente por escrito, con la sola conducta dirigida, indubitadamente, a la confección voluntaria del contrato es suficiente. Los romanos llamaban a esto “Facta concludentia” (hechos conclusivos), el consentimiento puede resultar de cierto comportamiento. Son hechos que permiten deducir una conclusión segura.

Formación del consentimiento. Oferta y aceptación.

Precontractualidad

En la etapa negocial, los futuros contratantes pueden cargar con algún tipo de responsabilidad en virtud de las normas que alcanzan a los actos obligacionales unilaterales.

El contrato requiere, entonces, el cruce de las voluntades de quienes participan en él. Esa yuxtaposición que da inicio a la bilateralidad, está

precedida de dos actos jurídicos unilaterales: oferta y aceptación.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), dice al respecto: “En la práctica de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos suelen perfeccionarse después de prolongadas negociaciones, sin que sea posible muchas veces identificar la secuencia de oferta y aceptación. No es fácil en estos supuestos determinar si se ha llegado a un acuerdo y, en el supuesto de que así fuera, en qué momento se ha perfeccionado dicho acuerdo. Conforme con este artículo, un contrato se podría considerar celebrado a pesar de no poder determinarse el momento de su perfeccionamiento, siempre y cuando el comportamiento de las partes demuestre la existencia de un acuerdo. Con el fin de determinar si existen suficientes pruebas de la intención de las partes para quedar obligadas, su comportamiento deberá ser interpretado de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos 4.1 y siguientes” (Unidroit, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, principios sobre los contratos comerciales internacionales 2004, 2a edición en español editada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Unidroit, Roma, 2007, págs. 35 y 36).

La precontractualidad es el espacio de tiempo que permite a las partes discutir sobre los términos jurídicos y económicos del negocio a celebrar, sin que se entiendan vinculadas en términos bilaterales. No obstante, en las preliminares del convenio, los sujetos están obligados a actuar de buena fe, aun cuando no se llegue a celebrar el contrato, y en el caso de causar daños se reconoce la obligación de indemnizar perjuicios. Sostuvo Messineo, “... las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, que cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa in contrahendo, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño”.

No es relevante que el período de entendimiento entre las partes se prolongue en el tiempo o se agote inmediatamente. Siempre se pasa de la unilateralidad a la bilateralidad con la aceptación y ésta presume una oferta que la antecede. El artículo 1144 del Código civil no hace diferencia entre una negociación difícil, larga, compleja y otra inexistente; el contrato inicia invariablemente con el acto jurídico unilateral que efectúa el aceptante, dando por finalizada la etapa precontractual e iniciando, simultáneamente, la fase convencional.

Oferta

Al estudiar el régimen de las obligaciones, hallamos vocablos como promesa o propuesta, las que conceptualizan la acción del proponente o promitente. En el universo de los contratos, aquel comportamiento adquiere la denominación de oferta, y la persona que la lleva a cabo es el oferente.

La definición que, entendemos, certifica la esencia de la oferta es: Acto jurídico, unilateral, recepticio y causado.

Es un acto jurídico por la calidad del comportamiento humano que acciona el ofertante; y como tal, es conducta voluntaria, lo que hace a la esencia del acto.

La unilateralidad se plasma en la manifestación de voluntad imputable a una persona con el objeto de producir efectos jurídicos.

La oferta es recepticia porque está dirigida a otra persona determinada o indeterminada. Es emitida por el oferente en búsqueda de alguien que la reciba. Es causada porque en la pesquisa de recepción lleva consigo la finalidad de formar una bilateralidad, un contrato.

Obligación del oferente

La manera en que el oferente se obliga con la emisión de la propuesta está atada a un sistema de prelación. Así, en primer lugar, el proponente se compromete en los términos que ha realizado la promesa; esta afirmación se encuentra cimentada en el carácter voluntario y unilateral del acto que efectúa. En cuanto la oferta no sea completa y por ello, no se pueda detectar la intención acabada y perfecta de quién la formula, se entenderá que se la realiza de acuerdo a lo prescripto por la ley.

En defecto de ambas posibilidades, la expresión completa de la voluntad o la prescripción legal, la oferta se interpretará conforme a las costumbres del lugar en el que se realiza.

Requisitos de la oferta

La oferta tiene carácter vinculante. Esta terminología se refiere a algo que une, que obliga. En el caso de la oferta, configura una disposición voluntaria que ha de ser observada por el mismo sujeto que la crea y entraña la intención inequívoca de obligarse por parte del promitente.

Debe ser autosuficiente y completa. El art. 1148 *in fine* del Código civil

exige que la oferta contenga todos los antecedentes constitutivos de los contratos. La realidad ha superado el precepto legal; en la actualidad no es necesario detallar el futuro contrato, sino advertir las pautas generales de la propuesta. La autosuficiencia de la oferta debe plasmarse en ella en la medida de lo posible, ya que el tipo de promesa y el objeto que se ofrece, van a delimitar el alcance de su completividad. La oferta es autosuficiente o completa cuando puede contestarse con simple sí.

Sobre el destinatario de la oferta, nuestro sistema ha padecido una transformación iniciada en las conductas e incorporada posteriormente a la norma. El mismo artículo citado dispone que “Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial”.

El art. 454 del Código de comercio señala, con la misma inteligencia dispositiva: “Las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto o en una circular, no obligan al que las ha hecho”.

No obstante, a la vez que redactaba el artículo 1148, el legislador hacía exégesis con cita de Zacharie, en el segundo párrafo de la nota correspondiente: “...enseña que no es necesaria la determinación de la persona, que todos los que ejercen públicamente un comercio o una industria, y que anuncian al público los efectos que venden y los precios de ellos, están obligados a la venta desde que se presenten compradores”. El redactor, habiendo advertido el razonamiento del doctrinario francés, decide tomar el sentido opuesto e impone que la oferta debe ser dirigida a persona determinada.

La ley 24.240, del año 1993, en su artículo 7° manda que toda oferta obliga, incluso la que se dirige a potenciales consumidores indeterminados. Lo que implica que las ofertas siempre tienen carácter vinculante, así se la dirija a una persona en particular o al público en general. Esta última sólo es revocable difundida por similares medios que los empleados para hacerla conocer; y debe contener la fecha de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones.

Una modalidad creada por los hipermercados es la oferta con la leyenda “*hasta agotar stock*”. Esta propuesta presenta la singularidad que no es posible que los consumidores sepan a ciencia cierta cual es el momento en que se agotan las existencias de los objetos ofrecidos, por lo que la práctica se presta a abusos de parte de las empresas, en particular supermercadistas, que manejan la vigencia de la oferta a su antojo, perjudicando la esencia de la figura y los derechos de los consumidores.

La norma ha acuñado la disposición que quien no efectivice la oferta realizada, será pasible de las sanciones previstas en el art. 47 de la ley

24.240.

Por lo tanto, tenemos por cierto que la aplicación de el artículo séptimo de la ley del consumidor, es el criterio que hoy gobierna la comprensión de la oferta, equiparando la promesa dirigida a persona determinada o indeterminada con las mismas consecuencias en ambos casos

Vigencia de la oferta

El artículo 1150 del Código civil presenta tres posibilidades de vigencia de la oferta, las que, indefectiblemente, deben conjugarse con el art. 1154 del mismo cuerpo legal. Es por esta razón que la nota es común a los dos resortes legales.

La *oferta simple* es aquella que puede retractarse mientras no hayan sido aceptadas. El oferente no tiene la obligación de sostenerla salvo que, con la aceptación realizada, se haya ingresado en etapa de bilateralidad que configura al contrato ya conformado.

La *oferta a término* se emite con fecha de caducidad, se encuentra incorporada al mismo art. 1150, en su parte final, e implica una obligación de no hacer. El promitente asume, desde la emisión de la misma, el compromiso de no retirarla hasta el cumplimiento de la fecha inserta en ella.

La *oferta irrevocable* es la que efectúa el proponente con miras a sustentarla hasta que sea receptada por otra persona, para lo cual empeña su voluntad expresa de renunciar a la facultad de retractarse.

La irrevocabilidad no puede ser perpetua; por lo que cabe la fijación judicial de tiempo de culminación, según lo preceptuado por los artículos 751 y 618 del Código citado. Una cláusula de irrevocabilidad imperecedera debe ser necesariamente nula.

Oferta de objeto plural

Cuando la oferta es presentada como indivisible, significa que los elementos que la conforman no pueden separarse. El artículo 1153 Código civil, en su parte final expresa que, en estos casos, la aceptación parcial importará la propuesta de un nuevo contrato; lo mismo enuncia el art. 1152.

La mentada unidad del objeto, no se refiere a la esencia física de los bienes, sino a la concepción jurídica de ellos. En general, es lo que se ha dado en llamar “venta en lote”; ello significa que la aceptación que haga la contraparte de una de las cosas ofrecidas, da por terminada la

oferta configurando una nueva y diferente promesa; a la vez que coloca en posición de aceptante al original oferente.

Es importante resaltar que el objeto no admite su fraccionamiento por la sola voluntad del oferente, y no por la conformación natural del mismo. Así, cuando una repartición estatal renueva la flota de vehículos, suele poner a la venta una cantidad de coches y camiones para ser adquiridos como un solo objeto, por lo cual, la unidad que conforma la pluralidad de objetos, supone su enajenación a un único precio.

Si por el contrario, la propuesta se efectúa sobre un objeto plural que puede separarse, la oferta es divisible. El efecto básico de este tipo de proposición es que la aceptación parcial cierra y fija el contrato por lo aceptado. El precepto legal que refiere esta figura es el mismo artículo 1153.

Las cosas divisibles son aquellas que pueden ser fraccionadas sin que se destruyan ni se altere su sustancia. La divisibilidad de los bienes no permite presentar categorías rígidas o absolutas; ya se ha dicho que ella no coincide con el criterio físico de desmembramiento o descomposición; por ejemplo, un toro no puede ser separado de sí mismo, aún cuando es posible que su propiedad se halle distribuida entre varios copropietarios que titularizan una porción indivisa del animal.

El objeto plural divisible encarna un concepto ficcional que permite al oferente deshacerse de varias cosas a la vez, ejemplo: un total de tres toros reproductores como un solo objeto por un precio único determinado; o de manera individual, aquí lo importante no es el conjunto, sino la identidad unívoca del contenido de la oferta.

La tercera fase de la promesa plural es la oferta alternativa; ésta se manifiesta como opciones que se excluyen las unas a las otras. Cuando alguien ofrece un inmueble con la leyenda “vende o alquila”, sabe de antemano que la otra parte sólo podrá decidirse por una de ellas, ya que al momento de concluir uno de los contratos propuestos, el otro quedará definitivamente descartado.

Resume Alterini el artículo 1153 por sus efectos en cada uno de los casos citados: en la oferta divisible o alternativa el contrato concluye respecto de lo aceptado. En la oferta indivisible solo procede su aceptación íntegra, la aceptación parcial es un rechazo y constituye una nueva oferta.

Revocación de la oferta

El oferente puede retirar su oferta en tanto no haya sido aceptada (art. 1150 Código civil). El precepto legal no requiere mayor esfuerzo de interpretación;

la oferta sigue siendo tal mientras no haya mediado aceptación y, hasta ese momento, puede el promitente retractarse sin que tal decisión le genere responsabilidad alguna.

La propuesta verbal debe ser aceptada inmediatamente o expresada al agente, por medio del cual se ha recibido la oferta, de acuerdo a lo legislado en el artículo 1151 del Código civil. Este último criterio legal, fue plasmado en el artículo 215 del Código de comercio, el que reza: “El consentimiento manifestado a un mandatario o emisario para un acto de comercio, obliga a quién lo presta, aun antes de transmitirse al que mandó el mensajero”.

Entre ausentes la formación del contrato se expone a una complejidad, ya que su confección está afectada por la exacta determinación del momento en que ha queda celebrado el convenio.

El desarrollo de las comunicaciones ha acortado las distancias al punto de tener nosotros los pactos realizados por teléfono o a través de la Internet como contratos entre presentes. Es por ello, que los convenios entre ausentes no refieren necesariamente a la distancia que medie entre las partes, sino a la concreción inmediata de la bilateralidad y el comienzo de los efectos contractuales.

Hay diferentes teorías que son herramientas indispensables para establecer con precisión el instante de celebración del contrato, a saber: *a)* la de la declaración o agnición; *b)* de la información o recognición; *c)* de la emisión o expedición; *d)* de la recepción.

Para la teoría de la declaración el contrato se encontraría perfeccionado con la sola exteriorización de la voluntad de aceptar de quién haya recibido la oferta. Se han esgrimido dos críticas a dicha teoría; que se hayan manifestado la oferta por una parte y la aceptación por la otra supone la coexistencia de dos voluntades pero no su yuxtaposición, condición imprescindible para dar nacimiento al contrato. El segundo problema es el grado de incertidumbre en que se encontraría el oferente por la imposibilidad de determinación en el futuro del momento exacto en que se produjo la aceptación de la oferta, con la consiguiente producción de los efectos convencionales.

Con respecto a la teoría de la información, dice Zago que “aquí se exige, para tener formado el contrato, el conocimiento que el oferente tiene de la aceptación de la oferta. Es decir, también se llama extrema por cuanto exige el conocimiento recíproco de ambas partes de la aceptación de la otra”. Es de toda obviedad que los obstáculos que supone esta práctica la torna inviable para la conformación del contrato, ya que el oferente tendría que conocer la aceptación, para luego el aceptante saber que aquel se ha informado de la aceptación y éste, a su vez, declarar su conformidad. El

nivel de engorro crearía un círculo vicioso de nunca acabar. Velez expresa esta exégesis en el final de la nota conjunta a los artículos 1150 a 1154 del Código civil.

Para la teoría de la emisión, sostiene Garrido que “el momento del perfeccionamiento estaría dado por el momento preciso en que el aceptante se desprende de su aceptación, exteriorizando su voluntad mediante el envío de la pertinente comunicación”. Es éste el criterio adoptado por nuestro legislador en el artículo 1154, “La aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente”.

Es acertada la disposición, ya que nada obsta a indagar sobre la conformidad del oferente con la aceptación, dado que la propuesta emitida oportunamente lleva consigo el carácter vinculante que ya se explicara al desarrollar los requisitos de la oferta, a donde remitimos para su estudio. La solución adoptada en la ley permite precisar el instante exacto en que ha quedado formado el contrato.

Asimismo, existe la teoría de la recepción, en la cual, la figura contractual nace cuando el oferente recibe la aceptación. Es dable no confundir ésta con la de la información. Allí el oferente debe necesariamente tomar conocimiento de la aceptación. Aquí sólo debe verificarse el tiempo en que la ha recibió.

Es de esta manera que, una vez enviada la oferta, hay retractación de ella, en los términos del artículo 1150 del Código civil, cuando es expedida a la otra parte. El arrepentimiento es útil cuando la emisión de la revocación de la oferta es anterior a que el aceptante haya expedido su propia aceptación. Con la consumación del acto de envío de la aceptación, se perfecciona el contrato. La retractación de la oferta emitida con posterioridad es inidonea. Sin embargo, el artículo 1156 del mismo cuerpo legal implementa una solución al sólo efecto de no dejar en total desamparo los derechos del aceptante que desconoce que la oferta recibida por él ha sido revocada. Dice la ley que el aceptante que ignora la retractación, muerte o incapacidad sobreviniente del oferente, y que por lo aceptado hubiese realizado gastos o sufrido pérdidas, podrá reclamar pérdidas e intereses. Obviamente, el fundamento de los daños padecidos por el aceptante que recibe la retractación de la oferta luego de haber emitido la aceptación, deben aportarse y probarse para configurar el derecho a percibirlos.

Caducidad de la oferta

El artículo 1149 dispone que la caducidad de la oferta operará de pleno derecho si alguna de las partes muriese o perdiese su capacidad para contratar en los siguientes supuestos: *a)* La muerte o incapacidad del oferente, ocurrida con anterioridad a que conozca la aceptación, dejan sin efecto la oferta. *B)* La muerte o incapacidad del aceptante también deja sin efecto a la oferta si se producen antes que expida su aceptación al oferente.

Recordemos que la diferencia entre la caducidad y la revocación radica en que aquella opera de pleno derecho, y la revocación exige una declaración del retractante.

Aceptación

Requisitos de la aceptación

Al igual que la oferta, la aceptación es un acto unilateral, recepticio y causado; porque depende de una sola voluntad en los términos de la primera parte del artículo 946 del Código civil; tiene al oferente como destinatario determinado, y conlleva la finalidad de conformar un contrato.

Además, corresponde que la aceptación sea congruente con la declaración hecha por el promitente; es decir, el aceptante no debe modificar la oferta en el momento de admitirla. El artículo 1152 del Código civil no está referido a variaciones leves, sino a aquellas que puedan transformar la esencia del contenido de la obligación que intenta asumir el oferente. Si esta alteración se produce, la aceptación se convierte en una contraoferta y el promitente original pasa a asumir el rol de nuevo aceptante. Es requisito, entonces, que la admisión de la oferta sea lisa y llana en los términos del artículo 1152 ya citado.

Tiene que ser oportuna; la aceptación emitida fuera de la vigencia de la oferta es extemporánea y no produce efectos. Recordemos que la promesa a la que adhiere el aceptante, pudo ser emitida a término o de acuerdo a lo prescrito en el artículo séptimo de la ley 24.240.

Si el proponente ha exigido una forma determinada de aceptar, ésta debe ajustarse a lo solicitado, a riesgo de tenerla por no consentida. En este caso la aceptación adquiere el rango de formal, pero en general se la concibe como un acto jurídico unilateral informal.

El efecto nuclear de la aceptación es que ella incluye la promesa de cumplir

las obligaciones que el contrato asigne al aceptante. Su carácter vincular es indiscutible; sobre todo, porque en el preciso instante en que se produce la aceptación, las partes abandonan los actos unilaterales e ingresan en la bilateralidad contractual. La aceptación es el vehículo por el que se llega al consentimiento.

El aceptante traza frontera entre la unilateralidad y la bilateralidad, entre la precontractualidad negocial y la contractualidad cuando acoge como propia la promesa de la contraparte. Este es, sin lugar a dudas, el punto de vista del legislador según el artículo 1154, “la aceptación hace solo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente”.

Modalidades de la aceptación

Existen dos formas de expresar la aceptación, expresa o tácita; ambas fueron contempladas en la ley, si bien con mayor profundidad en el título primero de la sección segunda del Código civil, donde Velez trató los Hechos y Actos jurídicos, también en el segmento contractual imprimió algunas incidencias modales, que vienen a complementar aquellas y cerrar cualquier laguna sobre el particular en el campo convencional.

La aceptación es expresa, de acuerdo al artículo 917 del Código civil, cuando se manifieste verbalmente, o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos.

Para así suceder, se requiere en principio una manifestación afirmativa de la intención de adherir al contrato por medio de la admisión de la oferta. Un sí, encarna la más congruente de las recepciones de la oferta; de allí en más, las modificaciones insustanciales de aquella tendrán el carácter de negociaciones precontractuales o meros actos preparatorios, lo cual siempre queda reservado a juicio del interprete.

La última parte del artículo 917 se refiere a que conforman esta modalidad los signos inequívocos sobre determinados objetos; el ejemplo típico es la actitud de quien desea adquirir una cosa en una subasta pública y con el solo ademán de levantar la mano expresa su intención de concretar la adquisición. No nos parece feliz la disposición legal en este aspecto, como tampoco acordamos con el ejemplo que citamos y que la doctrina tradicional fue incorporando a fuerza de repetirlo en los textos obligacionales. Entendemos que quién muestra su mano en la subasta no está aceptando sino ofreciendo.

Con respecto a lo legislado, específicamente en la referencia del 917 in fine, compartimos el criterio sobre que la manifestación expresa de la voluntad

por signos inequívocos se ponga en manos de la costumbre jurídica o, en su defecto, del juez ; pero no el del artículo, que insta un esquema formativo simplificado basado en abstracciones sobre el elemento más concreto del contrato, como lo es el objeto. Hubiésemos preferido que toda aceptación que no se manifieste de manera verbal o escrita, sea tenida como tácita. Sin embargo, es preciso meditar sobre cual es la finalidad de la norma y lograr la adecuación de ésta a la aceptación expresa en relación con el objeto en cada caso de manera singular.

Concretamente, la aceptación tácita surge del juego de los artículos 918 y 1146 del Código civil. Son otorgados tácitamente los actos por los que se conoce con certidumbre la declaración de voluntad, siempre y cuando la ley no exija una expresión positiva, o cuando no exista una declaración expresa en contrario; esto en cuanto al esquema obligacional. El segundo de los artículos citados, es algo más específico sobre la materia de los contratos “El consentimiento tácito se presumirá si una de las partes entregare, y la otra recibiere la cosa ofrecida o pedida; o si una de las partes hiciere lo que no hubiera hecho, o no hiciere lo que hubiera hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta u oferta”.

La nota al 918 dice que los actos por sí importan la certidumbre de la voluntad. Entendemos que la aceptación de la oferta se produce con la ejecución de la prestación a cargo del aceptante. Ello quiere decir que no es necesaria la respuesta expresa para la formación del contrato. La intención de contratar es un acto volitivo del aceptante; estas circunstancias deben apreciarse en cada caso en particular para no considerar como extramuros del pacto la conducta de admisión.

El silencio en la aceptación

El silencio tiene dos acepciones diferentes según se lo considere en el derecho público o en el privado. En el primero prevalece la máxima típica del derecho penal “el que calla otorga”; es decir que la omisión de defensa verbal expresa, fija la confesión.

En el derecho privado, el precepto se entiende de manera inversa, el artículo 919 del Código civil sostiene que “el silencio opuesto a actos, o a un interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad”. Bonfante afirma que el silencio (callar, no contradecir), o sea, la inacción absoluta, no puede valer, en general, como manifestación de la voluntad. Sostiene el autor que el silencio tiene eficacia solamente en casos determinados expresados y positivamente por la ley, ya que en ellos, ya

sea por la naturaleza de la relación o por razones de utilidad social o la ley se conforma con una voluntad no perfecta, con un asentimiento pasivo, representado por el silencio consciente y, a veces, hasta se presume la voluntad a base del silencio inconsciente de frente a proposiciones o actos de otras personas (Bonfante, Pietro. *“Instituciones de derecho romano”*. Ed. Reus. Madrid, 1975, pág. 78).

El artículo 919 citado, trae tres excepciones al principio que fija en su primera parte; en los casos que la ley obligue a dar explicaciones; por las relaciones de familia; por la relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes. Como ya dijimos, éstos se presentan como salvedades del principio general expresado en el mismo marco regulatorio en cuanto el silencio no implica declaración de voluntad.

Oportunidad para la aceptación

El artículo 1151 del Código civil regula la oportunidad de la aceptación; así enuncia que ante la oferta verbal, la aceptación debe ser inmediata. Este esquema hace referencia al contrato que se celebra en un solo acto.

Si la oferta se hubiese hecho intermediando un agente, éste debe volver al oferente con la aceptación, de lo contrario se juzgará no aceptada. Esta segunda parte del artículo citado coincide con el artículo 215 del Código de comercio, que reza “El consentimiento manifestado a un mandatario o emisario para un acto de comercio, obliga a quién lo presta, aun antes de transmitirse al que mandó al mensajero”. El artículo 213 de aquella regulación mercantil, se refiere al corredor de comercio; figura que no posee ningún poder otorgado por su mandante, no obstante, la ley prescribe: “Mediando corredor en la negociación, se tendrá por perfecto el contrato luego que las partes contratantes hayan aceptado, sin reserva ni condición alguna, las propuestas del corredor. Expresada la aceptación, no puede tener lugar el arrepentimiento de las partes”.

Con más razón, queda comprometida la aceptación, si el mandante que la recibe tiene poder suficiente para cerrar el contrato en los términos del artículo 1946 del Código civil, asimilable a los actos mercantiles, en cuanto el mandatario ejecuta actos a nombre del mandante, siendo considerados como hechos por éste personalmente.

Retractación de la aceptación

La normativa no hace diferencias de contrataciones entre presentes y

ausentes, circunstancia que nos resulta de excelente criterio por parte del legislador, ya que no es necesario partir en dos regímenes aquello que acepta la concepción de un único axioma.

La aceptación puede ser retractada antes que ella haya llegado al proponente. El artículo 1155 no se encuentra redactado exactamente de esta manera ya que utiliza la palabra conocimiento, haciendo referencia a la teoría de la información o reconocimiento; creemos absolutamente desacertado el uso del vocablo en este segmento de la ley, sobre todo cuando el contrato que se está celebrando es entre ausentes; dado que, para saber con exactitud desde que momento opera la retractación de la aceptación, debiera probarse, cuando el ofertante pudo acceder físicamente a ella y efectuar el acto cognitivo. Nos inclinamos por la aplicación de la teoría de la recepción, dejando que sea ese momento el punto de inflexión que acabe con la posibilidad de revocar la aceptación; situación de fácil probanza accediendo a las firmas que suele hacer el correo cuando entrega las comunicaciones fehacientes. En tales condiciones legales, la retractación de la aceptación es útil cuando el aceptante la expide antes que la aceptación haya llegado al oferente. Cuando el oferente recibe la aceptación después que el aceptante haya expedido su retractación, el contrato queda aniquilado.

La segunda parte del artículo citado aclara que si es enviada la retractación por parte del aceptante, después que la aceptación haya llegado al proponente, la oferta ha quedado aceptada, por lo que el aceptante deberá satisfacer a su contraparte las pérdidas e intereses que la revocación le causare.

Consentimiento a través de las nuevas tencnolías

La firma digital

Los nuevos sistemas de comunicaciones, con su incesante expansión y propagación, abren un mundo de posibilidades novedosas e infinitas para desarrollar mercados internos y globales. Desde la óptica de los contratos, la internet rompe en pedazos la internacionalidad, término que en su anterior concepción supo maniar el campo negocial a través de la imposibilidad de logros, acotados por la precariedad de los medios de comunicación que hoy acercan latitudes.

El futuro llegó para quedarse y buscar vorazmente más futuro. La tecnología es un poder que no permanece dormido, se adueñó del globo como nada lo había hecho.

Los contratos no se han alejado de tal fenómeno. Los celebrantes no le consultan a las normas si pueden negociar por vía tecnológica, sólo lo hacen. La ley vendrá a dar las pautas elementales y necesarias para que puedan contratar y, en todo caso, los jueces echarán mano de ella para dirimir contiendas.

Las partes pueden estar separadas por kilómetros de distancia; en ocasiones a miles de kilómetros, pero la interactividad y la posibilidad de conocer, e incluso ver en tiempo real determinados servicios o productos, hace de la contratación a través de la red un entorno seductor para la celebración de convenios.

La legislación argentina es muy escueta sobre las contrataciones por medios tecnológicos, por lo que suponemos que es de aplicación la normativa que a cada contrato acoge tradicionalmente, no parece existir afectación sobre las negociaciones a causa del medio que se utilice para arribar a un consentimiento sano.

Decíamos que no importa en qué parte del mundo se hallen los sujetos, estos contratos son tenidos como celebrados entre presentes, lo cual no es un dato menor. Lo mismo que los contratos telefónicos, que ya se hallan incorporados a la tradición en la especialidad, Deudores y acreedores establecen las condiciones de las obligaciones que contraen como si estuvieran uno frente al otro.

En la contratación con estipulaciones genéricas, que suele ser la habitual en internet, el proceso de formación del contrato adquiere mayor certidumbre, evitando vicios en el consentimiento. El destinatario del contrato puede ver con claridad las condiciones generales de la convención que realiza. Además, en muchas ocasiones deberá pasar a través de ellas para culminar la hoja de pedido o la cancelación de una deuda o una simple relación de consulta con el banco con el que opera habitualmente.

Hasta la forma de rubricar el contrato adquiere nuevas dimensiones. La aparición de la firma digital se produjo como una derivación natural de los acontecimientos que se comentaron líneas arriba

La definición que podemos encontrar de este tipo de rúbrica en el diccionario es la siguiente: La firma digital (Electronic signature) es un régimen de tipo criptografía asimétrica, a la que se le asigna las propiedades de seguridad que tiene la firma manuscrita volcada en soporte papel. (www.es.wikipedia.org/wiki/Firma_digital. Abril, 2010).

La firma debe acompañar a un mensaje al que le implanta autenticidad, desde que se fija el presupuesto que dicho mensaje emana del signatario. Se puede utilizar desde el e-mail hasta en un contrato; aparece en cualquier

tratamiento electrónico representando la intención del signatario.

El sistema fue concebido con el fin de dar seguridad a un sinnúmero de transacciones que se realizan en la red, dado que los registros electrónicos pueden ser cambiados o que el signatario los desconozca como propios.

En noviembre de 2001 fue sancionada la ley 25.506, llamada “Ley de firma electrónica y firma digital”. El propósito del legislador es que no existan diferencias entre la firma manuscrita y esta renovadora manera de rubricar las contrataciones dentro de la red. Así lo expresa la primera parte de su artículo 3°: “Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital”.⁷ En suma, el objetivo es que la firma tecnológica siga siendo la “bandera del firmante”, a la vez que le provea inalterabilidad por medios propios del sistema virtual.

El resultado del cumplimiento de lo prescripto en la norma es que el documento digital adquiere la categoría de instrumento jurídico, en la medida que esté compuesto de texto y firma elaborados por medios tecnológicos, obteniendo con ello la misma fuerza y legitimidad que cualquier otro instrumento redactado y firmado a la manera tradicional.

Esta ley persigue el reconocimiento de los efectos jurídicos de este método técnico, cuyo basamento descansa en complejos principios matemáticos encriptados que viajan por el ciberespacio, posibilitando la acreditación de la titularidad de documentos electrónicos y la verificación de ello a distancia por personas extrañas al emisor. El artículo segundo de la ley dice: “La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes”. El sistema busca, en lo inmediato, asegurar que el documento ha sido efectivamente confeccionado por la persona titular de la firma. Y en lo mediato, dar validez jurídica a los contratos y garantizar la autoría de los documentos.

Para que la circulación de bienes y servicios a través de la red sea posible, el Poder Ejecutivo deberá autorizar instituciones para que cumplan la función de “certificadores autorizados”, que serán los encargados de realizar la verificación de autenticidad, identificación del firmante y detección de alteraciones.

Lamentablemente, la ley no prevé sanciones para los organismos que no cumplan o desarrollen defectuosamente las tareas de comprobación; aún se está a tiempo de tal perfeccionamiento, dado que se trata de un área de reciente desarrollo.

Pasando por alto las críticas que ha merecido la ley 25.506, lo cierto es que su confección y aprobación conforma un enorme paso hacia la modernidad

⁷ Ley 25.506, “Firma Digital” Boletín Oficial - 14/12/2001 - Art. 3°.

de nuestro sistema jurídico en materia contractual, que va a redundar en mejoramiento y agilidad de las transacciones civiles y comerciales.

Como la firma ológrafa, la digital es de aplicación general. No responde a uno o algunos contratos, sino que es útil para todos. Más aún, su perfil es de neto corte obligacional, lo que le da un tinte amplio por sobre las contrataciones; puede utilizarse para asumir todo tipo de obligación, por lo que el carácter genérico es propio de su naturaleza.

Internet propicia un tipo de contratación, sin dudas, peculiar, en la medida en que se desenvuelve entre cualesquiera operadores en un contexto virtual desterritorializado, abierto y de proyección global.

Esta nueva modalidad de la contratación electrónica, que en buena medida aun está en fase de despliegue inicial, se gobierna y queda sometida a una serie de principios de validez universal, que por ello mismo habrán de ser reconocidos y establecidos por los distintos ordenamientos jurídicos, para ser luego aplicados con carácter general al contexto electrónico y de manera particular, a la contratación a través de Internet

La confluencia de las tecnologías digitales de generación, almacenamiento y transmisión de datos, con la existencia de redes de comunicaciones, abiertas y cerradas, produjo la posibilidad de interconexión global, en tiempo real, con acceso a toda clase de información por un universo indiscriminado de personas.

Lo manifestado significa que actualmente los pactos se van despojando de la adiposidad estructural de las formas solemnes y pesadas, al compás de los acontecimientos. Más lentamente, pero indefectiblemente, el sistema legal debe hacer lo mismo. El Derecho privado no va a cometer el pecado de ser el poste al que se atan los bríos de la circulación de bienes y servicios en los contextos sociales modernos.

CAPITULO 7
CAPACIDAD PARA CONTRATAR

Presupuesto de validez

Las personas establecen relaciones jurídicas de acuerdo a su capacidad; podrán titularizarlas adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones, lo que va a ser mensurado por su capacidad de derecho; para luego ejercer o no los derechos nacidos en esas interacciones, de acuerdo a la medida de la capacidad de hecho.

En el régimen de capacidad de los contratos, ella se manifiesta como un módulo diferenciado de los elementos esenciales. En efecto, un pacto que carezca de consentimiento, objeto o causa es un acto jurídico nulo, por faltarle uno de sus componentes fundamentales y primarios.

Por el contrario, la falta de capacidad en el sujeto, no necesariamente afecta la vida del acuerdo (en pequeños contratos, en el mandato, en el de transporte, en el depósito necesario, etc.), sucede de esta manera porque la capacidad, a diferencia de los elementos esenciales, es un componente de la persona y no del contrato.

Si faltase el consentimiento sano, una finalidad que cause la creación de un acto jurídico convencional o el objeto sobre el que va a versar el pacto, el contrato sería nulo; pero por la carencia de capacidad en uno de los sujetos, el acuerdo puede ser ratificado posteriormente, por el mismo incapaz si adquiere la aptitud para hacerlo (llega a la mayoría de edad), o momentáneamente se encuentra en condiciones de corroborar lo pactado (período de lucidez en la demencia), o el juez entiende que el contrato, finalmente, es beneficioso para el patrimonio del incapaz.

Se establece una marcada diferencia conceptual entre los elementos esenciales y la capacidad; la ausencia de aquellos no permite el nacimiento del contrato; pero la falta de capacidad no impide la celebración del acuerdo y faculta a la parte incapaz a ratificarlo, si al tiempo de la denuncia ya ha superado las causas que la mantuvieron en aquel estado.

La capacidad no es un elemento del contrato, es un presupuesto de validez del mismo; el ordenamiento jurídico parte de la presunción que todas las personas que participan en una transacción son capaces.

Remisión en el Código Civil

En rigor de verdad, al estudiar la capacidad de las personas a lo largo de todas las materias que encierra el derecho privado, jamás hemos leído sobre ella, sino que el aprendizaje se ha centrado en el concepto opuesto; por lo que entendemos, que la adecuada denominación para este segmento

de aplicación jurídica es el de “régimen de las incapacidades”.

Hecha esta pequeña crítica al método del Código civil, digamos que en el Capítulo 2°, del Título 1°, de la Sección tercera, comienza a tratarse el tema de los que pueden contratar, obviamente, haciendo referencia a los que no pueden. El artículo 1160, en su primera parte, expresa: “No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos...”.

La ley hace aquí una remisión a todo lo tratado sobre capacidad en los 1159 artículos anteriores y vuelca aquel bagaje legislativo sobre los contratos como de aplicación íntegra. No puede pensarse entonces, que el marco de la capacidad contractual se encuentra agotada por la franja que va del artículo 1160 al 1166, sino que, la facultad de titularizar y ejercer los derechos de las partes en la especialidad, depende de un régimen amplio, diseminado a lo largo del Código civil, con extensión a los contratos mercantiles.

Hay dos tipos de capacidades: de derecho y de hecho; la primera es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas y la siguiente implica el ejercicio de esa titularidad. A su vez, ésta última admite que el incapaz actúe por representación, ya sea por imposición legal o por convención voluntaria.

La incapacidad de hecho proviene de tres orígenes: falta de madurez (minoridad), enfermedad (insanía), o por alguna circunstancia jurídica específicamente legislada (cumplir pena mayor a tres años). Este tipo de inhabilidad está prevista en beneficio del incapaz y puede ser absoluta, ya que invariablemente es susceptible de representación.

La incapacidad de derecho siempre es relativa y se imputa a relaciones jurídicas determinadas o ligadas a un objeto específico. La impugnación de esta clase de capacidad es de índole moral y está destinada a que el incapaz no aproveche en su beneficio situaciones que, de otro modo, configurarían un ilícito. Como ejemplo podemos citar la prohibición que tienen los padres de comprar los bienes de los hijos que se encuentren bajo su patria potestad o la de los jueces sobre los bienes que estén bajo su jurisdicción, como así también los demás incisos del artículo 1361 del Código civil.

Esquematisando la incapacidad de hecho, la norma dice que son menores impúberes los que no tuvieren la edad de catorce años cumplidos y adultos los que fueren de esta edad hasta los dieciocho años cumplidos, de acuerdo a la reforma de la ley 26.579 del artículo 127 del Código civil.

Existe una concepción filosófica distinta en la ley sobre la capacidad de

los mayores y la de los menores adultos. A partir de los dieciocho años, las personas físicas adquieren capacidad plena para actuar en derecho en orden a lo normado por el artículo 126 y la primera parte del 128 del Código civil. Los menores adultos, a la luz del artículo 55, sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.

Véase que para los mayores que hayan trasvasado los 18 años, la normativa les confiere la capacidad total para otorgar cualquier tipo de acto. Para los menores adultos, la perspectiva de la ley es otra, se los enfoca como incapaces, y sólo por excepción se les permite realizar los actos para los que específicamente estén autorizados.

El segundo párrafo del artículo 128, expresa que los menores que hubieren obtenido título habilitante pueden ejercer su profesión por cuenta propia, sin necesidad de autorización previa, y administrar y disponer libremente de los bienes que obtengan con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ello. Entendemos, ya que el legislador no ha realizado aclaraciones, que este resorte legal debe leerse en función de la reforma del artículo 127, por lo que su referencia es directa sobre los menores adultos, cuya franja temporal va de los catorce a los dieciocho años de edad ya cumplidos; por ello han quedado habilitados para contratar en ocasión de su profesión u oficio.

El artículo 12 del Código de comercio disponía que los menores de dieciocho años asociados al comercio de los padres, eran reputados mayores para todos los efectos de las negociaciones mercantiles. Esta disposición fue derogada por la ley 26.579 sin aportar modificación por parte del reformador, por ello afirmamos, que los menores adultos que acceden a dicha circunstancia familiar, no adquieren capacidad para realizar actos de comercio en nombre del negocio paterno.

Asimismo, debe reconocerse, en los términos del artículo 131, que en el mismo lapso los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil, ampliando considerablemente su capacidad para realizar contrataciones, con las siguientes salvedades: no pueden ser parte del contrato de donación como donante, ni del de fianza avalando obligaciones (art. 134 Cc.). Si se hubieren casado sin autorización, no adquieren la capacidad de disponer o administrar de los bienes recibidos a título gratuito, razón por la cual continuarán en ese aspecto, sometidos al régimen legal de los menores.

Distintas capacidades según el tipo contracual

Siguiendo con la remisión que realiza el artículo 1160 que se está estudiando,

cuando enuncia “...ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos...”, está referenciando lo siguiente; a partir del artículo 1323 del Código civil, comienzan a tratarse los contratos en especial, es decir que una buena cantidad de convenios típicos y regulados encuentran marco legal como figuras independientes las unas de las otras. Lo mismo acontece en el Código de comercio con una serie de contrataciones que se hallan regulados en ese cuerpo legal.

Por otra parte, hay contratos que se han legislado especialmente como parte de un movimiento que se ha dado en llamar la “decodificación”. Dichas normas se encuentran reguladas por fuera de los códigos, en leyes autónomas, como el fideicomiso (ley 24.441) o el leasing (ley 25.248).

Existen otros contratos que no se encuentran reglados en ley alguna; pero que se fueron formando gracias a la fuerza de los hechos y la costumbre jurídica, cuya fuente principal es la realidad. Se los encuadra en la categoría clasificatoria de “atípicos” o “innominados”, y no difieren de los regulados en cuanto a su fuerza obligatoria y eficacia.

Todos los contratos enumerados en los últimos párrafos, se hallan abarcados por la generalidad expresada en el artículo 1160. Cada uno de estos acuerdos, ya sean civiles o comerciales, típicos o atípicos; van a plasmar sus propias prohibiciones sobre quienes están habilitados para contratar y quienes no; dependiendo del tipo de obligación que deba asumir el estipulante. Así, quién goce de la capacidad para otorgar actos de administración y no de disposición, podrá participar en contratos de locación de cosa, pero no en el de compraventa. El régimen de incapacidades contractuales deberá mensurarse en cada figura contractual.

Un párrafo aparte merecen los inhabilitados del 152 bis que no son incapaces, por lo que sólo han perdido la posibilidad de disposición autónoma de sus bienes pero no la administración de ellos. Si bien los actos que se encuentran autorizados a realizar pueden ser limitados por las sentencias, se comprende que la administración de su patrimonio es una facultad propia del inhabilitado. Para los actos de disposición requieren la conformidad del curador, aunque siempre están facultados para recurrir al juez en contra de la posición de la curatela. Entendemos que este rango de personas no se hallan bajo ningún régimen de representación, lo cual marca una marcada diferencia con la incapacidad.

Los religiosos profesos

Los religiosos profesos son personas que han efectuado votos solemnes de obediencia, pobreza y castidad. En la nota al artículo 103 del Código civil, el legislador expresa que quién haya abrazado dicha clausura, se habrá incapacitado para todos los efectos de la vida civil. Sin embargo, en la nota al 3733 se puede leer que las profesiones monásticas no causan la muerte civil; y como ejemplo sigue diciendo que pueden adquirir por testamento los religiosos de las órdenes reconocidas.

Antes del Código, las personas incorporadas a la vida monástica eran consideradas dentro de la llamada muerte civil. Al ingresar a la orden transmitían sus bienes *mortis causa* a sus parientes. Con el devenir del tiempo esto cambió y, desde la perspectiva del maestro Lafaille, estudiando a Freitas, conceptúa que los religiosos otorgaban todo su patrimonio al convento, junto con su voluntad, la que era transmitida a sus superiores, de esta manera quedaban fuera de la vida civil.

En la actualidad no concebimos a los religiosos profesos de cualquier sexo como incapaces, ya que no requieren representación. Ellos pueden comprar bienes muebles en efectivo para sí, y aunque la norma no haga mención, también pueden vender *per se*, los mismos tipos de bienes. También pueden contratar por sus conventos, situación que los coloca en la posición de representantes de su iglesia y, por lo tanto, debemos considerarlos como personas capaces para contratar, con restricciones específicas a su condición patrimonial. No son incapaces, tienen una restricción legal.

Condenados a penas superiores a tres años de prisión

La influencia del derecho público en el derecho privado es decisiva cuando se refiere a la capacidad de los penados. El artículo 12 del Código penal prescribe: “La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código civil para los incapaces”. La disposición legal transcrita es de una claridad conceptual incontrastable por lo que da cuenta de sí misma. No es objeto de este trabajo el análisis del derecho penal, sólo nos abocaremos a la pertinencia del sesgo que

tercia la capacidad contractual.

Los condenados a pena superior a tres años son excluidos de la administración y de la disposición de sus bienes; obviamente la expresión normativa aporta una parcela de incapacidad de hecho relativa, ya que a la vez que prohíbe tales actos, autoriza su realización por medio de representación, haciendo la inmediata aclaración posterior con el agregado que el penado quedará sujeto a la curatela del Código civil para los incapaces.

Situación de los fallidos

El artículo 1160, en su última parte hace referencia a los comerciantes fallidos imponiéndoles la incapacidad de contratar sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordato con sus acreedores.

Hemos acuñado un punto de vista particular al respecto; al igual que nos expresáramos sobre los religiosos profesos, entendemos que la norma no decreta la incapacidad del fallido, sino que lo inhabilita para administrar y disponer de sus bienes, y en el caso del concursado sólo le impugna la posibilidad de disposición.

No obstante, quién ha ingresado en situación de quebranto puede ser parte en contratos, que, por el sólo hecho de serlo, tienen contenido patrimonial, pero los derechos que se contemplan en la convención ostentan una fase de extrapatrimonialidad, como por ejemplo, la realización de contrato de medicina prepaga para el propio fallido y para su familia; contrato de educación privada para sus hijos, etc.

Asimismo, puede efectuar contratos sobre los bienes propios del cónyuge, ejerciendo la representación necesaria para esos tipos de pactos. También puede ser parte como donatario en un contrato de donación, más allá que el contenido de este contrato quede sujeto a desapoderamiento lógico de su condición judicial de banca rota.

Por todo lo expresado, ponemos de manifiesto nuestra discrepancia con la doctrina tradicional cuando formula su opinión sobre el fallido que, siendo desapoderado de sus bienes, también se lo despoja de su capacidad; todo ello por las razones expuestas líneas arriba.

Contrato a nombre de terceros

Los artículos 1161 a 1163 del Código civil, describen la contratación por tercero de manera abarcativa, aportando un principio general de aplicación

para el grueso de los contratos, ya sean típicos o atípicos. Nadie puede contratar a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley se representación. Si una persona contrata por otra con su permiso, implica que aquella ejerce la representación convencional de ésta; por caso, el mandato. Pero si el representante es impuesto normativamente, como sucede entre padres e hijos, debe verificarse que tipo de actos están autorizados a otorgar para definir qué contratos pueden celebrar en nombre de su representado.

La contratación sin representación queda librada a ratificación del tercero en cuyo nombre se ha contratado. Mientras esta aprobación no se efectúe, la persona que ha llevado adelante las conductas contractuales será un gestor de negocios, con las responsabilidades que surjan de ese cuasicontrato.

La ratificación le da derecho al tercero a exigir el cumplimiento del contrato, asumiéndose desde ese momento como mandante, por lo que el negocio tiene el mismo efecto que la autorización previa.

Ahora bien, quién se obligó por otro asegurando la ratificación, ha garantizado el hecho del tercero y, en consecuencia, ha asumido todas las responsabilidades frente a la contraparte a quién le deberá pérdidas e intereses por el incumplimiento contractual.

Régimen de participación de los incapaces en los contratos

En los últimos tres artículos del capítulo, 1164 a 1166, el legislador trató la participación de los incapaces en los actos contractuales. Este sistema hace referencia a los incapaces de hecho exclusivamente, cosa que se deduce de la sola lectura de la norma.

Los incapaces de derecho relativo del 1361 no se encuentran comprendidos en esta sección, porque su participación en los contratos hace a éstos nulos de nulidad absoluta, en razón que la ley protege a la sociedad de estas personas, como ya lo hemos tratado en el subtítulo “Remisión del Código civil”, a donde reenviamos para su comprensión.

Se desprende de la lectura del articulado que los incapaces pueden participar en los contratos, contradiciendo el viejo adagio del derecho privado que dice que estas personas no pueden otorgar actos jurídicos.

El principio general que establece la ley es que solo puede pedir la nulidad del convenio el incapaz, vedando esa posibilidad a la parte capaz. La legitimación es amplia, por lo que la tacha de nulidad también pueden solicitarla los representantes o sucesores del incapaz, los terceros interesados y el ministerio de menores, cuando la incapacidad fuere absoluta.

Ahora bien, en caso que el contrato quede sin efectos como consecuencia de lo explicado en el párrafo anterior, la parte capaz no tiene derecho a exigir el reembolso de lo que hubiere pagado o lo que hubiere dado en ocasión del contrato.

La norma parece castigar duramente al celebrante capaz, entendemos con el legislador, que el contratante no ha tomado los recaudos del caso para informarse sobre la capacidad de la contraparte. La ley lo ubica entonces, en la posición de negligente, justamente por no haber llevado a cabo las diligencias necesarias para clarificar dicho estado. Todo ello, salvo que pudiese probar que existe lo que dio, o que haya redundado en provecho manifiesto del incapaz; extremos que importan su propia carga de la prueba. Diferente son las circunstancias en que el incapaz actúa de manera dolosa incitando al otro celebrante a contratar. Ni él, ni sus representantes o sucesores podrán solicitar la nulidad del pacto, salvo que el incapaz fuese menor, o el dolo consistiese en la ocultación del dolo. Es muy fácil comprobar para cualquier contratante si su contraparte es mayor, con sólo pedir la exhibición del documento personal, la diligencia se encuentra cumplida.

CAPITULO 8
EL OBJETO EN LA OBLIGACIÓN Y
EN EL CONTRATO

Planiol decía que un contrato no tiene objeto, tiene efectos. Esta escuela francesa da sustento al pensamiento de Alterini, quién divide al objeto contractual en “*inmediato*” y “*mediato*”. El primero consiste en la obligación generada por el contrato; el segundo es el objeto de la obligación, la cosa o el hecho, positivo o negativo, que constituye el interés del acreedor.

Atendiendo a este criterio, estamos en condiciones de expresar, que el objeto de toda obligación se halla personificado por la ventaja del acreedor. Así, el sujeto obligado deberá entregar la cosa, o hacer o dejar de hacer aquello que encarna el derecho del sujeto activo.

Ahora, si esa misma relación obligacional está dentro de un contrato, la medida del objeto del convenio es la conducta que asume la parte como carga a cumplir durante el desarrollo del pacto. Aquí se significan tres aspectos característicos y definatorios del objeto: la modalidad, la patrimonialidad y la esencialidad.

Los celebrantes acordarán de manera expresa o, en su defecto, la ley lo hará supletoriamente, la forma en que se ejecutarán las diferentes obligaciones en cabeza de cada quién. Se irán modelando los comportamientos que conlleven los futuros cumplimientos; en que lugar, en que tiempo, en que especie, etc.; y pasarán a integrar la modalidad de las prestaciones contractuales. Al punto, que el cumplimiento imperfecto, engendrará la figura de incumplimiento del objeto del contrato.

Asimismo, sabemos que el contrato es un acuerdo con contenido patrimonial; si nos preguntasen en donde se aloja la patrimonialidad de las estipulaciones, debiéramos contestar de forma correcta: en el objeto. La nota al artículo 1169 es concluyente “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”. Aquello que le otorga valor pecuniario al acuerdo, es el coste del comportamiento del obligado.

El semblante que se acaba de efectuar del objeto, da la nota del rasgo imprescindible del mismo, convirtiéndolo en un elemento esencial general. Para el estudio de este aspecto del objeto, remitimos al capítulo “Elementos de los contratos”, en esta misma obra.

Bienes y hechos

El artículo 1167 remite a los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones para la utilización y comprensión del objeto contractual; las

prestaciones que no pueden ser objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de las obligaciones. La remisión, entonces, reenvía directamente al artículo 953 del Código civil; cuya lectura admite una partición en dos, en la que nos detendremos brevemente.

El último artículo citado, se encuentra legislado dentro del renglón que concierne el acto jurídico. Da comienzo con: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico...”: Específicamente, en el párrafo que se transcribe, la ley se refiere a las cosas que pueden funcionar como objeto de los actos jurídicos.

La leyenda “...que estén en el comercio...” hace alusión a que no se puede transferir el dominio, porque dicha transmisión se encuentra impedida por alguna circunstancia inherente a la cosa. En el derecho administrativo es frecuente encontrarse con tales impedimentos, en razón de la titularidad del Estado como persona que no tiene la facultad de disposición libre. Una plaza pública no puede ser vendida. Esto no impide que puedan celebrarse otros tipos contractuales sobre el mismo objeto que no se encuentra en el comercio; como un contrato de concesión (suerte de locación) para que un comerciante venda algún tipo de comida rápida; como también que un tercero asuma el cargo de mantener la vegetación del lugar en buen estado. En el primer caso, la contratación contiene actos obligacionales de administración, y en el segundo, actos de conservación.

En el derecho privado, el razonamiento es similar; por ejemplo: la cosa adquirida con prohibición de venta. He aquí un motivo especial de prohibición estipulada por el enajenante, que pone al ente fuera del comercio; a la vez que no crea inconvenientes para que se convierta en objeto de un contrato que implique obligaciones de administración (locación) o de conservación (pactar con un tercero para que pinte la cosa).

Luego de las cosas, el artículo 953 continúa: “...o los hechos que no sean imposibles, ilícitos...”. Es de toda evidencia que ya no se refiere a las cosas que pueden ser objeto de las obligaciones, sino a los “hechos”.

Hechos que van a pasar a denominarse “prestaciones”; cuyos requisitos se expresan con una negación, la prestación no puede consistir en un hecho imposible. La imposibilidad del objeto se manifiesta de dos maneras; la física, tocar el cielo con las manos; y la jurídica, imposibilidad de hipotecar un automóvil.

Otro tanto sucede con la licitud; el objeto del acto jurídico jamás va a constituirse sobre un hecho ilícito. Aquí no hay una imposibilidad jurídica, sino un comportamiento contrario a la ley; en aquel caso el hecho se

encuentra impedido, en éste está sancionado.

La apreciación judicial determinará, tomando en cuenta circunstancias de tiempo y lugar. Cuales hechos no serán prestaciones, por tanto tampoco serán objeto de obligaciones o contratos, cuando sean 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 que perjudiquen los derechos de un tercero.

Los actos, así como las contrataciones, que se construyan sobre un objeto que transgreda las imposiciones del artículo 953 de Código civil, serán nulas como si no tuviesen objeto.

Determinación del objeto contractual

El concepto de idoneidad es equivalente al de capacidad; ésta es la aptitud del sujeto, aquella lo es del objeto. Este paralelismo se manifiesta al sólo efecto didáctico, en búsqueda de la comprensión intelectual del elemento. La determinabilidad del objeto va a estar ligada a la precisión que las partes logren sobre éste en el momento de la celebración. En general, se entiende que la prestación determinada es la contraída sobre un objeto cierto. En su reverso, la indeterminada es la que se asienta en objeto incierto. No obstante, ésta debe ser determinable, cosa que se logra a través de elección, individualización o por cantidad.

El artículo 1500 del Código civil, dice: “Pueden ser objeto del contrato de locación aun las cosas indeterminadas”; lo cual nos da una pauta de la importancia de contar en la especialidad contractual, con las acciones enumeradas en el párrafo anterior para determinar los objetos convencionales.

No albergamos ninguna duda, en que los objetos, para ser tales, deben estar determinados en su especie; por lo tanto, es indispensable concentrarse en las prescripciones que hace la ley sobre cosas fungibles (art. 2324), consumibles (2325) y divisibles (2326).

La prestación objeto del contrato

Patrimonialidad, Objeto plural

Se ha explicado que la prestación objeto del contrato, corresponde a un hecho asumido voluntariamente por una parte como una obligación. Una vez asimilado el concepto, entendemos el enunciado del artículo 1168, dando

la medida del objeto contractual: “Toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato...”. En esta inteligencia es que el objeto le concede a la especialidad una amplitud considerable. El objeto, así concebido, va a constituir un arma eficaz para la construcción de contratos atípicos, abonando con ello, la extensión señalada.

Por otra parte, la patrimonialidad, como característica del contrato, vive en su objeto. Si la prestación no posee ventaja en dinero para el acreedor, no le da acción; no queda facultado a reclamar contractualmente la promesa que se le hiciera.

El artículo 1169, prescribe 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”.

Si el objeto del contrato es una prestación que satisface un interés afectivo o moral, no hay contrato, a menos que se le pueda dar un carácter económico. Es decir, si el objeto no guarda patrimonialidad, no existe contrato, pero sí convención, que, obviamente, su confección, desarrollo y ejecución, no va a regirse por la normativa de las contrataciones.

Entendemos que el interés extrapatrimonial de una parte pueda encontrar lugar en un contrato, pero siempre que el giro de la relación haga recaer sobre el objeto un carácter pecuniario (contrato de medicina prepaga).

Con relación al objeto plural, ya se ha tratado en el capítulo del consentimiento, dentro de la oferta, como un acto unilateral conducente a la formación de un contrato. De todas maneras, sintetizamos el punto para adicionarlo a este capítulo, donde no puede faltar.

El objeto plural, puede presentarse como divisible, la oferta recae sobre cosas que pueden separarse; y la aceptación de una de ellas, concluye el contrato. Cosas indivisibles, cuando las cosas no pueden separarse; la aceptación de una sola, constituirá la propuesta de un nuevo contrato. Cosas alternativas, cuando debe aceptarse en uno o en otro de sus términos (vende o alquila).

Contrato sobre cosa ajena como ajena

El artículo 1177 establece un principio general que abre el tratamiento contractual sobre bienes ajenos, con el siguiente enunciado: “Las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos”. No es ajena a la cotidianeidad comercial este modo de proceder, con marcada intensidad en el ámbito del derecho comercial; el contrato de concesión, la presencia de agente, el vendedor independiente, la adopción de algún tipo de los que permite

el mandato; son diferentes ejemplos de las posibilidades en que puede manifestarse la contratación sobre bienes ajenos.

En cualquiera de los modelos citados, y en muchos otros, quien contrata sobre cosas que no le pertenecen, limita su responsabilidad al impulso del negocio y el buen desempeño de su labor en este sentido; no tiene compromiso alguno sobre el éxito del emprendimiento.

Estas conductas tienen límites regulados por la ley. Si el promitente garantizó el triunfo de la promesa, y ésta no tiene efecto, asume la responsabilidad frente a terceros por el negocio no concluido, ya que la garantía otorgada, implica la asunción del resultado. Por el contrario, si no garantizó, sólo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice. Pero aun en este último supuesto, si la cosa ajena, objeto del negocio en transacción, no fuere entregada por su culpa, debe satisfacer pérdidas e intereses.

Se puede deducir fácilmente, que el avance normal sobre un contrato con este tipo de objeto, implica una obligación de medios. Si la prestación prometida, es garantizada por quien lleva adelante los actos negociales, se transforma en una obligación de resultados.

Contrato sobre cosa ajena como propia

El artículo 1329 del Código civil, en tratamiento específico del contrato de compraventa, dice que las cosas ajenas no pueden venderse; dado lo cual, el contrato es nulo. El artículo siguiente, sin embargo, establece que la nulidad no será tal, cuando el propietario de la cosa ratifique la enajenación; o si el vendedor llegase a ser, posteriormente, dueño de la cosa vendida por cualquier título. La combinación de ambos artículos denota que la nulidad aludida en el precepto legal, no es absoluta, sino que puede salvarse, en orden a las venias que prescribe la misma ley.

El artículo 1178 requiere un pormenorizado análisis para su comprensión. Para leerlo, partimos de la base que no existe ninguna prohibición legal para contratar sobre bienes ajenos. Dice así: “El que hubiere contratado sobre cosas ajenas como cosas propias, si no hiciere tradición de ellas, incurre en el delito de estelionato, y es responsable de todas las pérdidas e intereses”. Repárese, que en ningún momento expresa una prohibición para pactar sobre bienes ajenos como propios; es más, no hay dudas que mantiene la posibilidad de producción del contrato con dicho objeto.

Si bien es verdad que decir que las cosas son propias, es garantizar; porque se da por entendido que el titular tiene la libre disponibilidad de las cosas

que se encuentran dentro de su patrimonio; también es cierto que el tráfico de bienes y servicios admite modalidades que, en principio, no afectan la garantía implícita de la titularidad.

El resorte legal en análisis, no prohíbe; deja hacer. La transgresión se va a producir, si al momento en que deba dar cumplimiento a la obligación de entrega de la cosa, no la transmite. La ley es clara, “...si no hiciere tradición de ellas...”; recién aquí se concreta la conducta antijurídica. Mientras tanto, desde que se compromete la cosa, hasta el momento de suministrarla, pudo haberla adquirido, comprándola por ejemplo, para luego dar cumplimiento a la obligación contractual.

El delito de estelionato

El estelionato es un delito civil que tiene algunas características propias; carga sobre quien lo comete todas las consecuencias del acto ilícito y no deja presumir la buena fe, que debe ser probada por el contratante que intente librarse de sanción.

En la enajenación de cosa ajena como propia, del párrafo anterior, quién no hiciere tradición de ella, incurre en el delito de estelionato; por lo tanto, responderá por todos los daños que hubiese provocado con su conducta con la suma de los intereses que se devenguen en consecuencia.

También incurre en delito de estelionato quién contrate de mala fe sobre cosas pignoradas, hipotecadas, o embargadas, como si estuviesen libres. Para lo cual, la otra parte tiene que desconocer el gravamen que pesa sobre la cosa, de lo contrario no se configurará delito de ninguna especie.

El profesor Garrido, en cita a Machado, comenta que si por error de derecho se hubiese creído que los bienes estaban libres, aunque este error no beneficie sino a las personas expresamente autorizadas por la ley, servirá para demostrar la buena fe, salvando al contratante del delito, pero debiendo asimismo abonar los daños y perjuicios causados.

En caso de no hallar dispensa a la responsabilidad del sujeto, le serán aplicables las normas del capítulo de los delitos, que van del artículo 1073 al 1083 del Código civil.

Bienes inexistentes y bienes futuros

El artículo 1172 trata los bienes futuros: “Son nulos los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas como existentes, cuando éstas aún no existan, o hubieren dejado de existir, y el que hubiese prometido tales

cosas indemnizará el daño que causare a la otra parte”.

Claramente, los renglones citados enumeran el fundamento de la disposición en dirección a los bienes inexistentes, excluyendo de manera tácita a los bienes futuros. No puede contratarse sobre objetos que no existan al momento de la celebración, y que no vayan a existir, porque, en tal caso, la celebración se efectuaría sobre bienes futuros; como tampoco sobre aquellos que han existido y que ya no se encuentran en el universo de lo físico.

De así hacerlo, el contrato deviene nulo por falta de objeto; circunstancia a todas luces lógica porque el objeto significa uno de los elementos esenciales generales, y por carencia de él, el contrato no ha nacido.

Sucedido lo dicho, el obligado carga con la responsabilidad por su promesa sobre un bien inexistente. Para imputarlo, no es necesario demostrar culpa de la parte, ya que el incumplimiento en el particular, es de atribución objetiva. Sin perjuicio que la intención, a sabiendas de la situación del objeto transaccionado, agrave su posición frente a la sanción.

Muy diferente es la situación contractual de los bienes futuros. En la actividad mercantil, la fabricación de productos, muchas veces implica la compraventa de artículos que alcanzarán la calidad del objeto contratado una vez que se haya dado fin a su elaboración. Lo mismo sucede en materia civil con el contrato de locación de obra, tanto sea el bien futuro mueble o inmueble. Así como con todo tipo de manufactura o hechura. Las típicas operaciones de granos sobre las cosechas, que se efectúan, incluso, antes de la siembra.

El 1168 contempla, en su enumeración, a la cosa futura como uno de los objetos de los contratos. El 1173 es más puntual en su redacción, pero menos preciso. Contempla la posibilidad que la cosa no exista, por lo que prescribe que los contratos sobre cosa futura están subordinados al hecho “si llegase a existir”; entendemos en oposición a Garrido, Zago y Alterini, que la expresión de la ley no es nada feliz; ya que, como ejemplifica alguno de estos autores, el resorte legal es de aplicación en el supuesto de compra de cosecha futura, si no llegase a existir, obviamente, no habría contrato. No es lo mismo cuando un comerciante adquiere de un fabricante productos que hacen a la habitual producción del vendedor; en este caso, no hay posibilidad de aplicación del artículo 1173 para tener por no celebrado el contrato; el productor tiene a su cargo la obligación de entregar, en tiempo y forma, los artículos ofrecidos y vendidos con anterioridad a su existencia o deberá afrontar los daños y perjuicios que ocasione con su incumplimiento. El doctor Alterini, siguiendo su propia línea de pensamiento, contempla la factualidad de que todos estos contratos sean aleatorios en virtud de la

posibilidad que no lleguen a existir. En el primer ejemplo que se dio en el anterior párrafo, la cosecha futura, podríamos coincidir con el gran jurista, aunque nos reservamos algunos argumentos que podrían disuadirlo de su postura. En el segundo, el fabricante habitual que vende lo que aun no ha fabricado, entendemos, como ya se ha dicho, que la aplicación del Código, y con él la posición del autor citado, caen por su propio peso.

Más allá de lo explicado, en la compraventa las partes pueden pactar la futura no existencia de la cosa vendida, tomando el comprador sobre sí el riesgo en su totalidad, según el 1332. En realidad y por sobre la redacción del artículo, lo que realmente hace el adquirente es exonerar previamente al vendedor.

Finalmente señalamos que, al regular el contrato de donación en el artículo 1800, la ley advierte que los únicos objetos posibles en este contrato son los presentes; indicando que si contienen bienes futuros serán nulos a este respecto. La nota al artículo fundamenta la decisión del legislador: ...el donante no puede desprenderse de la propiedad de unos bienes que no tiene...”.

Herencia futura

Bajo el título de la porción legítima de los herederos forzosos, el artículo 3599 advierte: “Toda renuncia o pacto sobre la legítima futura entre aquellos que la declaran y los coherederos forzosos, es de ningún valor. Los herederos pueden reclamar su respectiva legítima; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por el contrato o renuncia”. Esta norma, que pertenece al ámbito del derecho sucesorio, es por su naturaleza de orden público. No hay dudas, entonces, que su prohibición es absoluta, y en orden a lo regulado en el 1047 in fine; “la nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”.

En este aspecto es fundamental traer al maestro Raymundo Salvat, quién en su “Tratado de derecho civil argentino. Fuente de las obligaciones” se aparta de los textos legales para enseñar su más profunda reflexión; citado por Zago: 1) los contratos sobre herencias futuras son odiosos e inmorales porque se especula con la muerte de una persona; 2) son peligrosos porque la parte puede realizar actos delictivos en la búsqueda de adelantar la muerte del futuro causante; 3) si fueran autorizados por la ley, constituirían un medio de violar fácilmente las disposiciones sobre la legítima hereditaria. La prohibición se extiende al concepto de los bienes que se transmiten después de la muerte de una persona, por lo que alcanzan a la herencia

testamentaria, en la misma medida que a la sucesión ab intestato. Naturalmente, no pueden celebrarse acuerdos sobre la totalidad de herencia futura, ni sobre una porción de ella; la última parte del artículo 1175 amplía la proscripción a los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares.

Si estos contratos se confeccionan simultáneamente sobre bienes presentes, y sobre bienes que dependen de una sucesión aún no deferida, y si se han realizado por un único precio y no pueden dividirse entre los unos y los otros, son nulos en su totalidad en los términos del 1176.

Ahora, si aquel a quién aprovecha el contrato se aviene a exteriorizar que el precio pactado corresponde sólo a los bienes presentes, eliminando del acuerdo aquellos que pertenecen a la herencia futura; el contrato será virtualmente válido y legítimo en cuanto concierne a los bienes presentes exclusivamente. Así las cosas, quién ha rechazado los bienes que pertenecen a una herencia y admite que la totalidad del valor pactado se vuelque completamente sobre los bienes actuales, mantiene las acciones derivadas del contrato para reclamar lo que tenga lugar con respecto a esas cosas.

No podemos dar por concluido el tema, sin atender al análisis que hace el doctor Garrido de una norma de orden público, en el capítulo de las sucesiones; el art. 3280 indica que: “La sucesión se llama legítima, cuando sólo es deferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Puede también diferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley”. Tan interesante como el articulado, es la nota, que aclara con muy pocas palabras aquello que en diferentes segmentos de la ley se expresan, según se ha visto, y que venimos tratando de exponer con respecto a la herencia futura y la imposibilidad de convenir sobre ella; la nota dice: “No hay pues sucesión universal por contratos”.

CAPITULO 9

LA FORMA EN LOS CONTRATOS

Reseña histórica

Aristóteles es el precursor de la incorporación de la causa al pensamiento sobre el obrar humano. Distribuye su concepción en un esquema de cuatro segmentos: causa formal, causa material, causa eficiente y causa final.

La visión aristotélica de causa es más amplia que la actual, nuestro interés radica sólo en la eficiente y la final.

Para el estagirita, causa es el principio de todo ser; aquello de lo que depende de alguna manera la existencia de un ente. Causa es el punto al que hay que referirse para explicar un proceso cualquiera.

Así entendía Aristóteles y así explicaba que la causa formal era la idea de un objeto o aquello que el objeto es. La causa material es la sustancia o materia con la que se constituye el cuerpo del objeto. La causa eficiente es aquello que realiza el objeto. La causa final es para lo que existe el objeto, a lo que tiende o puede llegar a ser.

En una escultura de madera de un guerrero para embellecer la ciudad, siguiendo el ejemplo del filósofo griego, la causa formal es el guerrero o, más precisamente, la idea del guerrero que tiene quien va a realizar la escultura, la causa material es la madera que se utilizará, la causa eficiente es el escultor y la causa final es el embellecimiento de la ciudad.

Las causas material y formal son intrínsecas al ente, tanto como las causas eficiente y final le son externas.

Siglos después en Francia, durante el reinado de Luis XIV, Jean Domat teorizó sobre la causa, y desarrolla lo que se puede considerar el primer estudio científico sobre el tema. Hasta allí todas las interpretaciones sobre los contratos se sostenían en teorías de raigambre filosófico.

La fuente principal de los clásicos franceses en materia obligacional y contractual fueron el derecho romano junto con Grocio y Pufendorf, que habían trazado el esquema de una doctrina general de los *pacta* y *promissa*. Sólo se requería liberarlo del filosofismo con que los iusnaturalistas solían teñir los conceptos y las figuras del derecho romano. Esa fue la obra de Robert Joseph Pothier (1699 - 1772), en su *Traité des obligations* (1761). Con él, las nociones recuperaron su perfil dogmático-jurídico. No obstante, la inspiración de Pothier proviene de la figura de Jean Domat (1625 - 1696) y su obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), imprescindible para el desarrollo del tema que hemos abordado, por el diseño de su encomiable teoría de la causa, que Pothier adoptó.

Según Roque Fortunato Garrido, el método de Domat, conocido como escuela Clásica, establece una diferencia concreta y fundada entre los contratos

onerosos y gratuitos. Desde aquí marca tres categorías de contratos: a) convenciones onerosas; b) convenciones en que sólo una de las partes queda obligada, tal el comodato y otros contratos reales; c) contrato gratuito y consensual como la donación donde la gratuidad se une al aspecto distintivo de la unilateralidad.

En la primera de las categorías, donde prepondera la onerosidad, la escuela Clásica entiende que el compromiso de una de las partes es la causa del compromiso de la otra.

Se refiere en la siguiente categoría a los contratos reales, expresando que la obligación del que recibe la cosa objeto del contrato ha sido precedida por la entrega que el otro realizara. Así, la obligación de aquel encuentra su causa en la tradición que éste ha efectuado.

En la última categoría expresa que el compromiso de quien da, tiene su causa en algún motivo razonable y justo, como un servicio prestado u otro mérito del donatario, o en el sólo placer de hacer el bien.

Luego Pothier va a ordenar finalmente la teoría general del contrato haciendo inserción de ésta en la teoría general de las obligaciones. Como resultado se obtiene que la obligación posee tres elementos esenciales e imprescindibles: una causa que le dé nacimiento; sujetos que encarnen la relación jurídica; y un hacer, abstención o cosa que configure su objeto. Se fijan entonces como causas de la obligación: el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito; y por excepción: la ley y la equidad.

Todo esto permitió que el Código francés se impregnara de las conclusiones de Domat y Pothier en términos de conocimiento estrictamente científico, purificado de filosofismo.

Aproximadamente veinte años después de la sanción del Código Civil francés, un jurista belga llamado Ernst, escribe una monografía en la que promueve una línea de pensamiento diametralmente opuesta a la anterior. Ernst exterioriza un desprecio visceral hacia la causa. La considera superflua e inconsistente, por lo tanto evitable. Para él la causa como elemento del contrato es un colosal ejercicio retórico de los inspiradores del Código francés.

Sólo puede hablarse de causa si se la tiene como fuente. Por ello reflexiona que los clásicos franceses han confundido la causa de los contratos con la causa de las obligaciones.

La concepción anticausalista de Ernst es acogida años después en Francia por Marcel Planiol, quien había nacido el 23 de septiembre de 1853, y fuera después profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, Francia. En el año 1899 apareció su obra "Tratado

Elemental de Derecho Civil”, reconocida inmediatamente por los juristas de la época por destruir el pensamiento clásico sobre algunos temas conceptuales de la dogmática románica o clásica, como lo son los derechos reales o acerca de las personas morales, tanto como el cuestionamiento a los elementos del contrato. Además de estudiar el Código Civil de Francia, también hizo lo mismo con el Código Civil Italiano, el Rumano, el Alemán y el Suizo. Ya en los últimos días de su vida, delegó la responsabilidad de actualizar y profundizar su obra, a otro brillante jurista llamado Georges Ripert, quien desde la muerte de Planiol, acaecida el 13 de agosto de 1931, se dedicó a realizar las notas de actualización del Tratado de Derecho Civil que escribiera su maestro.

De Ernst a Ripert, pasando por la imprescindible producción doctrinaria de Planiol, el aporte del anticausalismo a lo largo de más de setenta años, puede resumirse de la siguiente forma:

Si en los contratos bilaterales la causa es la obligación de la contraparte, ésta se asimila al objeto. Asimismo, las obligaciones recíprocas nacen jurídicamente de manera simultánea, seguidamente no puede sostenerse que una sea causa de la otra y mucho menos que puedan serlo al mismo tiempo, ya que se estaría hablando de los efectos, que siempre son posteriores a la causa.

Luego reflexiona Planiol que en los contratos reales, en los que los clásicos tienen como causa la entrega de la cosa, esta tradición no es más que el hecho generador de la obligación. Así, en todo caso, mudar de mano el objeto como acto constitutivo del contrato real, será causa fuente y no final.

En cuanto a la donación, entienden que los causalistas han diferenciado entre causa y motivo, ofreciendo un esfuerzo inútil, ya que es inconcebible una voluntad despojada de motivos. Por lo tanto, los contratos gratuitos no tienen necesidad de causa.

En los diferentes momentos del método anticausalista se adelanta con matices, la intención de enriquecer el catálogo de medidas para facilitar la distinción entre la causa y aquellos que se sostenían como elementos del contrato: objeto, consentimiento y capacidad.

El maestro argentino Jorge Zago explica que el anticausalismo terminó nadando en un mar de contradicciones. Planiol expone la imposibilidad que las obligaciones en los contratos sinalagmáticos se engendren la una a la otra. Enfoca la causa como eficiente asimilándola a los *verbis* y los *litteris*, cuando, en realidad, se está hablando de causa final.

El consentimiento crea la obligación (causa *efficiens*); pero el celebrante

lo otorga en miras de lograr un resultado definido y definitorio (causa finalis). Planiol debe reconocer que con el consentimiento la parte fija el compromiso, un paso más allá que la simple voluntad de obligarse, y eso es lo que la doctrina clásica llama causa fin del contrato.

Comenta el autor citado que en el contrato real, Planiol se ve obligado a sostener que sin la entrega de la cosa no hay contrato. Sus más fieles seguidores, Ripert y Boulanger, concluyen que “los anticausalistas vuelven así a la noción romana del contrato *re* en que la *res* desempeñaba el papel de causa efficiens y dicen que es gracioso comprobar que Planiol comete el mismo error que ha reprochado a Domat y a los defensores de la teoría clásica” (Ripert y Boulanger. Derecho Civil, tomo IV, N° 228, pag. 189 y 190, Buenos Aires, 1964).

Las dos escuelas indicadas en los párrafos precedentes crearon un espacio para las aclaraciones. Este espacio es ocupado por el Neocausalismo, traído por Henri Capitant, quien escribe “De la causa de las obligaciones”. El autor sintetiza en el prólogo la confusión reinante en torno al tema: “¿En qué consiste la causa? ¿Cuál es su vida desde la perfección del contrato y después hasta la completa ejecución de las obligaciones que origina? ¿Cuándo puede decirse que una obligación carece de causa o la tiene ilícita o inmoral?. No existe unanimidad entre los intérpretes con relación a estas cuestiones y puede decirse que son materia completamente opinable a pesar de haber transcurrido más de un siglo desde la publicación del Código civil. Ni siquiera hay unanimidad sobre el objeto a definir. Unos se refieren a la causa de la obligación, otros a la causa del contrato. Las definiciones propuestas son dispares y adolecen de falta de concreción” (De la causa de las obligaciones, Henri Capitant, Anacleto editorial, Madrid, España, 1998). Los neocausalistas pretenden restaurar la distinción entre causa y los demás elementos del contrato, entendiendo a aquella en un sentido teleológico. Sin embargo no logran uniformar criterios, Capitant, por ejemplo ve que los motivos pierden toda importancia, en la misma forma que lo había hecho Domat, porque éstos se alojan metafísicamente en el individuo y sólo se convierten en finalidad al ser exteriorizados, aunque se trate de meras razones personales.

La causa queda ligada a la subjetividad de los celebrantes, imbuida de excesiva variabilidad, a diferencia de Domat que la concebía inmodificable. Así cada contrato adopta un sesgo singular propio de los participantes, que va a permitir calificar el contrato. En este punto dice Alterini que “la donación puede ser hecha por gratitud, o como cohecho a un funcionario público”, por nuestra parte entendemos que es éste el aporte más significativo que

realizara *Capitant*, por ello retomaremos el enfoque más adelante.

En Italia, a mediados del siglo XX, Francesco Messineo escribe su “Manual de derecho civil y comercial”, en el que llama requisitos a los elementos del contrato, a saber: acuerdo de partes, causa, objeto y forma si fuera prescripta bajo pena de nulidad, es decir que se tiene como requisito imprescindible sólo a la forma solemne.

Messineo hace hincapié en la estructura teleológica del elemento que nos ocupa, manifestándolo de la siguiente manera: “El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante, el de ser centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos o no coincidentes. Dichos intereses, por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción. De ello deriva, en el conjunto, un instrumento de utilidad para la satisfacción de los intereses de las partes de lo cual se beneficia también, indirectamente, la comunidad” (Messineo Francesco, *Doctrina general del contrato*, Trad. De Fontanarrosa. Sentis Melendo. Volterra, tomo I, Buenos Aires, cap. 1, pag. 33 y sig.).

Afirma el jurista italiano que la causa del contrato es la finalidad, en tanto y en cuanto la parte utiliza el negocio jurídico, contrato, sólo para satisfacer un interés propio, causa. Si bien esos motivos son puramente subjetivos mientras se mantienen en el interior del sujeto, una vez que éste los exterioriza contractualmente se convierten en el fin que el contrato está destinado a lograr.

Más allá de las diferencias en el pensamiento de *Capitant* y Messineo, el neocausalismo forja una moderna concepción de causa y al conjuro de ésta, los seguidores e interpretes del nuevo movimiento han entendido que los autores citados coinciden en establecer la existencia de dos causas para los contratos, a las que han llamado en diferentes momentos: causa particular y causa general, también causa inmediata y causa mediata, o causa particular y causa social, así como causa categórica y causa eventual, otra como causa subjetiva y causa objetiva.

Las definiciones de las denominaciones son confusas y muchas veces contradictorias, tiñendo de oscuridad el estudio de la figura, sin embargo queda en evidencia que el neocausalismo ha fijado la presencia en el contrato de los motivos internos del celebrante, que son aquellos que lo traen al negocio jurídico y una causa propia del contrato que es, en definitiva, para lo que fue creado.

La causa eficiente el Código civil argentino

Sabemos que cuando hablamos de causa fuente en el derecho argentino hacemos directa referencia al artículo 499 del Código civil. Partimos de este punto con la certeza que cualquier discusión sobre si el artículo contiene la configuración de la causa eficiente, y los tres siguientes la causa fin, como sostuvieran Lafaille, Busso, Colmo, De Gásperi, Machado, Rezzónico, Borda y Videla Escalada; o que los artículos 499, 500, 501 y 502 según Salvat, Galli, Spota, Guastavino, Boffi Boggero, Risolía, Llambías y Barcia López; o Llerena entendían que los cuatro artículos se referían a la causa fuente; tanto como Cordeiro Álvarez sostenía que los artículos 499, 500 y 501 aludían a la causa eficiente y sólo el 502 a la causa fin. Todo ello ha quedado hoy superado. Los autores modernos, Garrido, Zago, Alterini, Mosset Iturraspe., Lorenzetti y otros, coinciden con la primera de las líneas citadas y no dudan en señalar que el artículo 499 se refiere exclusivamente a la causa eficiente y los artículos 500, 501 y 502 a la causa final. Hacemos nuestra esta última concepción. Decimos entonces que la causa fuente se encuentra regulada en el artículo 499 del Código civil, cuyo antecedente inmediato es el artículo 870 del Esbozo de Freitas. Augusto Teixeira de Freitas nació en Salvador de Bahía el 19 de agosto de 1816, murió en Río de Janeiro el 13 de diciembre de 1883, fue un jurista brasileño que ejerció una importante influencia en el derecho civil latinoamericano. Entre sus obras destacadas se encuentra la recopilación de la legislación portuguesa encomendada por el gobierno de Brasil en 1855, tarea que culminó con la publicación de su “Consolidación de las Leyes Civiles” (*Consolidação das Leis Civis*). En 1859 el Imperio le encomienda otra tarea, la redacción de un anteproyecto de Código Civil (*Esboço de un Código Civil para Brasil*). Esta obra, conocida también como *Esbozo de Freitas*, quedó inconclusa luego del artículo 4.908 y fue publicada en varias entregas entre 1860 y 1865.

Siguiendo a Freitas, entonces, Velez redacta el artículo 499 de la siguiente manera: “No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”. Entendemos que el legislador antepone el hecho generador del daño, a la obligación que de él derive, purificando el suceso de toda intención por parte del ejecutante. Desprovisto de voluntad, el daño brama por su reparación, sin consultar, ni antes ni después al obligado sobre sus elecciones o preferencias en el resultado jurídico *derivado* del propio accionar. La sensación es que, luego del sucedido, los efectos se abstraen del realizador y se buscan a sí mismos hasta adjudicarse finalmente al responsable.

En la obligación nacida de un hecho involuntario, por ejemplo en un accidente automovilístico, es éste el que da nacimiento a la obligación que consiste en la reparación del daño por parte de la persona que lo provocó. Es de fácil comprobación la falta de voluntad, sólo hay que encontrar la respuesta a la siguiente pregunta: ¿el sujeto salió a la calle con su automóvil para provocar el hecho dañoso?, ante la respuesta negativa, encontramos que las obligaciones que recaerán en cabeza del productor del hecho, nacen directamente del acontecimiento en el que ha participado, sin haber elegido previamente en su interior la provocación del mismo.

Las obligaciones del ejemplo *derivan* del hecho generador del daño, que se le presentan al individuo en ese orden: primero el acontecimiento, luego las obligaciones, sin que éste haya visualizado, meritado y mensurado las consecuencias del mismo. Es decir, el hecho que produce el daño, es la causa de las obligaciones que el ordenamiento jurídico le adjudicará al sujeto que lo ha provocado.

El mismo pensamiento es procedente en las relaciones de familia. En la nota que acompaña al 499, Vélez habla de las relaciones entre personas que producen vínculos de derecho, e indica como ejemplo, que el hecho de la generación provoca la creación de obligaciones de padres a hijos, esto se explica por la propia naturaleza del vínculo familiar, En la misma forma que en la ancianidad de los progenitores, los hijos asumen la obligación de cuidado que aquellos requieran.

La causa de los deberes que implican las situaciones vinculares provienen de la ley; no se encuentran causadas en la voluntad de las partes. De allí que el Legislador comience la nota aludiendo a la confusión que el Código francés hiciera entre la causa de los contratos con las causas de las obligaciones. Freitas ya había señalado esta distinción en el citado Esbozo.

En su comentario sobre el artículo 499 y la distinción entre las causas contractuales y las obligacionales, José Olegario Machado observa que no hay obligación sin causa generadora que la haya producido. Dice que la obligación debe reconocer por origen una de las cinco fuentes de donde se derivan: contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley. Señala luego que se debe tener presente esta acepción de causa para no aplicarla al art. 502 (referido éste último a la causa fin), para concluir afirmando que el artículo 499 es doctrinario y axiomático, y que ha podido suprimirse (J. O. Machado Exposición y comentario del Código Civil argentino. Ed. Lajouane, Bs. As., 1899).

Más adelante en el tiempo, Luis María Rezzónico explica que: “Entendemos, siempre refiriéndonos al art. 499 del Código Civil argentino, que refiere a la

causa fuente, a la causa de la obligación, y alude al origen, al antecedente genético, al hecho generador de la obligación, se trata de una causa eficiente productora de un efecto jurídico: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley... pero esta causa, fuente de la obligación, no es la misma que la causa del contrato, de la causa como elemento del contrato..." (L. M. Rezzónico. Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil, 1961, pag. 65).

Machado toma una posición extrema contra de la causa fuente, no así Rezzónico, quien se limita a explicar el porqué de la coexistencia de ambas. No obstante, los dos juristas entienden que el legislador hizo dos cosas: a) incorporó la causa fuente exclusivamente en el artículo 499; b) la causa fuente es típica de las obligaciones, excluyéndole toda relevancia en los contratos.

Son entonces causa eficiente de las obligaciones: contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley.

El contrato es usina de la obligación, la genera, le da el marco de vida, la motiva y la empuja, el contrato es fuente de la obligación.

El contrato es una norma particular que le da marco jurídico a las obligaciones, puede comprender una o varias, el cumplimiento de alguna no implica la extinción del mismo, incluso habiendo una sola obligación, la realización de ésta no termina con los efectos que del contrato que la contiene pudieren derivar.

Concluimos así que el contrato es una de las cinco posibles causas fuente de las obligaciones, siendo este tipo de causa subjetiva e irrelevante para el contrato. El legislador establece tal circunstancia legal en el artículo 499 del Código civil. El texto de la norma no hace mención de las causales; sin perjuicio que Vélez las enumere en la nota.

La causa como objetivo

Hemos expresado más arriba que la causa eficiente torna irrelevante su valoración en los contratos. La causa de éstos se encuentra en otro lugar, en lo que se busca con el acuerdo, aquello que responda a la pregunta: ¿para qué se ha celebrado el contrato?.

Es importante rescatar el ideario de Rudolf von Ihering, nacido en Aurich, ciudad de la Baja Sajonia, en 1818. El jurista alemán cuenta en su haber con una obra señera *El fin en el Derecho*, publicado en su lengua materna como *Der Zweck im Recht*, y cuyo primer volumen apareció en 1877 y más tarde, en 1892, el segundo de los volúmenes, está considerada por muchos

como su segunda más importante realización, como el propio Ihering reconocería en el prefacio a la primera edición, de otra de sus principales obras, titulada *El espíritu del derecho romano*. La figura de Ihering aparece dentro de la literatura jurídica como la de un precursor y padre de la moderna jurisprudencia sociológica.

Comentando la diferencia entre la causa fuente ya estudiada y la causa final, que veremos a continuación, el autor alemán dice en *El fin del Derecho*: “En la causa, el objeto sobre el cual se ejerce la acción permanece en estado pasivo, aparece como un punto aislado en el universo, sometido en este momento a la ley de la causalidad. Por el contrario, el ser que un fin pone en movimiento se hace activo, obra. La causa se relaciona con el pasado, el fin abarca el porvenir”. En la primer parte se refiere a la causa fuente y en la segunda a la final.

Supongamos que una persona funde el motor de su automóvil; es ésta una causa para adquirir uno nuevo. La destrucción mecánica pone al individuo en posición de decidir la compra o no de otra unidad, dado que podría inclinarse por costear la reparación del viejo coche. En todo caso, los motivos que lo lleven a buscar una solución u otra son absolutamente subjetivos. Si decide hacerse de un modelo porque se ha fundido el propio, ésta última será una causa fuente y anterior a la compra. Tomada la decisión de acudir a un concesionario de autos para adquirir una unidad, la rotura del viejo como fuente de la acción, sólo es un motivo personal que genera en el sujeto una necesidad determinada, y provoca la celebración del contrato de compraventa que va a efectuarse, cuya única finalidad es la obtención de la titularidad del automóvil objeto del contrato. ¿Qué impacto puede tener en el vendedor que se haya fundido el auto del comprador?, Ninguno. El adquirente desea hacerse de la titularidad del automóvil, y el enajenante deshacerse de ella. Ambas partes celebran el contrato con la finalidad de transferir el dominio del automóvil; esta transmisión es la causa fin del contrato y uno de sus tres elementos esenciales.

Dice luego Ihering en el texto citado: “Es necesario para que la voluntad obre, una razón suficiente. En la naturaleza inanimada esta causa es de esencia mecánica (causa efficiens); psicológica cuando se refiere a la voluntad, ésta obra en vista de un fin, de un objeto (causa finalis).

En el párrafo transcrito, se habla de la causa fin como el obrar tras un objeto. Entendemos que la palabra objeto no está utilizada en referencia al elemento esencial del contrato Objeto, que junto con la causa y el

consentimiento conforman los pilares estructurales de la figura, sino que Ihering emplea el término como sinónimo de objetivo, es decir, aquello que es buscado por el contrato, dejando al elemento objeto la referencia a la prestación de dar, hacer o no hacer como el cuerpo que constituye el fenómeno que necesariamente deberá realizarse o entregarse para alcanzar la finalidad fijada en la celebración del contrato.

En la compraventa inmobiliaria, el objeto mediato es la cosa inmueble; el objeto inmediato es la entrega de la cosa por una parte y recepción por la otra, conformando éstas las obligaciones que se asumieron en el contrato, así como existirán otras obligaciones como la entrega y recepción del precio cierto. La finalidad del contrato es el traspaso del dominio de la cosa, que sale del patrimonio del enajenante para incorporarse al del adquirente.

En el contrato de locación de inmueble también aparece la cosa inmobiliaria como objeto mediato, la obligación de una parte de entregar la cosa a la contraparte como objeto inmediato, pero esta vez, con la finalidad de usar y gozar de ella por parte del locatario sin obtener su dominio, a tal punto que mantener al arrendatario en el uso y goce de la cosa durante la vida del contrato se va a transformar en una obligación del locador, porque de lo contrario el contrato dejará de cumplir con el fin para el que fue creado. En ambos casos cabe la pregunta: ¿para qué se han celebrado los contratos?; el primero con la finalidad de transferir la titularidad del bien. La causa fin del segundo es obtener su uso y goce.

Objeto y objetivos han sido materia de la mayor de las confusiones en cuanto a causa se refiere. Como resultado, la enorme importancia de la causa fin, se vio sometida al desprestigio por la incomprensión de la figura. Siguiendo a Alterini: “si nos atenemos a los datos del análisis jurídico, un contrato no tiene objeto, tiene efectos, y esos efectos consisten en la producción de obligaciones; son esas obligaciones las que tienen un objeto”. Cumplidas todas y cada una de las prestaciones que son el objeto del contrato, se podrá, recién en ese momento, verificar si el contrato ha alcanzado su objetivo, su finalidad.

Con idéntica especulación, el profesor de derecho romano Luis Rodolfo Argüello entiende por causa al fin práctico económico del contrato, aclara que no debe confundirse la causa (fin objetivo del negocio), con los motivos determinantes (fin subjetivo) que son las razones psicológicas que impulsan a realizar el acto.

Nuevamente, es indispensable citar literalmente al maestro alemán Ihering

“Un acto de la voluntad sin causa final, es un imposible tan absoluto como el movimiento de la piedra sin causa eficiente. Tal es la ley de la causalidad: psicológica en el primer caso, puramente mecánica en el segundo. Para abreviar llamaré a la primera ley de finalidad, para indicar así, por su mismo nombre, que la causa final es la única razón psicológica de la voluntad” “... No hay querer humano sin un fin...”.

Federico Videla Escalada, interpretando a Ihering, manifiesta que la naturaleza obedece a causas, mientras que las personas racionales obran en virtud de perseguir conscientemente un fin o fines (Contratos. Homenaje a Risolía, pag. 300). De una forma u otra, los tratadistas se refieren a las diferentes causas en la perspectiva que compartimos. No obstante opinamos que las diversas escuelas modernas de derecho, debieron denominar a la causa eficiente como *causa*, y a la causa fin simplemente como *finalidad*, creemos que esta bien marcada distinción en el nombre de cada una ahorra dificultades y confusiones en la comprensión de ambas.

La finalidad

Con lo dicho hasta aquí, debemos tener por establecida una verdad jurídica inobjetable: Todo aquel que contrata lo hace con un determinado fin. ¿Que sería de un contrato en el que alguna de las partes lo celebrara sin ninguna finalidad?.

La voluntad cuenta inescindiblemente con el elemento intencional, se presupone entonces con la voluntad, una finalidad; ¿cómo se tutela ese objetivo una vez que por medio de un instrumento jurídico se vuelca a la realidad social?. En el contrato, la finalidad es el objetivo trazado por los celebrantes que impacta en los fenómenos mundanales a través de esta norma jurídica de carácter específico. El contrato adquiere entonces imperio normativo para vigilar y cuidar aquello que los contratantes desean producir, y para lo que están dispuestos a contraer obligaciones voluntariamente en aras de lograr lo que tuvieron en miras y se propusieron como objetivo común.

Si bien las causas personales que llevan a las personas a contratar no conforman por sí solas el elemento causa del contrato, tampoco pueden desecharse de plano dado que son parte constitutiva de la finalidad como función volitiva, que de alguna manera queda fijada en el contrato incorporándose a su finalidad.

Ya se ha hecho mención de como el movimiento neocausalista de la mano de Capitant, que luego de las más enconadas discusiones, rescataba la expresión de causa en dos concepciones, denominándolas de forma variada como subjetiva y objetiva, o particular y general; nos remitimos para no redundar al capítulo correspondiente.

Hablamos de la causa final contractual como una estructura que no desdeña el dato psicológico; pero justo es entender que el contrato permite el juego de concordancia entre el interés propio, adecuado al interés común. Lo que busca cada uno en armonía con la búsqueda social. Es de toda lógica que el contrato plasme los fines de los celebrantes, a la vez que, como norma particular, contenga una finalidad social. De no ser así, se estaría contrariando el ordenamiento jurídico, cosa que ninguna norma, particular o general, puede permitirse.

En su tesis doctoral, *Soberanía y Crisis del Contrato*, Marco Aurelio Risolía apuntaba: “El fin implica la calificación del acto mismo y el juicio sobre su validez o invalidez”. “Se ha procurado dotar al intérprete de un instrumento que conduzca a la revisión del valor social, ético y jurídico de los actos”. “Si los contratos son actos jurídicos, deben tener un fin lícito y razonable”. Resulta del pensamiento del jurista, que la finalidad define lo ético. En el capítulo sobre el contrato de locación de cosa, el artículo 1559 del Código civil dice: “Si el locatario emplea la cosa arrendada en otro uso que al que esté destinada por su naturaleza o por el contrato, o si por un goce abusivo causa perjuicio al locador, éste puede demandar las pérdidas e intereses, y según las circunstancias la supresión de las causas del perjuicio, o la rescisión del arrendamiento”. Las sanciones que se leen en el resorte legal transcrito, en cuanto a las posibilidades de demandar que tiene el locador, le son otorgadas en la oportunidad que el locatario se salga de la finalidad a la que el contrato lo ha ajustado, que es el uso y goce de la cosa dentro de su marco de referencia.

Otro tanto sucede con el mismo contrato en el artículo 1503, que manda: “El uso para el cual una cosa sea alquilada o arrendada, debe ser un uso honesto, y que no sea contrario a las buenas costumbres, De otra manera el contrato es de ningún valor”. Véase que el fin de la parte queda regulado por la finalidad del contrato, que responde teleológicamente a las pretensiones jurídicas y sociales. Es decir que si el locatario tiene en miras un fin deshonesto al usar la cosa, la finalidad del contrato no se lo permite o en todo caso, lo hace pasible de ser sancionado con la nulidad, por faltar a los fines para los que el contrato fue creado.

Los ejemplos destacados en los párrafos precedentes provienen específicamente de la ley y dan marco legal al incumplimiento de los fines del contrato por una de las partes, presumiendo la intención de anteponer el fin subjetivo del celebrante a los objetivos del contrato. No obstante, puede suceder que el contrato se frustre por circunstancias ajenas a las partes, que hagan imposible el logro del fin que justifica su existencia.

En comentario de Eduardo Luis Gregorini Clusellas (*La Autonomía de la Voluntad y los Contratos*. Bs. As., junio 2005), recuerda que la coronación del rey Eduardo VII de Inglaterra, se realizaría el 26 de junio de 1902. Para presenciar el desfile callejero que acompañaría al nuevo monarca, se alquilaron ventanas y balcones. Eduardo enferma y debe someterse a una operación quirúrgica. El desfile se cancela, y la coronación se pospone hasta el 9 de agosto de 1902. Los tribunales ingleses consideraron improcedente el pago del alquiler (caso *Krell vs. Henry*), por carecer de uno de sus elementos esenciales, dado que al locatario le estaba impedido permanecer en el país en la última fecha fijada. De este evento proviene la famosa frase: “para alquilar balcones...”

Los magistrados interpretaron que de los tres elementos esenciales, el consentimiento se mantenía intacto desde la manifestación del acuerdo de los contrayentes. El objeto era el balcón y se encontraba a disposición del locatario el día 26 de junio, encarnando respectivamente, cosa y prestación. Lo que faltaba era aquello para lo que el contrato se había creado, el fin que estaba destinado a cumplir se había frustrado, presenciar la coronación. Por lo tanto, la justicia inglesa decidió que si el contrato no puede cumplir con los objetivos que justifican su existencia, el contrato no existe.

En este marco ideológico es donde se ha concebido a la causa fin como uno de los elementos esenciales del contrato, en tanto que su fracaso o ilicitud impiden la vida de la relación contractual.

Sustancia finalista

Hemos dilucidado que la finalidad es un elemento estructural del acto, por lo tanto imprescindible, en la medida que encarna su fundamento teleológico. El contrato se crea para lograr algo; ese algo es su causa fin, a la que podemos definir como la “Razon de ser del contrato”. Dicho de otra manera, la causa final es la Misión del contrato.

La finalidad del acto jurídico goza de una importancia científica tanto como práctica. Ejemplo de ello es el artículo 3841 del Código civil: “Los legados

pueden ser revocados, después de la muerte del testador, por la inejecución de las cargas impuestas al legatario, cuando éstas son la causa final de su disposición”. Véase que el legislador hace de las cargas el acto principal, si éste es la causa fin del legado.

El mismo juicio se emplea en los contratos. Cuando la donación es con cargo, el incumplimiento de éstos, habilita la revocación del contrato por parte del donante. En este tipo contractual, el cargo es la razón de ser de la donación.

Con diferentes mensuras, este principio rige para todo el universo contractual. La causa fin es el dispositivo direccional del contrato, su prescindencia implica que el acto celebrado no va hacia ningún lado, no tiene aspiración de logro; desde este punto de vista, el contrato no tiene razón de ser.

Metodología del Código civil

Nuestro legislador ha establecido un lineamiento metodológico en el tratamiento de las dos causas que ha incorporado a nuestra ley civil.

La causa fuente que se trata en el artículo 499 del código, es típica del hecho jurídico y es, a su vez, fuente generadora de las obligaciones que de él emanan. Estas obligaciones aparecen como producto directo del hecho jurídico, hemos dado oportunamente el ejemplo del accidente automovilístico. Estando el hecho desprovisto de voluntad, la responsabilidad imputada es extracontractual, con prescripción bienal de las acciones que le correspondan.

La causa final se encuentra regulada en los artículos 500, 501 y 502 que se comentan más adelante, dijimos que la intención demarca la presencia de un fin. Es el obrar voluntario el que engendra la obligación y ésta, recíprocamente, se fundamenta en la voluntad que la genera y no en el acto que la contiene. El acto es la expresión de la voluntad. Se verifica luego la responsabilidad contractual que surge de la actividad volitiva, con prescripción decenal.

El Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield compuso con el Código Civil una obra jurídica excepcional, a la vez que realizó con ella una estupenda hazaña intelectual. En lo extenso de todo su articulado mantuvo pensamientos coherentes en cada una de las figuras, a medida que entrelazaba unas con otras, para formar un cuerpo legal coherente, donde los elementos comunes responden en armonía, obsequiando al interprete una herramienta impregnada del más fino sentido común normativo. Toda figura es encarada desde sus elementos

básicos, pasando luego a legislar sus partes especiales con profundidad de estudio y rigor científico.

Se explica entonces, que la causa esté ubicada a comienzos del Libro segundo, Sección primera, Título uno: De la naturaleza y origen de las obligaciones, y desarrolle luego en bifurcación, acompañando al hecho jurídico en un sentido, y al acto jurídico en otro, hasta alcanzar el campo de Prescripciones sobre el final del cuerpo legal.

	MARCO JURÍDICO	CAUSA	RESPONSABILIDAD	PRESCRIPCIÓN
Causa Fuente (art. 499)	Hecho ilícito (art. 896)	Generador de obligación (art. 896)	Extracontractual	2 años (art. 4037)
Causa Fin (art. 500/1/2)	Acto jurídico (art. 944)	Obligación prevista, generada por la parte obligada. (art. 944)	Contractual	10 años (art. 4023)

Presunción, falsedad e ilicitud de la causa final en el Código civil

La causa fin se encuentra regulada en los artículos 500, 501 y 502 del Código civil. Sus fuentes principales son los artículos 1131 a 1133 del Código francés.

a) Presunción de causa: El artículo 500 dice: “Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario”. La disposición legal marca el tópico fundacional de la teoría de la causa, a la cual ya se ha aludido en este trabajo: es innegable que todo aquel que obra voluntariamente, lo hace con un fin determinado. No es sustancialmente diferente en el contrato, sólo algo más complejo, al punto que la causa subjetiva debe sumarse a la objetiva, que es la que en definitiva va a quedar reflejada en el contrato, y de la que hablaríamos al

referirnos a nuestro análisis del neocausalismo.

Dice Busso que la presunción es lógica porque “sólo de un demente cabe esperar que se obligue sin razón ni motivo”. También comentamos que Ihering manifiesta que “las personas racionales obran en virtud de perseguir conscientemente un fin o fines”. Estas afirmaciones son en sí mismas presuntivas, sabemos que las acciones voluntarias llevan consigo la búsqueda de aquello que quieren producir, las conjeturas sobre el resultado pueden ser ciertas o equivocadas, pero la búsqueda del fin es una realidad inescrutable, la persona no se hubiese puesto en movimiento de no habersele manifestado previamente el objetivo a alcanzar a través del acto. En otras palabras, la finalidad hace al acto. El pensamiento inverso a esta exposición es asimismo correcto: si hay acto, es porque la persona se propuso previamente alcanzar un fin, que en definitiva es la esencia del acto.

En España, el Tribunal de Casación se ha expedido sobre el particular, en jurisprudencia doctrinal, tan elocuente que nos ha resultado útil su cita: “Se rechaza que el contrato fuera simulado por no existir causa, ya que al no haberse acreditado tal falta de causa ha de presumirse su existencia. Al no haberse probado la inexistencia de la causa, debe aplicarse el artículo 1277 del Código civil, que presume su existencia. Además, hay que tener en cuenta que el artículo 1277 presume la concurrencia de causa y su licitud en los contratos, estando obligado quien lo niega a probar que existía otra o bien que ciertamente la causa no existía. El artículo 1277 del Código civil establece una presunción que desplaza la carga de la prueba hacia el que niega su existencia, lo que no ha ocurrido en este caso, permaneciendo, por tanto, incólume el contrato, puesto que el reconocimiento de deuda no es por sí mismo un contrato simulado (En la Villa de Madrid, a treinta y uno de marzo de dos mil seis. visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, recurso de casación interpuesto, por “BANCO C., S.A. ”, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Llorens Valderrama).

Especial atención requiere la lectura in fine de la transcripción, en donde los magistrados españoles dejan sentado que la causa en el contrato no está expuesta a prueba. En otras palabras: no hay que producir probanza sobre una categoría jurídica de la que se descuenta su existencia. Es de toda lógica entonces, que quien alegue oposición, cargue con el peso de la prueba.

b) Causa falsa: En el artículo 501 se lee: “ La obligación será válida aunque la obligación expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera”. Este artículo es tomado del Código de Luisiana (art. 1891). Hay enorme

similitud entre la figura anterior y ésta; pero aquí no hay ausencia de causa, sino que la presente no es la real. También aparece la presunción de otra verdadera, que deberá ser probada por quien alega tal falsedad.

En nuestra ley, lo dicho se aplica a la simulación relativa del artículo 955 y 956 in fine Código civil, siempre que sea lícita, es decir que no viole la ley o perjudique a un tercero, no puede anular los contratos.

No hay referencia al error en la causa principal del artículo 926, pues esta circunstancia engendra la invalidez del acto, pero el caso es sustancialmente distinto, ya que aquí hay una sola causa (ni falta, ni falsa), y ésta es equivocada.

c) Causa ilícita: El artículo 502 expresa que: “La obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto. La causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o al orden público”.

Dijimos antes que la causa fin es la “razón determinante” del contrato, la “misión que el contrato está destinado a cumplir”, aquello “para lo que fue creado”, si los actores celebran una convención cuya finalidad es ilícita, la sociedad va a poner empeño en la ilicitud del contrato a través del ordenamiento jurídico.

Claro que las sanciones que recibe el acto varían en su cuantía de acuerdo a las circunstancias a las que se supeditan, a la realidad económica y a la valoración jurídica del negocio. Sin embargo, las penas a las que aludimos no se relacionan con las típicas contractuales, que en general están producidas por los efectos de la convención. En su caso, el modelo de transgresión en estos actos es el incumplimiento; si alguna de las partes no cumple con la obligación a su cargo, no por ello dejará de haber contrato; antes bien, adquirirá trascendencia judicial por su incumplimiento, no por su inexistencia.

En cuanto al contrato, el fin ilícito conlleva la sanción de nulidad, vale decir, su inexistencia. Es posible invalidar el acto probando la ilicitud de su finalidad. La ilicitud de la obligación puede nacer de un hecho ilícito o lícito. En el primer caso, por ejemplo, dada la producción de un delito, el delincuente enfrentará por su culpa a la sociedad en los tribunales penales; pero a su vez, deberá resarcir al damnificado por el daño provocado, como resultado de su responsabilidad, mensurada en sede civil. La causa de la obligación en este caso tiene como fuente al delito que la hace nacer. Esta causa eficiente es de difícil verificación en los contratos.

Un modelo de causa ilícita contractual se halla en la locación de cosa inmueble en el artículo 1503 del Código civil, que ya se ha citado y que

volvemos a transcribir: “El uso para el cual una cosa sea alquilada o arrendada, debe ser un uso honesto, y que no sea contrario a las buenas costumbres. De otra manera el contrato es de ningún valor”.

Es vital la perspectiva del Dr. Jorge Zago, en el pormenorizado análisis que hiciera de la determinante presencia de la finalidad en el artículo 1503. En resumen, entiende el prestigioso jurista, que la causa es el elemento interno de cada una de las voluntades que integran el acto en los contratos bilaterales, es decir que en este tipo de contratos existen dos causas, que si bien son distintas e independientes, al haberse concluido el acto, se entrecruzan y prueban que ha existido acuerdo común de los otorgantes en una serie de puntos fundamentales, y como consecuencia de ello es necesario determinar en que medida cada una de las partes contratantes ha participado del fin ilícito para que el acto tenga causa ilícita.

En rigor de verdad, esto no es cierto. Las partes tienen sus propios y subjetivos fines y con ellos se acercan a la actividad contractual. En la época previa a su celebración se insertan en la etapa precontractual, que se forma por oferta y aceptación según el artículo 1144 del Código civil. Esta circunstancia es la antesala del contrato, donde las partes negocian cediendo y concediendo hasta alcanzar un acto que contendrá indudablemente sus aspiraciones subjetivas; pero ahora con causa propia del acto, que en el supuesto de ilicitud acarreará su nulidad.

Cada participante, siguiendo en esto al contractualista citado, asumirá responsabilidad frente a su contraparte, en la medida que haya hecho prevalecer sus propios intereses o fines en perjuicio de su cocontratante; pero, oponiéndonos al autor, el contrato genera una causa que le pertenece, y contiene las finalidades de cada parte, tanto como conlleva en sí mismo, los fines sociales en el que se halla inserto y del que el contrato como norma no puede renegar, recordemos a Capitant. Es esta causa fin, propia del acto, la que juega para la anulación del contrato

En el artículo 1503, el contrato deviene inexistente, no por lo que las partes individualmente quisieron, ya que en este caso se responderán entre sí; sino por el efecto nocivo que ese contrato produce en la sociedad, en cuanto a su razón de ser, para lo que fue creado. Si con el acto se afecta el modo de vida del grupo, sus valores en tanto que honestidad, el juez acudirá a la costumbre jurídica como fuente de derecho y el contrato habrá dejado de existir.

Padece la nulidad, no por los fines de cada uno de los contratantes, sino porque el contrato es un acto jurídico, y por lo tanto debe ser lícito, si no lo es porque la misión que está destinado a cumplir va en contra del orden

jurídico, soportará la nulificación y, aquí tomamos el punto de vista de Zago, con el contrato ya inexistente, las partes tendrán acciones entre sí, para determinar en que medida cada una de los contratantes ha participado, con sus propios fines ilegítimos, en la causa final ilícita del acuerdo.

En nuestra Ley civil encontramos diversos ejemplos de situaciones que hacen nulos a los contratos a los que se refieren, fundados en la finalidad ilícita, podemos citar y remitir a su lectura, los artículos 1626, 1659, 1661, 1891, 1912 y 2261 del Código civil

Objeto ilícito y causa ilícita

Ejemplificar por extremos es un recurso adecuado para generar el pensamiento que fácilmente permita diferenciar a la causa ilícita del objeto ilícito. Para ello ingresamos en el universo de los delitos, veamos:

Comprar un auto, una casa, un libro o droga configuran aparentemente contratos de compraventa, los tres primeros lo son, el último no lo es.

Pagar al abogado que lleva nuestro caso o pagar al juez que entiende en nuestro caso. El primero es un contrato complejo que va de la locación servicios al mandato, el segundo no es contrato.

Los dos últimos ejemplos de cada caso, la venta de droga y la entrega de dinero al juez, no sólo no son contratos, ni siquiera son actos jurídicos, porque su ilicitud es valorada por la sociedad como delictual, y el legislador, en respuesta a esta fuente material, la incorpora al ordenamiento como delito y le imputa una sanción penal.

Ahora bien, desde el pensamiento contractual podemos hacer el siguiente ejercicio: buscar donde está alojada la ilicitud en cada una de estas conductas. En el primer caso, compra venta de droga, cocaína para el ejemplo, no puede ser contrato porque lo que está prohibido es negociar con ese objeto, lo que está prohibido es la cocaína.

En el siguiente, entrega de dinero al juez que debe juzgarnos, no recae la prohibición sobre el objeto, el dinero en sí mismo no es ilícito. Lo disvalioso proviene de ¿para qué se entrega esa suma?, para torcer el criterio del juzgador a nuestro favor. El fin a conseguir con la conducta ilícita es lo que configura el delito.

Venta de cocaína	Ilícito	Hecho (No es acto)	Si fuese acto contrato Compraventa	Ilícitud en el objeto (droga)	Responsabilidad extracontractual
------------------	---------	--------------------	---------------------------------------	----------------------------------	----------------------------------

Entregar dinero al Juez	Ilícito	Hecho (No es acto)	Si fuese acto contrato locación de obra	Ilícitud en la causa (¿para qué se entregó dinero)	Responsabilidad Extracontractual
-------------------------	---------	--------------------	---	--	----------------------------------

Es así que en la venta de droga la ilicitud está en el objeto, y en la entrega de dinero al juez en la finalidad.

Más allá que los dos ejemplos responden al tipo penal, entendemos que podemos hallar la respuesta a por qué no son contratos, en la naturaleza del acto jurídico, bien que para ser tal debe necesariamente ser lícito. Si fuese ilícito, no es acto jurídico y, lógicamente, tampoco será contrato, se encuentre la prohibición tanto en el objeto como en la causa.

CAPITULO 10

LA FORMA EN LOS CONTRATOS

Los actos jurídicos requieren que la voluntad de las personas se manifieste en lo externo por algún medio. Ese curso de acción, elegido por el sujeto que lleva a la realidad la disposición del agente para producir el fenómeno, es la forma.

En cuanto a ella, los contratos responden a lo previsto para el acto jurídico por constituir una de sus especies. Va de suyo, que la lectura de los artículos 973 y 974 del Código civil es ineludible para entender la morfología de los acuerdos.

Clasificación formal de los contratos

Básicamente, los pactos admiten tres posibilidades para su contextura formal:

a) No formales; también llamados consensuales por la doctrina tradicional, aspecto éste que desechamos abiertamente en la inteligencia que todos los convenios lo son; por lo tanto, esta denominación no aporta un criterio de distinción atendible, sino que lleva a confundir la categoría con cualquiera de las que se mencionarán a continuación.

Estos contratos no están sujetos a forma alguna y pueden celebrarse adoptando un estilo meramente verbal. En rigor de verdad, en algunos acuerdos ni siquiera es necesario hacer uso del lenguaje; por ejemplo, aquellos para los que basta la entrega de la cosa objeto del convenio para contraer las obligaciones que del acto surjan. De allí, que hemos dejado de lado también esta etiqueta sostenida por alguna doctrina, por parcializar el ámbito de desarrollo de esta tipología, a la que preferimos llamar; contratos no formales o verbales.

b) Formales a los efectos de la prueba; esta forma es pretendida por la norma como parte de la prueba del contrato; la ley les ha asignado un formato determinado, pero no como condición de su existencia.

En los cursos de obligaciones se los distingue de los demás tipos como formales propiamente dichos; los romanos los catalogaron en una parcela formal, propia de los actos jurídicos, conocida como “*ad probationem*”. Más allá de la diversidad de títulos que se le han asignado en las diferentes épocas, entendemos que la denominación más adecuada para estos contratos es la de formales a los efectos probatorios.

Un ejemplo de este tipo de acuerdo lo da la ley 23.091 (de Locaciones urbanas), en su artículo primero, donde instituye que los contratos de

alquiler “...deberán formalizarse por escrito...”, la norma no pone ningún tipo de condición para el caso que las partes no den cumplimiento al modo prescripto. Así, el contrato no perderá su carácter de obligatoriedad, aunque los estipulantes no se hayan ajustado a lo exigido por la normativa.

c) Formales solemnes; en Roma fueron los actos con mayor rigidez formal; las obligaciones así construidas adquirirían un rigor típico de las formas “*ad solemnitatem*”.

Esta severidad en la confección de los contratos se extiende hasta hoy en algunos de ellos; cada vez son menos los convenios atados a tales firmezas, ya que la tendencia en la especialidad es la libertad formal.

Las exigencias legales referidas a las solemnidades no pueden ser eludidas por las partes contratantes por constituir ellas imperativos de orden público. La forma, en estos casos, es requisito esencial para la existencia del contrato y su desatención acarreará la tacha de nulidad del pacto.

Los artículos 1810 y 1454, referidos respectivamente a la donación de bienes inmuebles y al contrato de cesión, son ejemplos notables del segmento formal en explicación. En ambos resortes legales se ordena la guarda de una determinada forma con el acápito “*bajo pena de nulidad*”. Significa que, en estos casos, la forma es un imperativo de orden público, y su no cumplimiento, consecuentemente, implicará que el acuerdo devenga nulo, ya que el formato requerido por la normativa es condición de existencia del contrato.

Libertad de forma

La libertad de forma es uno de los principios que da basamento a la concepción moderna de la actividad contractual. La evolución que experimentó la especialidad, desde los romanos hasta nuestros días, puso a los acuerdos a recorrer un camino que comienza en los tiempos del derecho latino, bajo la firme creencia que las formalidades preservaban las estipulaciones en las convenciones durante la vida del contrato y más allá de su extinción.

Nuestra legislación se encolumna en el derrotero evolutivo señalado. El artículo 973 enumera, en términos generales, los tipos formales que se aplicarán, según corresponda a cada figura, a saber: “la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar”. La utilización de los diferentes formatos dependerá del objeto a conseguir y del derecho que, en su consecuencia, se quiera crear, modificar, transferir o extinguir.

El siguiente, 974, anuncia la libertad de forma, la promulga y, desde allí,

la propaga a todas las obligaciones posibles contraídas voluntariamente. Lo hace de la siguiente manera: “Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes”. Es evidente que el codificador marcó como excepciones las figuras en que se deben seguir las prescripciones imperativas en cuanto a forma; dejando una amplia zona de libertad para los contratos que se realicen sin guardar forma alguna o en instrumento privado.

Método del Código civil

La ley civil divide el tratamiento de la forma en tres segmentos que, si bien se encuentran en capítulos bien diferenciados, guardan una relación estrecha entre sí para la comprensión y aplicación del particular.

Con notable técnica legislativa, Vélez ingresa en el tema a partir del artículo 973, bajo el título de las formas de los actos jurídicos.

Retoma el contenido en la forma de los contratos, a partir del artículo 1182, generando con ello una parte general en la especialidad.

Finalmente, particulariza el aspecto formal de cada acuerdo al focalizar las diferentes regulaciones individuales.

El artículo 1182, reenvía desde la parte general de los contratos a lo estipulado a partir del art. 973. Luego, en lo que respecta específicamente a cada convenio, el legislador se ajusta a lo normado en los dos tramos anteriores; haciendo gala de la utilización de un método sólido y riguroso. Por ello va a regular la forma en el contrato de donación en los artículos 1810, 1812 y 1813; en el oneroso de renta vitalicia en el 2071; en la cesión de créditos en el 1454; en la fianza en el 2006, en el mutuo en el 2246; en la sociedad civil en el 1662.

Con la misma inmovible metodología, el Código civil reza en el artículo 977 que, “Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente”. La transcripción anterior tiene lugar dentro del tratamiento general de los actos jurídicos. Luego, en el artículo 1183, donde se le da tratamiento a las formalidades de los contratos, la ley dice; “Cuando la forma instrumental fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciera de otra forma”. Nótese la estructura metódica de la técnica legislativa utilizada, dado que de un sector de la ley a otro, que implica la regulación de la figura contractual. el codificador no se aparta de la línea de razonamiento que

viene trazando en cuanto a la forma de los actos jurídicos, después de las obligaciones y finalmente, de los contratos.

Entendemos que la norma hace una referencia indiciaria; ya se ha explicado que la única forma que no puede desecharse es la prescripta como solemnidad, porque constituye un elemento esencial particular del contrato. Las demás son intercambiables en el sentido que si se ha ordenado la realización de un convenio en instrumento privado, podrá confeccionarse sin obstáculos en instrumento público, de la misma manera que, si no se lo ha ordenado “bajo pena de nulidad”, será factible la creación meramente verbal del acuerdo, constituyendo su existencia un problema de prueba y no de forma.

Carencia de forma

Las ventajas de guardar la forma en los contratos pueden sintetizarse con el siguiente detalle: facilita la prueba del pacto; protege a los contratantes de obrar con ligereza o precipitación en contratos trascendentales (donación de bienes inmuebles o cesión de créditos); otorga certezas sobre la conclusión del negocio; posibilita la protección de derechos de terceros (registro del contrato en el registro correspondiente); aumenta la capacidad circulatoria de ciertos derechos creditorios (títulos al portador). En contrapartida, la rigidez de forma acarrea desventajas en los acuerdos: despoja de agilidad a las transacciones lentificando la circulación de bienes y servicios; se corre el riesgo que por su omisión o defecto el acto sea inválido; adiciona costos al contrato.

Entre las alternativas expresadas en los párrafos precedentes, la evolución parece haberse inclinado hacia la segunda. El codificador ya había tomado posición al respecto; el artículo 974 enuncia: “Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes”.

Continúa la ley con la misma línea argumental en el encuadre de los instrumentos privados, artículo 1020, donde se plasma idéntico fundamento: “Para los actos bajo firma privada no hay forma alguna especial. Las partes pueden formarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes”.

Como ya se dijera, salvo las solemnidades, la elección de formas queda librada a la decisión de los celebrantes. Esto es una propensión que tiene origen en los albores del Código civil, acentuándose con el transcurso del tiempo y que, pronosticamos, se profundizará en el futuro.

La carencia de forma es un proceso posmoderno que se va apropiando de la especialidad. Se encuentran pocos casos de solemnidades contractuales, a decir verdad cada vez menos, circunstancia que reafirma nuestra sospecha sobre la existencia de la tendencia que se acaba de exponer. En cuanto a las otras clases de formas, ya se ha dicho que configura un problema de prueba, independientemente del formato que se le haya dado al contrato.

La forma de los contratos entre presentes y entre ausentes

Dilucidar la jurisdicción de las formas contractuales ha marcado una diferenciación con el acto jurídico y con las obligaciones, ya que éstos no requieren que la normativa se detenga a regular el detalle jurisdiccional. Desde este ángulo, la perspectiva formal del Código se ha dividido en dos, ya sea que el pacto se realice entre presentes o entre ausentes.

En el primer caso, el artículo 1180 dice que “La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido”. La utilización que hace la ley del término “concluido” en su parte final, no es feliz. No se refiere a la culminación del contrato, es decir, al cumplimiento de las obligaciones que contiene; sino al lugar en que se ha llevado a cabo el acuerdo. Culminar, aparece en el precepto legal como sinónimo de celebrar.

El artículo siguiente enfoca el otro segmento de interpretación, contrato entre ausentes. Si sólo una de las partes ha firmado el instrumento particular; la forma será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha; por lo que, tal dato aparece como regulador del formato adoptado para la confección de las estipulaciones.

Ahora, si el mismo documento fue firmado por diferentes partes intervinientes en el pacto, o realizado por medio de agentes o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato.

La escritura pública según regulación del artículo 1184-Boleto de compraventa inmobiliaria

La dirección evolutiva señalada en el acápite anterior se ha patentizado en la modificación del artículo 1184, cuyo extenso texto se mantuvo como fue creado, salvo la pérdida de la expresión “*bajo pena de nulidad*” en el primer párrafo. La supresión de estas cuatro palabras ha provocado un sustancial cambio en los efectos de las figuras contenidas en los incisos que el artículo

detalla a continuación de la citada frase. Todas ellas se encontraban bajo el régimen de las solemnidades; luego de la mutación instaurada por la ley 17.711, la escritura pública pasó a ser un requisito requerido al sólo efecto probatorio para cada supuesto comprendido en dichos apartados.

Va de suyo, que en once incisos no podía dejar de aparecer alguna contradicción, como han señalado algunos autores al estudiar el quinto, donde la reforma pone al contrato de renta vitalicia en situación de informalidad optativa a favor de los estipulantes. Luego, en el artículo 2071 primera parte, puede leerse que: “El contrato oneroso de renta vitalicia no puede ser hecho, pena de nulidad, sino por escritura pública...”; vuelve aquí la solemnidad que debe guardarse para la realización de este convenio como condición de su existencia.

Nosotros no vemos la contradicción que la teoría tradicional ha señalado, sino que entendemos que el artículo 2071 se encuentra inserto en el capítulo que específicamente trata el acuerdo citado, mientras que el 1184 está en la parte general de la especialidad. Por lo tanto, invocando principios del derecho privado, debemos concluir que aquel es norma especial en relación a éste; lo que arroja como resultado el carácter solemne de la renta vitalicia como rasgo inescrutable y necesario de esta figura.

Por otra parte, en el inciso tercero del 1184 se reseña que ya no son solemnes “los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones”. El doctor Alterini analiza en detalle la palabra de la ley, arribando a la siguiente conclusión: “Toda sociedad civil debe ser constituida por escritura pública...”. Discrepamos abiertamente con el gran jurista argentino fundamentando nuestra posición en el artículo 1662 del Código civil, que reza: “El contrato de sociedad puede ser hecho verbalmente o por escrito, por instrumento público, o por instrumento privado, o por correspondencia. La prueba de él está sujeta a lo dispuesto respecto a los actos jurídicos, El valor del contrato será el de todo el fondo social para la tasa de la ley”. El tenor del texto transcrito fortalece nuestra posición. Entendemos que no se ha prescripto la escritura pública como condición de existencia para la conformación de la sociedad civil. En todo caso, la confección o no de este tipo instrumental para dar nacimiento al contrato implicará una cuestión de prueba, pero de ninguna manera será un obstáculo iniciático que las partes hayan decidido la no adopción de dicha forma, ya que se encuentran autorizados a desecharla, según la redacción del 1662 citado líneas arriba. En otro punto del complejo entramado que plantea la extensa redacción del 1184, más precisamente en el primer inciso, se ha legislado: “Los contratos

que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro”.

Repárese en el punto de inflexión que ocasionó la reforma del párrafo que inicia el artículo y que se encuentra en inmediata antelación al apartado transcripto; con la eliminación del enunciado “bajo pena de nulidad”, los convenios sobre la transmisión inmobiliaria debían realizarse por escritura pública indefectiblemente, ya que su omisión nulificaba el contrato. Con posterioridad a la modificación operada por la ley 17.711, la forma exigida normativamente perdió los efectos solemnes, indicándose desde allí, sólo como recaudo probatorio.

La precisión aportada por la actualización de la ley civil no deja lugar a discusión sobre el fondo de la cuestión. Todo contrato contiene obligaciones que las partes asumen en el acto de celebración. En el caso de los inmuebles uno de los concurrentes toma a su cargo el deber de entregar la cosa y el otro el de pagar un precio cierto. En dicho momento, las partes no tienen necesariamente que hacerse entrega de los objetos de cada obligación, sino que se comprometen a cumplirlas según cláusulas contractuales, en virtud de tratarse de un pacto consensual. Aquí es donde se contraen las obligaciones y se establece el vínculo convencional, dando nacimiento en simultáneo a los derechos personales que correspondan a las cargas obligacionales comprometidas.

La norma creada de esta manera por los estipulantes recibe el nombre de boleto de compraventa y tiene por objeto distribuir derechos y deberes contractuales, sus oportunidades de cumplimiento y las sanciones en caso de reticencia.

En razón de lo enunciado en los párrafos precedentes, es que encuentra cimientos el artículo 1185: “Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública”. Sin embargo, se hace imprescindible la articulación de este resorte legal con el 1187: “La obligación de que habla el artículo 1185 será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses”.

Entendemos que, una vez asumidas las obligaciones en el boleto de compraventa, y luego de cumplidas; la escrituración de la que da cuenta el 1185 queda caracterizada como una obligación de hacer en los términos del artículo 1187, y el vendedor resistente puede ser demandado “...*bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses*”. Si bien esta penalidad ya no existe como cierta, la denuncia prosperará con otro objetivo, el que será tratado más adelante, en el subtítulo “Juicio por escrituración”.

Expuestos que han sido los puntos relevantes del artículo 1184, resta decir que los demás incisos, fuera de los comentados, no responden a figuras contractuales, por lo que su estudio y análisis debe efectuarse en los textos que traten las correspondientes especialidades.

Juicio por escrituración

Al estudiar el boleto, el doctor Alterini señala diversas concepciones; una de ellas, con la que nos identificamos, determina: “El boleto de compraventa es el contrato de compraventa, y la escritura pública resulta un requisito formal que sólo concierne al modo de adquirir el dominio, con independencia de la compraventa en sí”. Obviamente, el gran maestro no es quién ha forjado esta idea; otros autores, a los que él mismo cita, ya se encolumnaban detrás de ella, Spota, Borda, Llambías, Morello, Bustamante Alsina, Mosset Iturraspe.

Para esta estructura de pensamiento, que sostenemos, el boleto no es un precontrato, ni una promesa de compraventa, es el acuerdo propiamente dicho. Quién participa en un boleto como vendedor, ha vendido a través de ese instrumento; asimismo, el comprador ha comprado en el mismo acto contractual. La escritura deberá otorgarse como consecuencia y en respuesta a la naturaleza del objeto sobre el cual se realiza el convenio.

Quienes transaccionan sobre la titularidad de un inmueble, quedan obligados a la confección escritural, simplemente, porque esa es la manera en que se efectúa la transmisión de dominio inmobiliario; es la única forma en que se constituyen los derechos reales. En este orden de cosas, la mención a la escrituración posterior, no es necesaria en el boleto, aunque es costumbre hacer constar esto en una cláusula contractual. Ciertamente, quién vende una casa expresa tácitamente su intención de realizar todos los actos conducentes a la concreción de su obligación para la satisfacción plena del derecho de la contraparte.

Zago y Garrido rememoran en su obra los inconvenientes que atravesó

la interpretación judicial previa a la unificación de criterio. Narran estos autores que el alcance de la comprensión de los artículos 1184, 1185 y 1187 generó conflagraciones doctrinales y judiciales; ya que si el vendedor se mostraba reacio a extender la escritura pública, el contrato debía resolverse, con más la estimación de intereses y pérdidas.

Si bien era ésta la línea argumental mantenida en los decisorios en los albores del siglo XX, en autos “Fessia c/ Del Valle” (JA-T.9-pág. 391) el dr. Alfredo Colmo, con voto en disidencia, propiciaba la inteligencia opuesta a la mayoría, Los escritores citados reseñan lo expresado por el jurista: “Estoy plenamente conforme con lo esencial del voto que precede (haciendo referencia al voto del doctor Pera). No lo estoy con lo relativo a los daños y perjuicios que se imponen contra el vencido para el caso que éste se niegue a escriturar”. Para continuar: “Cuando en el artículo 1187 se habla de daños e intereses, es seguramente porque se alude a la situación en que el cumplimiento es imposible (lo prometido en venta ha salido del poder, o se ha perdido o destruido; o bien el comprador es insolvente). Es así como en mi interpretación no se convierte el precepto en letra muerta, pues rige en lo que le es propio. En cambio, con la interpretación que combato, se lo antinomiza inexplicablemente con lo que es tesis de fondo en el Código y se rompe toda la armonía legislativa de éste”. “Conste, por lo demás, que ese artículo 1187 no establece una obligación contra el acreedor perjudicado por el incumplimiento. Dispone que éste podrá pedir los daños e intereses. No veo, entonces, como se subvierten las cosas y se haga una obligación de lo que es todo un derecho. El acreedor pulsa la situación, para apreciar qué es lo que le conviene: si pedir la escrituración o recurrir al subsidio de los daños. Cuando pide la escrituración se requiere toda una octava maravilla de dialéctica o de otra cosa, para que se pueda decirle que sólo tiene derecho a los daños”.

El revolucionario enfoque del Dr. Colmo y su vigorosa toma de posición se producían en el año 1920; sin embargo, el devenir de los decisorios judiciales continuó con la tradicional orientación. Es así que, dada la resistencia del vendedor a escriturar, el contrato se resolvía con la sola indemnización por daños y perjuicios a favor del comprador.

Así las cosas, durante los treinta y un años siguientes la controversia entre la aplicación de un criterio u otro fue notable. En 1951 la Cámara civil, llamada a plenario en “Cazes de Francino, Amalia c/ Rodríguez Conde, Manuel” (LL-T.64-pág. 476), manejó una moderna mirada basándose en que quién adquiere a título oneroso un inmueble no compra un derecho de indemnización; su esperanza de ser propietario descansa en la confianza

que, a través del contrato del que forma parte, sus expectativas le serán colmadas íntegramente por la contraparte vendedora. El plenario determinó, en consecuencia, que: “En el supuesto de que en juicio ordinario por escrituración de compraventa voluntaria de un inmueble proceda la condena a escriturar, puede el juez firmar la escritura si no lo hace el obligado”.

Si bien la jurisprudencia quedó unificada a partir del comentado fallo plenario, el razonamiento judicial se incorpora a la ley de forma, bajo el título “Cónvena a escriturar”, con el artículo 512 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; “La sentencia que condenare al otorgamiento de escritura pública, contendrá el apercibimiento de que si el obligado no cumpliera dentro del plazo fijado, el juez la suscribirá por él y a su costa. La escritura se otorgará ante el registro del escribano que proponga el ejecutante, si aquél no estuviere designado en el contrato. El juez ordenará las medidas complementarias que correspondan”.

En la actualidad, la concurrencia jurisprudencial y legislativa, le asegura al comprador que la suscripción del boleto no lo coloca en riesgo de culminar indemnizado por la reticencia del vendedor a otorgar la escritura pública. Muy por el contrario, pone a su disposición armas conducentes a obtener la propiedad por la que se incorporara inicialmente al contrato de compraventa.

Oponibilidad del boleto en la quiebra

La ley 17.711 agregó al capítulo de forma de los contratos el artículo 1185 bis, corregido inmediatamente por la 17.940. La resultante de reforma y corrección, es: “Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio”.

Antes de la modificación legal, los jueces ya venían decidiendo con similar criterio al que aplicarían después, pero ya con mandato legal: 12 Cfr. Cámara Civil de Bs.As., en fallo anterior a la sanción de la ley 17.711: Corresponde autorizar al síndico a firmar en nombre del concurso civil del vendedor la escritura traslativa de dominio del inmueble a favor del cesionario del comprador, previo pago de los créditos de los acreedores inhibientes que inscribieron las inhibiciones con anterioridad a la cesión del boleto (CNCiv., Sala A, Abril 7/ 1967). ED, 23-345. Por su parte la SC Bs.As., antes de la ley

17.711 se pronunciaba sosteniendo que: El vendedor concursado civilmente está obligado, a través de los órganos correspondientes - la sindicatura, el liquidador o, en caso, el juez- a otorgar escritura traslativa de dominio al titular de un boleto de compraventa, por el suscripto, que ha pagado la casi totalidad del precio y que se encuentra en posesión del inmueble afectado al sistema de propiedad horizontal (SC Buenos Aires, Octubre 15/ 1968). ED, 25-691.

Surge de los autos citados que, en tiempos anteriores a la reforma, el adquirente de buena fe de un inmueble, que hubiese realizado pagos sustanciales en razón de la operación, era valorado por el juez de la quiebra del comprador con un privilegio que lo diferenciaba de los demás acreedores. Téngase presente que dicha valoración por parte del órgano jurisdiccional era integral, ya que el concepto de buena fe tampoco existía en la normativa argentina.

Hoy el comprador que haya firmado boleto y se encuentre en período de escrituración, tiene la posibilidad de sustraer el bien objeto del contrato de compraventa de la quiebra del vendedor, siempre que haya abonado, a la firma del acuerdo, un monto superior al 25 % del valor total del inmueble. Para lo cual debe ser adquirente de buena fe, no hallarse en connivencia con el enajenante, desinteresarse a los acreedores que hayan embargado dicho bien en fecha anterior a la operación de venta; y abone el resto del valor total del contrato.

El juez de la quiebra, ordenará al Registro de la Propiedad del lugar donde esté asentado el inmueble, la inscripción a nombre del originario comprador, a quién pondrá a cargo de las costas y gastos que acarreé dicha operación.

Rigidez de forma por voluntad de las partes

El artículo 1186 se ha prestado en su aplicación a las confusiones más inverosímiles que puedan pensarse. Dice lo siguiente: “El artículo anterior no tendrá efecto cuando las partes hubiesen declarado en el instrumento particular que el contrato no valdría sin la escritura pública”.

Cuando se lee en ordenamiento numérico el Código civil, se encuentra el artículo 1185, luego el 1185 bis, y posteriormente el 1186 que se está comentando en este acápite. Si bien las disposiciones se presentan organizadas y coordinadas numéricamente, este orden no es cronológico. El primero y el último de los artículos son originarios; el del medio es una introducción que efectuó la ley 17.711 en el año 1968.

Por lo tanto, para interpretar correctamente el 1186 transcripto, hay que

retrotraerse a la redacción primaria del Código y eliminar mentalmente el artículo 1185 bis; ya que el 1186, que no fue modificado, no podía referirse a éste, simplemente, porque no existía. Por lo dicho, y a riesgo de ser redundante, el artículo 1186 se refiere, exclusivamente, al 1185, y no al 1185 bis, que otorga al comprador la posibilidad de sustraer de la quiebra el bien inmueble como parte compradora en el boleto y cuyos detalles se explican en el apartado anterior.

Por otra parte, cuando el legislador expresa en el cuerpo de lectura del precepto legal transcrito que, deben hacerse los contratos en escritura pública si las partes han declarado en el instrumento particular que no va a ser válido sin la confección de aquel documento; se mantiene el codificador lejos de transformar en solemne cualquier convenio que la ley no haya dispuesto imperativamente que lo sea.

Se ocupa él mismo de dejar claro lo expuesto en el párrafo precedente en la nota pertinente; “La cláusula por la cual las partes convengan en consignar sus convenciones en un acto bajo forma privada o de que consten por escritura pública, no hace depender la existencia de ellas del cumplimiento de estas formalidades en los contratos en que las leyes no las exigen. Una cláusula de esta naturaleza debe en general ser considerada, como que sólo tiene el objeto de asegurar la prueba de la convención a la cual se refiere”. Por lo expuesto, entendemos que el método que utiliza el Código civil para el tratamiento de la forma en los contratos, es de un rigor científico notable, en la medida que guarda una relación coordinada y organizada sistemáticamente con la regulación de las formas del acto jurídico, en la parte general del derecho civil y luego en las obligaciones, en sus dos aristas, general y especial.

CAPITULO 11
VICIOS DE LOS CONTRATOS

Vicios de la voluntad y de la buena fe

El Código civil no ha dedicado un capítulo especial para el tratamiento de los vicios de los contratos; el legislador optó por incluirlos en el título del consentimiento contractual. Dedicó escasamente tres artículos al tema, pero, lejos de la aparente austeridad legislativa, comienza remitiendo, en el artículo 1157, al extenso desarrollo de la manera que hiciera en el título *De los hechos*, dejando sentado que lo allí regulado es de aplicación para todos los contratos.

En el 1158 se prescribe que “el derecho de anular los contratos por vicios del consentimiento, corresponde a la parte que los hubiere sufrido, y no a la otra parte, ni al autor del dolo, violencia, simulación o fraude”. La expresión utilizada es equívoca, ya que ninguno de los participantes en un contrato puede anular por sí solo el convenio, esto es facultad del órgano jurisdiccional; no obstante, damos por entendido que la referencia alude al efecto que los vicios provocan en los pactos, y que sólo está legitimado para denunciar quién lo haya padecido.

No hay dudas que, para que esto suceda, el vicio debe ser probado por quien lo exija; de lo contrario, la tacha de nulidad solicitada no prosperará y el solicitante cargará con las consecuencias que le acarreará la denuncia infundada.

No obstante, según el artículo 1159, no se podrán pedir nulidades por vicios, cuando éstos se hayan convalidado por el que los padeciera, después que hayan cesado, o cuando conociese las causas de ellos y continuase en la relación contractual.

Los vicios son defectos congénitos del acto que lo hacen susceptible de invalidación. Originalmente se legislaron cinco vicios en derecho privado, a saber: error, dolo, violencia, simulación y fraude. Luego, la ley 17.711 incorporó la lesión en el artículo 954.

Por la manera en que se configuran y por sus efectos, han quedado divididos en dos grupos de tres cada uno. Son vicios de la voluntad el error, el dolo y la violencia; así lo interpreta Vélez en la parte final de la larga nota que supo plasmar por debajo de la que corresponde al artículo 943. Por otra parte, la simulación, el fraude y la lesión son vicios de la buena fe.

Pero más allá de esta fina disquisición, todos afectan al acto jurídico y deben probarse, ya que no pueden presumirse, dado que encontrándose debidamente acreditados en juicio, su consecuencia será la nulidad del contrato.

La presencia indispensable de la voluntad hace del contrato un acto jurídico, este es el dato más representativo de la figura y su ausencia conformará la

inexistencia del negocio jurídico.

La voluntad tiene un componente integrado por los siguientes elementos: discernimiento, intención y libertad, los cuales deben verificarse indefectiblemente en el acto volitivo; la desaparición de cualquiera de ellos destruirá el acto por falta de voluntad.

Los vicios de la voluntad son llamados así porque afectan de manera individual a cada uno de los elementos que la componen. La persona que frente a un acto determinado no puede distinguir lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito, lo que le es conveniente de lo que no lo es, tiene enormes probabilidades de cometer un error en la elección del acto que va a otorgar. Aquel que es engañado en lo que supuso la consecuencia del acto celebrado y participa de un evento que lo lleva a conseguir todo lo contrario de lo que quería, ve dañada su intención. Quién es obligado a llevar a cabo un convenio por actos de violencia manifiesta (la firma compulsiva de un contrato lograda a punta de pistola), ve restringida su libertad.

El error afecta el discernimiento, el dolo a la intención y la violencia a la libertad; el resultado en cualquiera de estos tres supuestos es la total pérdida de voluntad a manos de uno de estos vicios, con la consecuente nulidad del contrato.

Los vicios de la buena fe son los llamados propios del acto jurídico; cada uno de ellos connota una afección directa sobre la buena fe de la contraparte o de terceros. Así, el contratante puede efectuar un acto y estar simulando otro que no se manifiesta. Transmitir sus bienes hasta alcanzar un estado de insolvencia en fraude de sus acreedores. Aprovecharse de la inferioridad jurídica del otro con el fin de obtener más de lo razonable en un negocio determinado, lesionando el patrimonio de quién no contó con la posibilidad de comprender la magnitud del negocio que estaba otorgando.

El vicio no es sobreviniente al convenio, sino que se presenta al nacer el acto; es un defecto congénito del contrato susceptible de motivar su invalidez.

Se genera por la actividad de una de las partes, situación que diferencia a los vicios de cualquier contaminante sobreviniente, como por ejemplo, la imprevisión, donde los celebrantes no realizan actividad alguna conducente a invalidar el contrato.

Error

El vicio de error puede ser de hecho o de derecho. El error de derecho es el que una persona tiene sobre las normas legales aplicables al acto que se

realiza “*error juris nocet*”.

Nuestro sistema está signado por el principio “*ignorantia vel error iuris non excusat*” (el error de derecho no es excusable); la rigurosa aplicación que el axioma encontró en Roma obedecía a que la ley se enseñaba a todas las personas como parte del proceso general educativo. Por lo tanto, las conductas contrarias a derecho, alegando el agente su desconocimiento, no podían ser dispensadas. Solo se consentía el error de derecho cuando la contravención era insignificante y la autoría correspondiera a una mujer o un rústico.

Este tipo de error es aplicable al desconocimiento de las normas. Conforme al artículo segundo del Código civil, las leyes son obligatorias luego de su publicación y desde el día que ellas determinen; si no lo hacen, lo serán después de transcurridos ocho días de su publicación oficial.

Siguiendo nuestra legislación las líneas trazadas por el derecho latino, no es factible alegar desconocimiento legal para evitar responsabilidades. La metodología del Código civil sostiene este principio en la elipse trazada entre el artículo 20 en la parte general del derecho privado y el 923 en el capítulo donde trata los vicios.

El error de hecho radica en las circunstancias o elementos del acto. La nota al 923, en cita a don Federico Carlos de Savigny, expresa que “La noción exacta de una cosa puede faltarnos, ya porque no tengamos ninguna idea, o ya porque tengamos una falsa idea. En el primer caso hay ignorancia, en el segundo error. La apreciación jurídica de estos dos estados es absolutamente la misma, y desde entonces es indiferente emplear una y otra expresión. Los jurisconsultos han adoptado la segunda, porque, respecto a las relaciones de derecho el error se presenta más de continuo que la simple ignorancia”. En este orden de ideas, no se efectúa diferenciación alguna entre ignorancia y error, ambos quedan contenidos por el último de estos conceptos.

El error de hecho se presenta de tres formas; error obstáculo o radical, que destruye absolutamente la voluntad; error esencial, que no impide la formación del acto, pero da lugar a la nulidad solicitada por quién sufre la consecuencia del vicio; y el error incidental o accidental, que es irrelevante para el contrato. Es dable mencionar que Vélez incluyó los errores bajo la única clasificación de esenciales.

El error radical se encuentra regulado en los artículos 924 y 927 del Código civil. El primero de ellos indica el error sobre la naturaleza del acto y surge cuando el contratante otorga un pacto en la creencia que se está realizando otro; por ejemplo, si estoy prestando una cosa y el otro entiende que la estoy donando, probado el error, no se ha efectuado ni uno ni otro contrato.

De la misma manera, el artículo 927 exhibe el error en el objeto; de raigambre latino donde recibió el nombre de error in corpore. Se verifica cuando se confunde la individualización sobre la cosa contratada. Se quiere entregar una cosa y se designa otra diferente; el convenio no es válido ni respecto de la una, ni respecto de la otra.

El error en el objeto puede experimentarse con respecto a la cantidad, extensión o suma de la prestación a cumplir, circunstancia que deberá apreciarse en cada caso.

El error en la naturaleza del acto y en el objeto son modelos de error obstáculo o radical ya que, debidamente probados, derivan en la destrucción total de la voluntad, arrojando como resultado la nulidad del contrato.

El error esencial se encuentra en los artículos 925 y 926, no destruye la voluntad como en los casos expresados en los párrafos inmediatos anteriores, pero hace anulable el contrato si no se lo subsana.

El 926 habla del error en la causa principal del acto, es decir, de uno de los elementos esenciales del contrato, para su estudio remitimos al capítulo que trata el particular; pero no podemos dejar de señalar que la única causa relevante contractual es la final.

El artículo refiere el yerro en la finalidad buscada particularmente por los celebrantes y generalmente por el convenio. En la nota respectiva, citando a Marcadé, puede leerse que la causa principal es el objeto que nos propusimos en el acto, haciéndolo conocer a la otra parte, entendiendo nosotros que el término objeto es utilizado aquí en el sentido de objetivo y no en la referencia al error in corpore del artículo 927.

Es de toda obviedad que, si las partes han contratado en pos de un fin determinado y el pacto apunta a otro diferente, el contrato encontrará un motivo de nulidad.

El artículo 925 dice que es error esencial el relativo a la persona con la cual se forma la relación de derecho. Este tipo de error reviste las formas más variadas, apareciendo en general como un tipo de yerro débil para provocar la nulidad del acuerdo.

Desde luego que en el muy específico caso en que el error provenga de lo previsto en el artículo 498 del Código civil, en cuanto a que el obligado deba cumplir actos que le son inherentes a su persona, la imposibilidad de hacerlo, por su muerte o incapacidad por ejemplo, motivará la nulidad del acto. El doctor Borda se refería al supuesto cuando se contrataba a un pintor o un cantante determinado para la realización de una obra artística y éste no podía realizarla, la nulidad del pacto aparece como innegable.

No obstante, rara vez este vicio se presenta de esta manera. En general la

persona del obligado es reemplazable; si se contrata a una empresa para que pinte una casa solicitando los servicios de un especialista indicado y el día de cumplimiento el experto ha renunciado a la compañía de pintura, la empresa puede enviar a otro. El acreedor no podrá denunciar el contrato por error en la persona y trasladar las cargas a la obligada, ya que ésta está dando cumplimiento a lo convenido en tiempo y forma. Sólo tendrá acción por las consecuencias de la obra mal realizada, una vez que tal circunstancia sea comprobable, para lo cual los trabajos deben hallarse en plena ejecución o haber finalizado.

El error accidental es aquel que no afecta al contrato, el artículo 928 comienza diciendo que “el error que versare sobre la calidad accidental de la cosa, o sobre algún accesorio de ella, no invalida el acto, aunque haya sido el motivo determinante para hacerlo...”. Este clase de yerro puede obedecer a un sin número de factores, los más comunes son las cuestiones de forma plasmadas en los instrumentos que albergan a los contratos, algún número expresado incorrectamente en las cantidades, o precios o documentos personales, cuando estos son fácilmente comprobables por los hechos. Este tipo de error no contamina al contrato y sus efectos se mantienen como en cualquier acuerdo sano.

La segunda parte del 928 construye tres excepciones a la incidentalidad del artículo: “...a no ser que la calidad, erróneamente atribuida a la cosa, hubiese sido expresamente garantizada por la otra parte, o que el error proviniese de dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error, el acto no se habría celebrado, o cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, o cualquier otra circunstancia tuviesen el carácter expreso de una condición”.

Alterini critica la inclusión del citado segundo párrafo: “se ha discutido que estos actos constituyan excepción a al regla de irrelevancia del error accidental, pues se trata de causas de resolución del contrato (no de invalidez por error), de dolo (no de error), o del juego de la modalidad condicional (y no, tampoco, de error)”.

La primera excepción refiere al obligado que asume el error y, con ello, garantiza expresamente que la situación aludida no va a suceder. En el segundo, coincidimos con el autor citado acordando que aquí no hay error sino dolo, por lo que entendemos que la inclusión en el precepto legal está de más. En la tercer excepción se da cuando, aquello que normalmente es un error en contratos de igual tenor y calidad, en un determinado asunto, el detalle pasa a ser una condición especial. Por ejemplo: el adquirente de un vehículo de carga, promocionado por la vendedora con capacidad para

1000 kgs., fabrica maquinaria cuyo peso específico es de una tonelada. Si luego, la camioneta en cuestión admite 980 kgs., las máquinas no podrán ser trasladadas por los coches comprados. La diferencia de 20 kgs., que en general no afecta a los contratos de compraventa de estos objetos, aquí ha tomado la característica de una condición, siempre que previamente se haya expresado.

Dolo

El artículo 1072 del Código civil llama delito al acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro. Si bien este precepto es de aplicación tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual, su inteligencia es el punto de partida para la configuración del dolo como vicio contractual.

No tanto por la intención de incumplimiento del celebrante culpable, sino por el engaño que lleva a la contraparte a otorgar un acto que le es perjudicial, a la vez que excesivamente beneficioso para quién consume la trampa, quien en general se muestra indolente y despreocupado frente al daño que causa.

El artículo 931 enuncia que “acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero...”, sin lugar a dudas, el precepto legal está haciendo referencia al engaño que una de las partes ejerce sobre la otra; sin embargo hasta aquí no todo está dicho, ya que para que haya dolo en el accionar, el agente debe conducirse de manera que su intención de provocar el daño, según lo regulado en el artículo 1072 ya citado, se revele de manera indubitable.

Atendiendo a dicha razón, el legislador culmina la redacción del 931 exigiendo que la acción del culpable se haya efectuado con “...cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin”.

A esta figura se la complementa con los principios establecidos en la parte general de las obligaciones, más precisamente los artículos 506 y 507, desde donde sabemos que el deudor debe responder de cara al acreedor por los perjuicios que le provocare por dolo en el cumplimiento de su obligación. En la correlación del articulado citado, queda expresado que el dolo no puede dispensarse al contraerse la obligación.

No obstante lo dicho, el dolo tarda en configurarse; los requisitos para alcanzar la categoría de vicio deben completarse con los tres primeros incisos del artículo 932. Además del engaño y la intención de configurarlo del artículo que le precede, el dolo debe, necesariamente, ser grave; la

conducta tramposa aparece nítidamente en el comportamiento del sujeto. Asimismo, tiene que ser la causa determinante de la acción; el agente define su finalidad por la intención de inducir a la contraparte al yerro en la suya. Finalmente, el daño no puede ser incidental, el perjuicio tiene que alcanzar una intensidad valuable en relación al contrato.

El cuarto inciso del 932 no es un requisito, sino un castigo para aquellos contratantes que buscan engañarse mutuamente; en tal caso, el contrato se sostiene y las partes deberán dar cumplimiento a las obligaciones asumidas contractualmente.

Por otra parte, la acción puede plasmarse en la realidad por comisión como por omisión, la ley aclara que esta última tiene los mismos efectos y resultados que la primera. La omisión de comportamiento intencionada es conducta en el mismo tenor que la comisión; por dicha razón, el acto doloso puede configurarse tanto en uno como en otro ya que ambas son particularidades de una misma especie.

El dolo que no es causa del contrato es incidental o accidental y no produce la nulidad del contrato, sin perjuicio que se deba la reparación de los daños causados.

Sobre el dolo de terceros son de aplicación los artículos 941, 942 y 943 que se estudian en el acápite siguiente y al que nos remitimos.

Violencia

El vicio de violencia es tratado desde el artículo 936; el Código civil no define las clases en que puede presentarse, solo indica que la violencia física o la intimidación son causales de anulación del contrato, incluso, de acuerdo al caso, habiendo sido ejercida por terceros al acto.

El concepto de violencia física se fundamenta en una fuerza irresistible que abruma con su sobrecarga insostenible al sujeto hasta someterlo, eliminando su voluntad. Por ejemplo, si quién ejerce la fuerza toma la mano de otra persona y lo obliga a firma o le apunta con una pistola para lograr el mismo fin. Es esta una potencia apabullante practicada contra el que hace la manifestación, con tal intensidad que no hay voluntad alguna de su parte; por lo tanto, tampoco existe el consentimiento y, a falta de uno de los elementos esenciales del contrato, éste deviene nulo. La intimidación reside en infundir un temor en el contratante para obtener una declaración de voluntad forzada. La intimidación es un efecto cuya causa es la amenaza; si no existe ésta, no se provocará aquella.

Esta amenaza moral, gravita en anticipar la intención de provocarle al sujeto

un mal inminente y grave, ya sea en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos; agregamos nosotros que lo mismo puede considerarse para el patrimonio.

El sentido de la ley, según nota a los artículos 936, 937 y 938, es que en el caso de los allegados íntimos del agente, la violencia ejercida contra uno de ellos, producirá el mismo efecto que si hubiese sido contra la parte, mientras que respecto a las otras personas, los jueces podrán resolver por las circunstancias del caso. Por eso creemos que el precepto legal no es taxativo; podrían considerarse los amigos de quién recibe la violencia. En particular, para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, sexo y condición del celebrante.

En el vicio de violencia, la persona carece de libertad, de manera absoluta o relativa, ya sea respectivamente física o intimidatoria, y siempre se encuentra actuando contra su propio patrimonio.

El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato.

La violencia ejercida por un tercero hace anulable el contrato. Si una de las partes sabía de la acción nociva del tercero, tendrán ambos responsabilidad solidaria para con la parte violentada. Ahora, si la violencia del tercero fue ignorada por la parte que se beneficia con la subsistencia del convenio, el tercero será el único responsable de todas las pérdidas e intereses.

La nulidad que nace del vicio de violencia alegado es siempre relativa porque el fundamento es la restricción ilegítima de la voluntad, no la ilicitud de la violencia. La mensura jurídica del último concepto corresponde, en todo caso, al derecho penal y el tratamiento que merecen los delitos. En derecho privado, la finalidad es demostrar que la voluntad ha quedado destruida, con la consecuente nulificación del acuerdo.

En definitiva, la violencia debidamente probada provoca la anulabilidad del convenio y el resarcimiento de los daños provocados.

Simulación

La simulación no afecta la voluntad ya que quienes participan de un contrato de este calibre lo hacen a sabiendas, con plena conciencia de la falsedad del convenio; por eso la simulación no es un vicio de la voluntad sino del acto jurídico, al que afecta de manera directa.

Simular es la expresión de la apariencias, presentar lo que no es, significar algo que no existe. Es de resaltar la divergencia entre la voluntad y la declaración; lo interno es lo querido y lo externo es lo manifestado.

Hay simulación cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro; o por cláusulas o fechas no verdaderas; o por la transmisión de derechos a personas interpuestas que no son aquellas sobre las que se constituyen efectivamente.

En derecho privado pueden suceder dos cosas: a) un contrato es alterado en su finalidad modificándose a sí mismo, exponiéndose como lo que en realidad no es; b) se revela un acto falaz que esconde otro real. La primera es la simulación absoluta y la segunda la relativa.

En la simulación relativa, la sentencia judicial desechará el acto artificioso, al tiempo que hará auténtico el convenio oculto. En cambio, en la simulación absoluta decretará la ineficacia del pacto ostensible, quedando las partes en la situación jurídica anterior al convenio; sin perjuicio de la responsabilidad por los daños que pudieren haber provocado a terceros por el contrato simulado. La acción por simulación prescribe a los dos años, según el plenario Glusberg, Santiago c/ Jorio, Carlos (Cám. Nac. Civil. 10/9/82); y puede ser ejercida por terceros como una acción patrimonial y ante la simulación ilícita, y deben hacerlo por derecho propio quedándoles vedada la vía subrogatoria. La acción emprendida por terceros, los habilita a alegar cualquier medio de prueba para probar el acto artificial en resguardo de su patrimonio (Cám. Nac. Civil - Sala G, 12/3/93-Rubio, Alberto v. Mussa Rosa y otro. 1995-IV).

Los requisitos para la configuración del acto simulado son: a) Declaración de voluntad diferente a la real. Las partes no se disponen a cumplir lo que dan a conocer con el contrato, sino que éste les sirve de pantalla para mantener oculta su verdadera finalidad. b) Los contratantes conocen el verdadero móvil del negocio. Si uno de ellos está al tanto de la realidad del acto y el otro no, se conforma el vicio de dolo y no de simulación. c) El propósito de engañar a terceros ajenos al contrato; ésta es la real finalidad de las partes, sea la simulación lícita o ilícita.

El carácter de vicio de la simulación es relativo, ya que el acuerdo estará viciado cuando la simulación contraríe el orden jurídico o se efectúe en perjuicio de terceros. Es natural suponer entonces, que el acto simulado que no viola la normativa vigente y que tampoco afecta los derechos de terceros ajenos es lícita y nada tiene el acto que se le pueda reprochar. El fin de la prohibición no tiene basamento en que se monte una comedia para tapar una realidad no expresa, sino la posible ilicitud del disfraz de la realidad, cuando con ello se busca burlar la ley o lacerar el patrimonio de personas que no participan del convenio.

En el caso de la simulación ilícita, los participantes de ella no tienen acción

entre sí sobre el contrato simulado; el criterio de lo dicho, alinea esta consecuencia con la connivencia de las partes en la creación de un pacto ilegítimo. Las únicas acciones que le son permitidas a los contratantes en estos casos, son las que apuntan a dejar sin efecto el acto a la vez que no obtengan ningún beneficio con la anulación.

La prueba por antonomasia del contrato simulado es el contradocumento. Es la constancia escrita del verdadero carácter del acto. Su intensidad probatoria es contundente, la aparición del instrumento, público o privado, debidamente confeccionado, prueba de puro derecho el pacto verdadero. Por otra parte, si existe probanza incontrovertible e inequívoca, no es necesaria la prueba contradocumental.

Fraude

Hay fraude cuando el deudor enajena o grava sus bienes, con el fin de insolventarse para sustraerlos de la ejecución de sus acreedores. A éstos se le concede la acción revocatoria, para que los bienes enajenados reingresen al patrimonio del deudor.

El acto fraudulento es practicado “a espaldas de la víctima, que no interviene en el acto aunque sufre sus consecuencias” (Llambías). Todo egreso de bienes del patrimonio del deudor supone una disminución de la garantía común de los acreedores.

La acción revocatoria o pauliana es una mera acción personal; no tiene el objeto de hacer reconocer un derecho de propiedad a favor del que la ejerce, ni a favor del deudor, sino sólo salvar el obstáculo que se opone a las pretensiones del acreedor sobre los bienes enajenados. No es una acción directa, por lo que los bienes no ingresan al patrimonio del acreedor demandante, sino que vuelven, en caso de prosperar la acción, al patrimonio del deudor.

En las enajenaciones a título gratuito, el fraude no es un requerimiento inevitable. Desde ese axioma, sostenemos que el vicio y la acción pauliana que le es propia, se configuran en la transmisión de bienes que haya efectuado el deudor a título oneroso.

Existen condiciones generales para la procedencia de la acción pauliana: a) Es necesario que el deudor se halle en estado de insolvencia, de lo contrario el actor no podrá alegar perjuicio. b) Que el perjuicio a los acreedores resulte del acto mismo; es decir, que la enajenación que realizó el deudor sea la causa de su insolvencia. c) El crédito en virtud del cual se intenta la acción debe ser de fecha anterior al acto impugnado.

Hay dos requisitos adicionales que se asumen como especiales, ya que siempre se presumen: d) La intención del deudor de defraudar a sus acreedores, cosa que, al decir de Alterini, se presume del estado de insolvencia. e) Que los terceros adquirentes de los bienes que se extraen del patrimonio del deudor, tuviesen conocimiento de la acción fraudulenta y, por lo tanto, estuviesen en connivencia con él.

La revocación del acto sólo beneficia al acreedor diligente y hasta el importe de su crédito; quienes se encuentren perjudicados por el mismo acto de enajenación del deudor y no hayan emprendido la acción revocatoria en su contra, no se prevalecen del resultado positivo del acreedor que efectivamente haya denunciado el acto.

El tercero adquirente del deudor, siempre puede hacer cesar la acción desinteresando al acreedor, quién no puede negarse. La deuda siempre es dineraria, por lo que el acreedor no puede reclamar bienes determinados como resultado de la acción revocatoria exitosa.

La legitimación para accionar por fraude es muy amplia, cualquier acreedor quirografario puede demandar en virtud de encontrarse ante la pérdida de la garantía patrimonial que representa el activo del deudor.

Si el deudor renunciase a derechos propios sobre terceros que implicarían la mejora de su fortuna, los acreedores pueden hacer caer los actos de esa naturaleza y hacer uso de las facultades renunciadas. Esto no implica una subrogación en los derechos del deudor por parte de sus acreedores, porque aquí no se configura un comportamiento displicente o inacción por parte del deudor, sino que lo que el obligado ha hecho es llevar a cabo una conducta de renunciación expresa. En estos casos, los deudores producen un verdadero acto de enajenación con la abdicación de facultades, circunstancia que habilita a sus acreedores a promover la acción pauliana en contra de aquellos actos.

Lesión

El Diccionario de habla castellana se refiere al significado de la palabra lesión, entre otros, de la siguiente manera: *“Cualquier daño o perjuicio, como el causado como consecuencia de una relación contractual”*.

Según entendemos, no se ha indagado en el por qué de la elección del término “lesión” para denominar la consecuencia de una relación jurídica viciada. Nos inclinamos por la inteligencia que el término refiere a la lesión que el perjudicado recibe en su patrimonio, generado por un acto jurídico que impacta en sus intereses provocando una fisura patrimonial, que sólo es

susceptible de reparación, volviendo las cosas a su estado originario como si no hubiesen sucedido; es decir, con la anulación del acto, o equilibrando la cuantía de las prestaciones.

Diferente es, como antaño sucedía; si se desecha la desigualdad que se configura entre las partes por alguno de los desequilibrios que conforman la figura, interpretándose dicha desigualdad como mera negligencia cometida por uno de los sujetos participantes, que no ha comprendido el menoscabo que a sí mismo se provoca en el momento de otorgar el acto.

Mantener esta afirmación sobre la relación jurídica, implica ensayar por lo menos dos fundamentos. El primero, de base particular, trae consigo la suposición que el afectado tuvo en miras la búsqueda de su propio perjuicio. El segundo, de fuerte andamiaje social, contiene la idea que cualquier permiso de no cumplimiento por vicio del contrato, como el que nos ocupa, implicaría el quebranto de la seguridad jurídica en el campo transaccional. En cualquier caso, y por imperio de la modernidad en las tratativas que dinamizan la circulación de bienes y servicios, el fundamento subjetivo del párrafo anterior configuraría en muchos casos, relaciones jurídicas injustas; y el fundamento social destruiría definitivamente la seguridad jurídica que se intenta preservar, provocando la retracción contractual, en lugar de la expansión convencional, que es en definitiva, el impulso que el ordenamiento debe fomentar.

Decir que Vélez Sarsfield no tuvo en cuenta la lesión, es decir poco. En realidad, el codificador se rehusó abiertamente a contemplar tal instituto en la norma, y así lo expresó en la larga nota al artículo 943. Por economía conceptual, sólo citaremos los párrafos relevantes; dice Vélez: *“Para sostener nosotros que la lesión enorme y enormísima no deben viciar los actos, y abstenernos por lo tanto de proyectar disposiciones sobre la materia...”*.

El legislador toma posición firme sobre el tema, declarando que la figura no va a ser observada como un vicio de los actos jurídicos; razonamiento que concuerda con la apreciación que el propio codificador tenía sobre las figuras contractuales. Si bien los contratos plasman relaciones que crean, modifican, transfieren, conservan o aniquilan derechos en forma voluntaria, Vélez pensó que admitir la lesión era dar un permiso para que los celebrantes se exonerasen de cumplir las prestaciones contractuales, a las que se habían obligado, alegando su propia torpeza.

Nuestra jurisprudencia ya sostenía la nulidad por vicio de lesión, tiempo antes a que ella fuese integrada a la normativa vigente por la ley 17.711. El 18 de diciembre de 1964, la Sala A, de la Cámara Nacional en lo Civil,

integrada por tres eximios magistrados, los doctores Guillermo A Borda, Rodolfo de Abelleyra y Jorge J. Llambías; decidieron por fallo unánime, en los autos que habían recibido por vía de apelación , “Peralta, Josefa del Carmen c/ Trepas, Lorenzo S.”, sobre el instituto no legislado. Marcando contra legem la nulidad por lesión como consecuencia del aprovechamiento que el demandado había ejercido sobre la demandada.

De la lectura del artículo 954, inferimos que los elementos esenciales para la configuración de lesión son: a) Un sujeto que carece de capacidad intelectual para comprender el acto, o que presta su consentimiento en condición de inferioridad con respecto a la otra parte. b) Otro sujeto que explota la situación de impericia o necesidad del otro. c) Una desigualdad o desproporción en las prestaciones.

1) Presupuesto objetivo: comienza a tratarse legalmente el instituto partiendo de la actitud de una de las partes, ya que el párrafo se expresa así: “...cuando una de las partes explotando la...” , nos preguntamos si la parte que aprovecha debió conocer la situación de inferioridad de la otra, o simplemente, dados los presupuestos de impericia o necesidad de uno, y la desproporción considerable del negocio jurídico, este aprovechamiento existe por presunción.

Es claro que tal aprovechamiento se categoriza como una presunción legal. Fundamentemos. El doctor Cifuentes, tratando el instituto, y específicamente este presupuesto subjetivo, trae como norma en la que debe encuadrarse la explotación, la primera parte del artículo 1198 del Código Civil, también incorporado en ese cuerpo por la ley 17.711. Allí se lee: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

No nos parece acertado el marco que invoca el autor, dado que la buena fe es un elemento que afecta metafísicamente a la conducta en el momento de la celebración del contrato. Tiene que ver con la decisión de uno de los individuos de explotar la condición de inferioridad del otro. En el momento de otorgar el acto, ha realizado un juicio de valor entre, por lo menos, dos conductas que se oponen y se excluyen entre sí: la conducta de aprovecharse, y la conducta de no aprovecharse, y ha preferido la primera. Sabemos que en muchos casos, es harto complicado probar la intención de utilizar en provecho propio, las condiciones disminuidas de la otra parte que participa en el acto. De todas formas, lograda la prueba de la intencionalidad de valerse de la posición jurídicamente mermada del otro, es nuestra opinión que en tal circunstancia, el consentimiento ha quedado

viciado, no por lesión, sino por dolo.

Poseemos otro argumento que sustenta nuestra postura. Es el propio artículo 954 el que ha dado solución al problema, prescribiendo en su tercer párrafo que; *“Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones”*. La explotación es tratada por la ley, en forma categórica, como una presunción legal.

Los principios del derecho procesal ya nos dicen, que las presunciones han sido colocadas por la ley para ser destruidas. Esto es lo que marca el precepto que se transcribe en el párrafo anterior. De tal forma que si el sujeto explotador no aniquila, por medio de prueba, el presupuesto que lo imputa, se lo tendrá por aprovechador con la sola desigualdad de las obligaciones nacidas del acto, según se expone en la última parte del párrafo citado.

Ahora, ¿es válido que se pruebe la inexistencia de intención de prevalerse de la inferioridad jurídica de la contraparte?. De ninguna manera. La desproporción manifiesta en las prestaciones, contiene en sí misma, el propósito de aprovecharse.

Sin embargo, ésto no subjetiviza el presupuesto. Por el contrario, mantiene su calidad de objetivo, debido a la presunción contra la parte fuerte, que surge de la distribución que el acto produce, de beneficios hacia uno de los celebrantes, y perjuicios hacia el otro.

Está dicha nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica del presupuesto objetivo que se analiza, no obstante coincidimos con la doctrina reinante, en que dicho presupuesto es indispensable para la configuración del instituto. Para ello nos valemos de lo que expresara Moisset de Espanés: *“El aprovechamiento es quizás el elemento más característico de la figura, ya que nos permite determinar la verdadera naturaleza jurídica de la lesión, y su ausencia tornaría incompleta cualquier fórmula legislativa que pretendiese reprimirla”*.

Por lo tanto, por esfuerzo que hagamos para valorar como subjetivo este presupuesto, debe presumirse que es objetivo, para cargar sobre el lesionante la responsabilidad de la reparación del acto o, en su defecto, los daños que produzca la nulidad.

2) Presupuesto subjetivo: El texto de la ley menciona tres componentes imprescindibles para que el instituto se configure en el acto, ellos son: *“necesidad, ligereza o inexperiencia”* en la parte lesionada como estado subjetivo determinante.

Si bien la doctrina ha realizado un análisis lingüístico y etimológico de cada uno de estos términos, nosotros entendemos que es relevante tener

presente que dichas expresiones se han insertado en la ley como directriz para la interpretación que deban hacer los jueces en cada caso.

Implica nuestra postura que, de la armonía de la conducta con la norma en el conflicto a resolver, los magistrados determinarán fenómenos disvaliosos, utilizando la expresión del artículo como un modo de encauzar su criterio jurídico.

Lo contrario obligaría a los intérpretes a recurrir al diccionario y amarrar sus decisorios a rígidas definiciones lingüísticas, cuando lo que de ellos se pretende son soluciones ajustadas a derecho, de acuerdo a nuestra legislación, o forma de vida, o lo que ya hayan decidido otros jueces o, en última instancia, la crítica de los científicos y estudiosos en la materia.

Necesidad, ligereza o inexperiencia es uno, o muchos estados subjetivos de la parte que ha sufrido la lesión. Son conceptos que se refieren a circunstancias de inferioridad, son conceptos que mentan hechos; por lo tanto, habrá que establecer en cada caso, de acuerdo a la sana crítica de los que tienen la misión de impartir justicia, que grado de aplicabilidad tienen; porque en base a ello, se determinará un avasallamiento de los derechos de la parte débil del negocio jurídico.

Es entonces, que las expresiones: necesidad, ligereza o inexperiencia, vienen a ayudar al juez en la inteligencia de los hechos, otorgándole un instrumento que, utilizado con su buen criterio y en sentido amplio, le de la pauta que el sujeto afectado por lesión se encontraba disminuido, de alguna manera, como para dar un consentimiento válido, y le permita reestablecer la equidad del acto o, en todo caso, declarar su invalidez. Lo contrario produciría la retracción de la interpretación judicial, dejando atrapados a los magistrados en definiciones meramente etimológicas, y por ello restringidas. El mecanismo incorporado por la reforma perdería su intensidad, poniendo a nuestros jueces en posición de tener que decidir, no en base a derecho y lo que debe ser, sino fundamentados en definiciones idiomáticas.

Que el juez pueda entender la carencia de una de las partes, que mengua su libertad contractual en virtud de un determinado estado subjetivo, es la misión de los conceptos legales. Así percibidos, justifican su inclusión en la norma. Postura ésta, en la que nos enrolamos.

3) Requisito de desproporción: Es este un requisito inseparable de la configuración de lesión, según lo prescribe el artículo 954, cuando se refiere a que “...obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación”.

El legislador añade a la norma la desigualdad económica, transformándola

en requisito esencial para ingresar desde los hechos, al instituto.

Ahora bien, esa distancia patrimonial que el acto pone entre las partes expresada por la norma, es flexible y deja librada a la apreciación judicial, cuándo la ventaja debe considerarse evidentemente desproporcionada. El doctor Cifuentes coincide con lo dicho, al igual que la doctrina dominante, pero agrega que la diferencia en las prestaciones deberá ser “*evidente, notoria, indiscutible, manifiesta, inmediatamente apreciable sin margen alguno de duda*”. Nuevamente nos vamos a permitir disentir con tan prestigiado tratadista; porque si no lo hacemos, estaríamos contradiciendo la postura en la que nos alineamos, ya expresada en capítulos anteriores. Nosotros estimamos que la desproporción ha sido entregada por la ley a la apreciación de los jueces, y en buenas manos está. Si lesión va a ser lo que todos podamos ver, ¿para qué necesitamos la interpretación y armonización judicial de norma y conducta?, es más, el propio lesionado pudo, entonces, haberse percatado fácilmente. Interpretar es buscar la sustancia de la norma y, finalmente, determinar su alcance en base a conductas. Esta labor es facultad exclusiva de los jueces, y está vedada a quien no lo sea; de manera que son ellos los únicos capaces de determinar si se ha configurado o no el instituto en cada caso.

Por otra parte, con todo lo dicho hasta aquí, el hallazgo de una desproporción por parte de los jueces en un acto jurídico, no es suficiente para tener configurado el instituto, todavía hace falta que ese desequilibrio exista “... *sin justificación*”.

Entendemos que la ley exige la desproporción injustificada, como otro de los requisitos esenciales en el armado de la lesión. Por lo tanto, toda desigualdad en las prestaciones, que encuentre una causa que acredite que los sujetos comprendieron perfectamente el acto para el que prestaron el consentimiento, tornará legítimo el negocio jurídico e inatacable por lesión. La normativa ha previsto circunstancias propias del instituto, con el afán de asegurar dos situaciones: a) mantener la seguridad jurídica, y b) no confundir institutos diferentes. Así va a reglamentar, que los cálculos de la desproporción deben hacerse teniendo en cuenta los valores al tiempo de la celebración del acto, y la desproporción debe subsistir al momento de la demanda.

Es de toda obviedad que si la desigualdad de las prestaciones se produce por cambios en el ámbito social o económico, esa desproporción es sobreviniente, y deberá encuadrarse en la normativa que atiende a esos conflictos, como es la teoría de la imprevisión, contemplada en la segunda parte del artículo 1198 Código Civil, y no por lesión, ya que la norma ordena

en que tiempo debe haberse producido la desproporción, y con que valores debe calcularse.

Sin embargo, si el desequilibrio en las obligaciones se produjo, como debe ser, en el momento en que se realizó el acto, pero en virtud de cambios sociales o económicos las prestaciones se equilibraron, la lesión no encontrará lugar de configuración, debido a que la ley ordena que la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Nosotros encontramos esta decisión del legislador sumamente acertada, ya que guarda toda lógica con uno de los efectos propios del instituto, que es la posibilidad que tiene el demandado de ofrecer el reajuste equitativo del convenio. Si la ley así ha dado al aprovechador, porque no reconocer aquello que puedan dar los fenómenos sociales.

4) Acciones: La víctima de la lesión tiene dos acciones a su favor: a) Podrá demandar la nulidad del acto, b) o la modificación de las condiciones originarias del convenio, hasta equilibrar las prestaciones.

Estas acciones por las que puede optar el lesionado, dan testimonio claro del cambio de filosofía que se ha logrado con la reforma, y al cual ya hiciéramos referencia. El efecto normal de la lesión, es el que marcamos con el punto b. Esto nos dice que el legislador, no sólo apuesta a la subsistencia de los contratos enmendando los obstáculos, sino que no se ha focalizado en encontrar culpables, en realidad toda su preocupación se ha centrado en que no se produzca el daño. Acentúa esta postura el hecho de que la norma permita que, aun habiendo accionado la víctima por nulidad, el contrato pueda salvarse por el sólo ofrecimiento del demandado de reajustar las prestaciones.

Hacemos mención asimismo, que el accionado sólo puede acogerse a esta posibilidad, si en la contestación de demanda propone componer el contrato igualando las obligaciones. Si no lo hiciere, la oportunidad habrá precluido y el juez deberá hacer lugar a la demanda de nulidad.

Los legitimados para ejercer la acción son: el lesionado y sus herederos. Entendemos que, aunque la norma no lo manifieste, éstos podrán emprender la acción por sí o por medio de sus representantes.

Con lo dicho, inferimos que le está vedado plantear el instituto a la parte lesionante. Funciona el mecanismo legal en la misma forma que los planteos por incapacidad del sujeto en materia contractual, que sólo pueden ser llevados adelante por el incapaz, estableciéndose la prohibición de alegarlo a la parte capaz.

5) Prescripción: El plazo de prescripción es de cinco años desde el momento en que fuera otorgado el acto. Algunos autores como Jorge Zago, se oponen

abiertamente a un tiempo tan largo para dar por caída la posibilidad de solicitar la nulidad del acto.

Sin embargo, Borda justifica tan amplio lapso, fundamentado en que los estados de dependencia psíquica de una persona a otra, suelen extenderse por años.

De todos modos, el artículo 954 trae en su contenido este precepto, que se opone a la prescripción de los demás vicios que, de acuerdo a lo contemplado por el artículo 4030, es de dos años.

La recomposición del acto viciado por lesión, conlleva en sí mismo la necesidad previa de que el afectado tome conciencia de lo que ha padecido dentro de la relación contractual. Lo dicho es razón suficiente para que el legislador haya previsto un tiempo considerable para que tal situación se produzca.

Sin embargo, analizando el instituto que se trata, nos hemos preguntado más de una vez, ¿por qué se ha diferenciado en cuanto a la duración de la prescripción de los vicios del art. 4030, con el presente?. Tengamos en cuenta que, vicios incluidos en el artículo citado, como el error o el dolo, también requieren la toma de conciencia por parte del afectado, de que ha existido una situación viciada.

Consideramos adecuado el lapso legal de cinco años incluido en el artículo 954, para que opere la prescripción del vicio de lesión. Así como lamentamos que la ley 17.711, no haya incursionado en la reforma del artículo 4030, en el mismo sentido que la lesión, desechando con ello, la posibilidad de igualar a los damnificados en la relación jurídica, perdiendo la oportunidad de otorgar un período mayor para circunstancias que, en definitiva, deben ser descubiertas como trasfondo del acto, tanto en el error y el dolo, como en la lesión.

6) Irrenunciabilidad del derecho: El artículo que incorpora la lesión no se refiere al tema, pero nos resulta un mecanismo de sentido común, promover la irrenunciabilidad de accionar por lesión.

Si básicamente, el instituto encuentra sustento en la subjetividad de aquel que no llega a comprender la sustancia del acto, presuponemos que cuando la comprenda, también captará la entidad del acto de renuncia, y decidirá en ese momento, como facultad propia, si inicia o no, la acción pertinente. Es así que reflexionamos: quien entrega un acto bilateral (contrato), no alcanzando a concebirlo en su totalidad; en manera alguna puede renunciar a él. Entendemos entonces que, si la irrenunciabilidad del afectado se produjese por convención en el mismo contrato con cláusula al efecto, ésta se tendrá por no escrita; sin perjuicio de agravar la situación procesal del

demandado. Si se ha realizado por documento aparte, este se tendrá por no existente, sin afectar al principal.

La incorporación de la lesión a nuestro ordenamiento jurídico ha plasmado en la norma, situaciones de hecho que nuestra sociedad venía experimentando de larga data. Por lo demás, ha mejorado nuestro sistema de derecho y perfeccionado el sinalagma en los contratos.

Mantener el equilibrio en las prestaciones, fue la acción teleológica del reformador, para acotar en lo posible el abuso del derecho en el negocio jurídico, y, que mejor, que un instrumento que dé a los jueces el mecanismo necesario para reestablecer, inmediatamente, la paridad de las obligaciones en el marco de los contratos, logrando con ello la igualación de las posiciones contractuales de los celebrantes.

CAPITULO 12

ATIPICIDAD

Marco socio-económico

El tipo es, según la Academia de la Lengua Española, “la clase e índole de las cosas. Modelo. Ejemplar”. El tipo entrama un patrón preestablecido que puede ser de cuño netamente intelectual-cognoscitivo, u originarse en una vertiente histórico-empírica.⁸

Por oposición, atipicidad es la falta de modelo. Carencia que, en materia contractual, no implica imposibilidad de producción de conductas; por el contrario, es una oportunidad de creación de comportamiento que, siendo lícito en cuanto la finalidad que se busque lograr, no se le debe vedar impulso jurídico en resguardo de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación; un rasgo posmoderno de la sustancia contractual.

Los sistemas normativos, en general, admiten la clasificación de contratos nominados e innominados, o lo que parece ser más correcto, típicos y atípicos, según se trate de figuras que hayan sido o no especialmente regladas por las leyes. En rigor de verdad, los nominados son aquellas figuras a las que se las ha dotado de nombre por la ley, y los típicos son los contratos que se han regulado especialmente.

Ha dicho Alterini: “Los contratos son nominados o innominados, según que la ley los designa o no bajo una denominación especial (art. 1143 Cc.), porque *plura sunt negocia Quam vocabula* (son más los negocios que las palabras). La nota al art. 1143 explica, siguiendo a Durantón, que si bien los efectos son los mismos en los contratos nominados que en los que no tienen denominación, la diferencia, en cuanto a sus efectos posibles y la extensión de la obligación, no puede dejar de existir. La nota al 1629 Cc. señala que nuestro sistema judicial, a diferencia del romano, no exige la designación del contrato en virtud del cual la acción es intentada; por lo cual la indagación acerca del carácter del contrato es innecesaria a los fines de la producción de sus efectos propios”. (Alterini A. “*Contratos civiles, comerciales y de consumo*”. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot, 1998, págs. 180/181).

No nos parece relevante la denominación que obtengan estas categorías de contratos, sino el entendimiento que se tenga de ellos, ya que en un caso todos los rasgos y elementos del contrato se encuentran instaurados específicamente por ley, y en el otro son las partes las que se encargan de delinear desde su voluntad el convenio que someterá sus derechos. De manera tal que el juez, ante cualquier contienda que surja durante su vida útil, deberá acudir a la normativa general para valorar las posibles soluciones.

⁸ www.rae.es/diccionario.htm. “diccionario”. Junio 2009

En el mundo moderno, la velocidad con que se suceden los cambios económicos y sociales aportan a una constante deconstrucción de las formas de circulación de los bienes y servicios, donde cobran vida innumerables nuevas maneras de contratar, las que se propagan y reproducen a diario. Por ello, el principio general de la libertad contractual engendra la posibilidad de que las partes celebren contratos sin necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley.

El mundo de los contratos está compuesto por las conductas que desarrollan los celebrantes, las que encarnan su realidad más nítida. La libertad de contratar es la viga maestra de la autonomía de la voluntad, en este contexto las partes se representan los comportamientos futuros y lícitos. No visualizan la letra de la ley específica sobre un tipo determinado de contrato, simplemente porque es muy probable que desconozcan la normativa. Solo quieren poner en el mundo una conducta que los lleve a conseguir los fines que se trazaron; que van a conformar, en definitiva, la causa del pacto y por cuyos efectos han ingresado a él.

No obstante, las personas saben que comportamientos son lícitos y cuales no lo son, porque es su costumbre obrar de acuerdo a la ley; tenemos por cierto que el proceder contra el orden jurídico es excepcional. En esta concepción, las personas pueden crear conducta dentro de la normativa general sin necesidad de contaminar su libertad con leyes específicas.

El “conocimiento vulgar” es una forma de saber, denominada también conocimiento espontáneo o de ingenio, es propia de las culturas primitivas y subsiste aún hoy, como un depósito o archivo de experiencias de sentido común imprescindibles para la vida cotidiana. Para presentar de manera gráfica su formación, podemos compararla con la acumulación de sedimentos que en el lecho de un río se va produciendo, lenta pero inexorablemente, durante muchos siglos; por eso se ha dicho que es un conocimiento sedimentario o acumulativo. Estos conocimientos vulgares no son buscados intencionalmente, ni se utiliza para ello método alguno, transmitidos oralmente de generación en generación y obtenidos por pseudo comprobaciones, sobre una realidad muchas veces errónea, carecen de rigor científico y se presentan frecuentemente agolpados formando una masa confusa sin estructura y de contenido errático.

Se trata de un conocimiento compartido por todos los hombres, que se ha ido formando y acrecentando y que todos recibimos por tradición como una parte significativa de nuestro acervo cultural. Arraigado en las personas durante mucho tiempo estos saberes, muchas veces imprecisos o incluso erróneos, pueden llegar a constituir lo que Bachelard denominó un *obstáculo*

epistemológico, es decir, un fuere impedimento para la adquisición de nuevos conocimientos”. (García, Ricardo Ginés. “*Fundamentos del derecho*”, Ed. Lectio, 2° edición, 2008, págs. 18/19).

En América Latina se observa una marcada tendencia en este camino; ya lo preceptúa el Código de Brasil, en su artículo 425: “Es lícito para las partes estipular contratos atípicos, observando las normas generales fijadas en este Código”. El Código del Distrito Federal de México dice que, “Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las estipulaciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este código”.

Existe en la doctrina la fornida creencia que, si de contratos atípicos se trata, el interprete debe resolver si son aptos en cada caso para recibir tutela jurídica, de acuerdo a su función económico social. De esta forma es menester verificar si son instrumento propicio para cumplir su causa o, lo que es lo mismo, comprender si con ellos se puede arribar a los fines para los que fueron creados.

No sucede esto con los contratos típicos, cuya regulación presupone fines admisibles. Al respecto escribe Moisset de Espanés: “Esta posición se inspira en el art. 1322 del Código italiano, para el cual los contratos atípicos son admisibles si están dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico”, pareciera considerar que mientras todos los contratos típicos tienen “finalidad o causa lícita”, los atípicos serían sospechosos de no tenerla.

Entendemos con el autor, que el criterio en el que se funda la ley italiana es equivocado. El fin buscado por el acto contractual debe mensurarse en cada caso particular, sea el convenio típico o atípico, comprobando en cada contrato su apego a la buena fe y la causa lícita.

Es por lo dicho que no se sostiene el principio que el contrato se define por “la función económico social del tipo contractual en cuestión”, simplemente porque los atípicos no se inscriben en tipo contractual alguno, y aunque lo hiciesen, lo importante es que no sobrepasen la preceptiva del artículo 21 del Código civil: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”, validación que el interprete está obligado a constatar en todos los contratos, se ajusten a un tipo determinado o no.

Generalidades

Los contratos atípicos son los que no han sido regulados expresa y completamente por la ley. Este no sólo es su rasgo característico, sino que a la vez es el fundamento descollante que justifica su razón de ser. Gracias a ello, el mundo normativo se adapta al mundo real, permitiendo que las personas busquen y obtengan sus fines de múltiples maneras, legitimadas por el orden jurídico que trazan las normas generales del derecho contractual. Los contratos típicos y atípicos, como clasificación, han venido a superar la receptada ya desde el derecho romano de nominados e innominados; es sin duda una división más científica y más amplia. Es más científica porque no se detiene en el simple aspecto de si el contrato está nominado en la legislación local, sino que procura desentrañar si es simple yuxtaposición de tipos contractuales o si marca el surgimiento de nuevas formas de contratación, En su mayor amplitud permite el examen de supuestos en los cuales la restricción a la libertad contractual supera los límites de la mera reglamentación de los derechos

Este punto de vista ya se ha difundido notablemente; conforme destaca Messineo, “el contrato innominado es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, sino que al contrario, está en constante movimiento y evolución (p.ej., de la venta se ha desprendido el suministro; de la locación se ha destacado el arriendo de cosas productivas; del mutuo ha surgido la apertura de crédito, el anticipo y el descuento, etcétera). A las formas tradicionales (y en cierto sentido, arcaicas) de origen romanista, se van agregando figuras contractuales que son el resultado de la vida económica moderna...”.

Hay en el pensamiento transcripto dos vigorosas ideas que merecen una reflexión. La primera es que el derecho contractual “no se fosiliza en formas inmutables”. El aporte de la atipicidad a esta dinámica es incontestable. Es por ella y gracias a ella que los contratos continúan acompañando la modernidad socio-económica en todos los sentidos, viabilizando las conductas que no se hallan en espacios legales rígidos.

En segundo término, puntualiza que “a las formas tradicionales (y en cierto sentido, arcaicas) de origen romanista, se van agregando figuras contractuales que son el resultado de la vida económica moderna...”. En principio, sin ánimo de adoptar una postura semántica, sino a los efectos de transparentar la concepción del autor que se analiza, resulta de importancia resaltar el uso de la palabra “arcaica”, con la que Messineo acuarela lo

mas profundo de su pensamiento hacia las figuras contractuales establecidas por ley.

Con la modernidad se han originado cambios, motivados principalmente por la adopción mundial del concepto globalizador, y el impacto que dicho fenómeno genera, con mayor amplitud y frecuencia, en los sistemas socio-económicos y jurídicos internos de cada país. Así aparecen: tecnologías innovadoras, ampliación de mercados, comunicaciones más eficaces y rápidas que propician inevitables cambios en los estilos de vida de las personas y, consecuentemente, en sus interacciones. Estos hechos provocan a su vez, el nacimiento de una mayor cantidad de vínculos contractuales no previstos en los textos jurídicos tradicionales. La utilización, por parte de la comunidad de nuevas conductas autorreguladas exigen una ampliación y elasticidad del sistema disciplinar, que contemple la cada día más generalizada contratación atípica o innominada.

De ninguna manera es la atipicidad la introducción solapada de figuras ilegítimas no referidas por las normas, sino que la atipicidad es la creación de conductas lícitas que el hombre moderno adopta a diario persiguiendo sus fines particulares, a la vez que, con ellos, aporta a las finalidades comunales. En su razón, estos novedosos comportamientos voluntarios no solo se legitiman por sus causas lícitas, sino que a su vez, poseen tutela y estímulo legal en el marco de las leyes generales de los contratos y no de normas específicas.

Clases de atipicidad

Dentro de un contrato nominativo las partes pueden acordar una o algunas cláusulas atípicas que versen sobre ciertos aspectos del negocio. En general, esta situación no le quita al contrato su carácter típico, en la medida que las innovaciones no alejen a la figura de su causa. Estas estipulaciones son absorbidas por la tipicidad del contrato al que están supeditadas.

Puede suceder que las cláusulas exorbiten el rango tradicional y exclusivo de un contrato, de manera tal que provoquen la creación de un esquema distinto a los regulados por ley, ya desfigurando un contrato típico hasta lo irreconocible; ya creando una relación contractual novedosa.

Entre los investigadores de fuste encontramos a Farina, quien divide en dos la clasificación de los contratos atípicos:

-Contratos innominados sin tipicidad social: las partes no celebran un contrato por similitud con otro, sino que, para su interpretación se aplican criterios de analogía, es decir, se toma la figura contractual de mayor

semejanza para cotejarlas y utilizar su regulación en el caso que el juez deba resolver controversias.

-Contratos innominados con tipicidad social o consuetudinaria: estos contratos están expoliados e influenciados por las normas, los usos, costumbre, jurisprudencia y doctrina jurídica. Desde lo que caemos en la cuenta que los celebrantes no formalizan una creación descabellada o caprichosa, sino que el basamento de la topografía del negocio es la costumbre; la que le otorga al contrato una especie de regulación tácita, donde el intérprete debe acudir, indefectiblemente, al derecho consuetudinario para hallar soluciones jurídicas.

Costumbre y causa

Los usos y costumbres como fuente de contratos, dotan a éstos de un mayor grado de flexibilidad que las leyes. Quizá venga al caso recordar que la costumbre jurídica es derecho consuetudinario y como tal es derecho objetivo, sistema al que podemos acudir como marco de interpretación contractual. Este derecho está ligado íntimamente al concepto de causa fin en los contratos atípicos. En la tipicidad la causa proviene de la ley; en la atipicidad de la costumbre.

No obstante, todo contrato debe tener un fin que merezca tutela jurídica; ciertos principios compartidos que contengan guías flexibles y pautas de interpretación, a fin que, haciéndose cargo de sus características diferenciadoras, permitan al operador jurídico una toma de posición más efectiva (realista y segura), durante las fases de desarrollo y ejecución en el tráfico moderno.

Los particulares, al construir una figura atípica, tienen en miras el fin al que se dirigen con la celebración del contrato y no el tipo normativo de éste. Aquello que visualizan en el futuro inmediato, en el momento de someter sus derechos a un contrato, es su propia conducta en cuanto a lo que van a hacer y para qué lo van a hacer. La causa fin es el norte en la brújula del estipulante. En la celebración, los sujetos pueden ajustar sus conductas a una regulación determinada, siempre que haya un estándar que sirva a ese comportamiento futuro. Si no es así, las partes pueden someter a un tipo contractual las conductas necesarias para lograr sus fines en una ceremonia de poda y mutilación de aquellos comportamientos, exponiéndose al peligro de desvirtuar la causa que los llevó a participar del convenio.

Los contratos deben seguir la naturaleza de los derechos y obligaciones que en él se plasman, antes que cercenar éstos para ajustarlos a aquellos,

con el consiguiente riesgo de desnaturalizar los objetivos perseguidos por los contratantes. Lo importante son las obligaciones que han dispuesto las partes, el contrato viene a servir de instrumento viabilizador de aquellas. Si por el contrario, el contrato debe ser servido, las conductas tendrán que cambiarse y ajustarse hasta encuadrar en las figuras legisladas. Esta última mirada del mundo contractual es restrictiva y anacrónica a la libertad y velocidad con que nacen las nuevas relaciones sociales.

Los fines a lograr conforman las razones que fundamentan la relación de los contratantes, de tal manera que las combinaciones de los derechos y obligaciones que las partes acuerden, armonicen los comportamientos que acreedor y deudor asumen para hacer realidad aquellos objetivos, sin atar las obligaciones a estándares conceptuales, al punto de valorar, considerable y significativamente, la libertad contractual.

Naturaleza jurídica

Los contratos atípicos tienen, básicamente, la misma naturaleza jurídica que los típicos, ambos son convenciones con contenido patrimonial reconocidas por la ley como creadoras de efectos jurídicos. Ambos tienen los mismos elementos y principios pero difieren, claro está, en su estructura, aplicación y definición particular.

Va de suyo que la fundación y protección de nuevas figuras contractuales atípicas, que convengan a los actuales negocios, es ilimitada. La aceptación de estos modelos va a estar dada, siempre que guarden los principios expresados en la constitución, las leyes, los usos y las costumbres que componen nuestra convivencia.

El derecho comercial es un especial exponente de estos acontecimientos. Las cambiantes condiciones económicas y tecnológicas respaldan la necesidad de que los hombres de negocios busquen formas de pactar, superadoras de los escenarios tradicionales.

El desarrollo y progreso de la actividad mercantil tilda de escasa la legislación que responde a patrones tradicionales, propiciando soluciones sobre la marcha que, en manos de los negociantes, nacen como contrataciones modernas. Es así que, estas formas de contratos no se originan en el ánimo de innovar jurídicamente, sino que las transformaciones se producen en las conductas de las personas, y estas nuevas maneras de distribuir derechos y obligaciones voluntariamente, vienen a remediar imposibilidades y zanzar obstáculos. Aparecen como una necesidad, producto de la insuficiencia de la ley especial.

La creación de comportamientos estimula, en un mismo sentido, la fundación de convenios. Bienvenida sea esta circunstancia para el impulso de la actividad económica. El pensamiento inverso: la resistencia a nuevas maneras de contratar, arroja el nefasto resultado de la restricción de conductas con las consecuencias negativas para el desarrollo de la economía que fácilmente se pueden visualizar.

Conducta autorregulada

Sin lugar a dudas, la medida jurídica de la atipicidad está dada por la categoría lícita de su finalidad. En este contexto, el ordenamiento normativo delega en los sujetos privados la posibilidad de disponer, en cláusulas, los caminos más adecuados para alcanzar los objetivos trazados.

Tal delegación no es indiscriminada, pues tiene que supeditarse a los controles generales del derecho, y a los límites racionales y morales de la misma normativa legal, las buenas costumbres, la buena fe y el orden público. Llamamos a este comportamiento de los estipulantes “conductas autorreguladas”, sin el ánimo de considerarnos neologistas, sino por la sencilla razón que no hemos encontrado otra denominación para la figura que planteamos. Las conductas autorreguladas se encuentran acotadas por una serie de principios, en apariencia autónomos, pero cuya verdadera naturaleza es heterónoma.

Así, el individuo aprende a obrar en base a imitación del contexto social en el que se desarrolla. No sólo extrae de él, el lenguaje y las costumbres, sino que internaliza una serie de principios, que las más de las veces no podrá enumerar, ni identificar, pero que lo forjan y le aportan los rasgos de pertenencia a una comunidad determinada.

Al conjuro de estos preceptos sociales nacen los valores grupales que van a fraguar las pautas y hábitos de comportamiento en la mayoría de sus integrantes. La actuación de las personas en sociedad está estrechamente vinculada al convencimiento sobre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto que en el grupo se sostenga.

Bustamante Alsina, ha trabajado la construcción de un pensamiento notable: “No se puede construir un derecho justo sin voluntad autónoma. No hay derecho sin libertad ni puede haber libertad sin derecho. La libertad jurídica es un imperativo de la moralidad, La crisis de la voluntad autónoma es crisis de la libertad y crisis de la regla moral. La libertad está al principio y al fin del orden jurídico y los límites de la libertad deben ser obra de la libertad”. Es en este punto donde el sistema legal debe facultar a las personas para

que realicen la búsqueda de sus fines patrimoniales a través de los contratos con la mayor libertad posible. Los individuos se encuentran aptos para desplegar sus conductas autorreguladas en vista a sus objetivos, cimentados en los preceptos sociales que incorporan como valores propios.

La autorregulación en el tráfico jurídico es una de las categorías esenciales para el estímulo primero, y comprensión después, del actuar de la persona reflexiva, creativa e íntegra.

En esta forma, el tenor de la normativa legal dirige las prácticas conductuales hacia la contratación libre, regulada por las reglas generales del derecho privado, por el derecho consuetudinario y por las máximas que la sociedad haya acuñado. Estos últimos pueden estar integrados al ordenamiento. Ejemplo de ello, es el ingreso en el Código civil, del principio de la buena fe.

Nuevas formas de contratación

La mensura del impacto de la atipicidad en la circulación de bienes y servicios, es el estímulo de la generación de maneras convencionales no previstas en las normas vigentes.

Estos novedosos pactos, dan lugar a modernas figuras contractuales que no alcanzan el rango de derecho legislado.

La lectura inversa de los hechos, implica que, a mayor producción de acuerdos extranormativos, mayor circulación de bienes y servicios; con el consecuente crecimiento de la actividad económica, generación de puestos de trabajo y superior calidad en los objetos de los contratos.

Los hechos convencionales aparecen y se reproducen más rápido que la ley que a ellos pueda referirse. En algunas áreas jurídicas, como la contractual, es mejor que la norma continúe en ausencia, dejando que los acontecimientos maduren y se encausen por sí solos, de manera tal que, finalmente, se autorregulen.

Un ejemplo de la idea que se encuentra en exposición en los anteriores párrafos es el llamado contrato “dejación”. Las máquinas expendedoras de golosinas o bebidas sin alcohol, son típicos modelos de estos actos. Dichos acontecimientos son verdaderos actos contractuales que, como tales, llevan el germen de la responsabilidad propia de la especialidad.

La productora de los productos que así se adquieran y, en su caso, la distribuidora, son oferentes en el probable contrato a realizarse. Si el aceptante, una vez iniciada la bilateralidad del pacto, experimentase algún perjuicio (intoxicación) emanado directamente de la relación convencional, será pasible de ser demandado por las respuestas que debe dar en virtud

de ella, como si el contrato se hubiere realizado con la presencia física del vendedor.

Otro exponente de la joven creación contractual es la “logística”. La distribución de productos ha sobrepasado proporciones inimaginables. Consecuentemente, se ha operado una transformación en la antigua forma de asistencia distribucional a través de una colaboración coordinada, continua y estable que responde a las exigencias actuales de mercado.

Es un contrato de colaboración empresaria, donde los participantes no tienen vínculo societario alguno. Es un convenio complejo ya que incluye servicios de carácter general, : transporte y depósito de mercancías, facturación, reposición en góndolas y vidrieras, remarcación y etiquetado, servicio de degustación en el local de venta, gestión de cobranza para terceros, etc. Por medio del contrato de logística, el prestador ofrece un servicio ordinario y otros adicionales, fijos o a opción de la empresa cliente, en caso de ser necesario.

La “franquicia” es otro contrato atípico entre empresas, con cláusulas predispuestas con las que una de las partes fija condiciones con el objeto de asegurar la calidad del producto y la manera de hacerlo llegar al consumidor, consolidando la notoriedad y popularidad de la marca.

Se establece una actuación independiente dentro de una integración empresaria. La firma poseedora de un determinado producto, sistema de comercialización y/o de producción, hace una suerte de licenciamiento a favor de otra, para que ésta lo produzca, comercialice y utilice el nombre, distintivo, lema y divisa, siguiendo las pautas exigidas por la primera.

Generalmente, se paga un precio por este privilegio, más una regalía (royalty) sobre grandes ventas.

No existe sometimiento económico del franquiciado hacia el franquiciante. Éste pone a disposición de aquel dos elementos: una técnica empresarial y un producto o servicio que goza de fama y buen nombre en el mercado, para lo cual entrega un manual operativo al que debe ajustarse el ejecutante, a la vez que crea un centro de asistencia y servicio que brinde información de mercado, técnica y capacitación para el personal del franquiciado.

Es frecuente que el franquiciante aporte ayuda financiera a la contraparte para acometer las inversiones iniciales o negocios especiales.

La razón fundamental del éxito del contrato de franquicia es que resulta el vínculo ideal entre los grandes capitales y las pequeñas y medianas empresas, además de ser extraordinaria estrategia de diversificación y marketing como sistema de comercialización. Permite la expansión geográfica y la conquista de mercados, ocupar zonas, controlar la distribución de los productos y

servicios y, sobre todo, valorar la marca.

En nuestro sistema, su difusión se produjo de manera sorprendente; es una de las figuras de mayor utilización en los últimos años.

Este sector empleaba en el año 2008 a más de ciento cincuenta mil personas en la Argentina. Según la Asociación Argentina de Franquicias, el 80 % de los objetivos proyectados a principios de ese año, que estimaban: cincuenta nuevos conceptos instrumentados en ese contrato, con mil setecientos puntos de venta y diez mil quinientos nuevos puestos de trabajo, se cumplió ampliamente.

Se ha efectuado este tipo de contrato sobre diversos bienes y servicios: indumentaria, casas de comidas, peluquerías, farmacias, librerías, sistemas de enseñanza de idiomas, inmobiliarias, gimnasios, cines, y muchos otros. Casi todos los comercios habilitados en shoppings, se encuentran franquiciados.

El aporte que estas convenciones citadas, y otras, hacen al desarrollo económico es incuestionable.

CAPITULO 13
LA PRUEBA EN LOS CONTRATOS

Teoría de la prueba

Las palabras más ajustadas para la construcción de una definición que acote las ideas y focalice la teorización sobre el tema, la hizo el procesalista Lino Enrique Palacio; “La prueba es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas” (Palacio L. E. *“Manual de derecho procesal civil”*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot. 1992; pág. 434).

Si bien, el transcripto párrafo encierra un concepto objetivo, también conlleva otro subjetivo referido exclusivamente a las partes y que se encuentra implícito dentro de la cita: “...tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes...”. Es decir, que para las partes, la finalidad de la prueba es producir una certeza en el ánimo del juzgador sobre la existencia o no de los hechos alegados por ellas.

Fundado en lo cual, subsiste desde los albores del derecho procesal el viejo adagio “probar es vencer”. Con el transcurrir de los tiempos y el devenir de los acontecimientos, la antigua máxima fue mutando a otra, mucho más subjetivista: “probar o claudicar”. Las partes hacen el máximo esfuerzo por fundamentar los hechos alegados, con polos fácticos destinados a torcer el criterio judicial hacia el razonamiento propuesto por la demanda o la defensa, cada cual en su propio provecho.

En este tablero, donde todos los participantes del juego procesal mueven sus fichas, es trascendental el entendimiento del magistrado para la apreciación de la prueba. Antiguamente los jueces aplicaban el método de las “pruebas legales”, por el cual, su reflexión se montaba en situaciones que, por su contundencia, eran definitivas para el decisorio; por ejemplo: varios testigos declarando en un mismo sentido sobre un hecho determinado; o el trabajo experto sobre una pericia puntualizada.

Actualmente, se utiliza el sistema de las “libres convicciones”; donde el juzgador no está atado a ninguna circunstancia que no sea su propio criterio jurídico.

Para ello, el juez debe exhibir los fundamentos que lo llevan a decretar un fallo determinado, dentro de las posibilidades de resolución que se le presentan en cada caso. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ha llamado a este sistema “sana crítica”; la última parte del artículo 386 de este cuerpo legal, dice que “los jueces tienen el deber de expresar en

la sentencia la valoración de las pruebas que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”. Los magistrados deben explicar en que leyes basan sus sentencias y que hechos tienen por probados; con lo que le dan a las partes la posibilidad de apelar, en desacuerdo, sobre la aplicación de la norma o la apreciación de las pruebas.

Relaciones entre forma y prueba

Hemos explicado en el capítulo de la forma en los contratos, que los actos jurídicos requieren que la voluntad de las personas se revele en lo externo por algún medio. Así lo manda la norma desde el artículo 913, en el profundo tratamiento que efectúa de los Hechos. El contrato es básicamente, un acto jurídico; su esencia radica en el dato de voluntad que lo convierte en tal. Ahora bien, la actuación volitiva implica la transferencia de la intención desde el interior del sujeto hacia el exterior, produciendo un impacto social con alcance jurídico. El curso de acción elegido que lleva a la realidad la disposición del agente para producir el fenómeno, es la forma. En otras palabras; es la manera en que la persona pone en la sociedad el producto de su íntima decisión a través de una conducta.

Las pruebas son todos los instrumentos de los que las partes se valen en juicio para dar razones de la efectiva existencia de un contrato. Zago llega a una excelente conclusión: “Prueba de los contratos es determinar su existencia por elementos objetivos aptos para la razonable apreciación en sede judicial”. Es de toda obviedad, que el ámbito de la probanza queda circunscripto al juicio; en virtud de ello es que su regulación se encuentra, generalmente, en los códigos de procedimiento. Cosa que, desde ya, no sucede con la forma; dado que ésta tiene un carácter extrajudicial. Es elegida por las partes al momento de exteriorizar su voluntad común con la creación del contrato.

En síntesis, podemos afirmar que la forma es la manera en que la voluntad de las partes se expresa en el acuerdo. La prueba es el medio por el cual se demuestra la celebración del contrato y sus alternativas.

Método legal de la prueba contractual

Medios y modos

La doctrina tradicional ha tratado este tema como doble legislación, haciendo uso del lenguaje de manera que sus comentarios implican una

crítica a lo que consideran una superposición de materias.

La normativa sobre contratos es la única que contempla un capítulo sobre prueba en el Código civil, con extensión al Código de comercio. Los reparos que ha merecido este régimen obedecen a la concepción que todo lo concerniente a prueba pertenece a la ley de forma. Por lo tanto, debe encontrar su espacio regulatorio en los códigos de procedimiento y no mezclarse con la ley de fondo.

Por nuestra parte, entendemos equivocada la noción expresada en el párrafo anterior. Para explicarnos, debemos recordar que las leyes procesales, adjetivas o de forma pertenecen a la jurisdicción provincial, a la vez que las leyes sustantivas o de fondo rigen sobre el territorio de la Nación.

En este punto, debe hacerse exégesis sobre la normativa para no perder de vista que el legislador tuvo en miras conseguir la armonía jurídica del derecho contractual. Si los elementos de prueba que indica la ley sustantiva, que se estudiarán en los siguientes subtítulos, se encontrasen en la norma adjetiva; en una provincia se podría probar un contrato por instrumento particular y en otra no. El sólo hecho de imaginar un convenio realizado por dos personas que se encuentran en diferentes distritos ya nos conduce al escándalo judicial.

El Código civil enumera los medios en que se van a probar los contratos (instrumentos públicos, particulares, etc); pero de ninguna manera hace referencia a los modos en que van a llevarse adelante frente a los juzgados (formalismos, plazos, diligenciamientos preliminares, modos de impulsar y gestionar oficios, mandamientos, etc.), tal cosa dependerá de cada provincia, según las maneras descritas en los diferentes códigos procesales. En este orden de ideas, no encontramos duplicidad de regulación alguna entre la ley sustantiva y la ley adjetiva; sino que, por el contrario, entendemos que la legislación ha dirimido un inconveniente que las normas que señalan los procedimientos no podrían salvar.

Podrá debatirse si la regulación de la prueba sólo afecta a la materia contractual, o debió legislarse en la parte general, en relación al acto jurídico para abarcar luego a las obligaciones y a los contratos. En cualquier caso, no albergamos la menor duda, que la prueba contractual merece un capítulo en la ley de fondo.

Remisión a la ley de forma

Es acertado el criterio del legislador al presentar en el Código civil el capítulo “De la prueba de los contratos”, remitiendo a la ley adjetiva.

El artículo 1190 comienza: “Los contratos se prueban por el modo que dispongan los Códigos de procedimientos de las provincias federales”. En orden a lo estudiado, ya sabemos que el Código civil va a indicar algunos elementos probatorios de los que las partes podrán valerse para dar certeza a sus peticiones judiciales. Ahora bien, el modo en que lo harán, no se ha legislado en el cuerpo legal citado, por la sencilla razón que no es materia de su incumbencia.

El cause que los litigantes deben seguir para presentar ante la justicia cualquier tipo de instrumento, exponer presunciones, solicitar y realizar confesorias, juramentar, o proponer e impulsar testimoniales, dependerá exclusivamente de los códigos de procedimiento de cada provincia.

Es en esos libros legislados por los congresos de los diversos distritos, es donde se encontrará la manera en que la ley de rito habilite el camino a seguir para que los contratantes en litigio impongan al juzgador los medios probatorios que sustenten sus peticiones.

Como ya se ha explicado, la ley de fondo fija algunos de los elementos, de manera no taxativa, que pueden usarse para probar la existencia y alternativas de los contratos. Estos son de aplicación en el ámbito de la República; los jueces provinciales prestarán similar atención a ellos sin importar en que jurisdicción del país estén actuando.

Las leyes de forma, expresarán los diversos modos en que aquellos se expondrán a la vista de los jueces. Asimismo, dispondrán otros medios probatorios de índole procesal, como la prueba de peritos, cartas misivas, oficios, etc.; y las modalidades en que tramitarán cada una de ellas, según las normas adjetivas de las diferentes provincias.

Medios de prueba en la ley de fondo Valor probatorio

Instrumento público

El marco legal del instrumento público se encuentra en el articulado que va del 973 al 996 del Código civil. Su característica fundamental es la intervención de un funcionario público con facultades suficientes para otorgar esta calidad documental o convertir un instrumento privado en uno público; como lo expresa el artículo 984, donde el juez ordena protocolizar un acto particular entre los instrumentos públicos, transformándolo en uno de esa especie desde el día que el magistrado lo ha decretado.

No obstante, el artículo 986 dice que en su confección como tal, el

instrumento público debe estar revestido de las formalidades que la ley establece, en los términos del 1001.

Los contratos que se elaboran bajo esta forma, ya sea por imposición legal o por adopción de las partes, se hallan comprendidos en el inciso 1°, del artículo 979, aunque no los designe expresamente. Los contratos extendidos en instrumento público, no sólo adquieren ese rango en la jurisdicción donde se realizan, sino que guardan esa calidad en todo el territorio nacional.

La Fuerza probatoria del instrumento público implica que tiene autenticidad en cuanto a su contenido; pero el art. 993 apunta que hace plena fe hasta que sea argüido de falsedad; cosa que implica que su tenor puede ser puesto en tela de juicio. El cuestionamiento puede ser civil o criminal, sobre la existencia de los hechos, que el oficial público ha cumplido por sí mismo o que han sucedido por ante él. La nota al artículo deja en claro que el funcionario sólo puede aseverar lo que ve y nada más; si plasma en el documento que la parte está en pleno uso de sus facultades mentales, esta aserción no hace plena fe y admite prueba en contrario. La resolución legal es lo suficientemente atinada, ya que el notario no es un experto en psiquiatría como para realizar esa afirmación.

Por otra parte, tiene legitimidad la fecha en que se extiende el instrumento público. La combinación de la primera parte del artículo 1004, “son nulas las escrituras que no tuvieren la designación del tiempo y lugar en que fuesen hechas...”, y el 1005, “es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser hecha”; arrojan claridad indiscutible sobre el particular. Si la fecha de confección del instrumento no es la real, es muy probable que se haya fraguado o que el escribano haya cambiado el dato real por uno apócrifo; en cuyo caso, las sanciones que le caben al funcionario, aparte de ponerlo en posición de perder la matrícula, pueden llevarlo a dirimir su responsabilidad en sede criminal.

Para terminar, digamos que, de acuerdo al artículo 1194; el instrumento privado que alterase lo que se hubiese convenido en un instrumento público, no producirá efecto contra tercero. De la lectura de la norma se extrae expresamente que los terceros no son afectados por las modificaciones que las partes estipulen de esta manera; y se deduce que el instrumento privado que cambia el contenido de un contrato extendido en escritura pública, tiene efectos entre las partes.

Instrumentos particulares firmados o no firmados

El artículo 1190 del Código civil admite como medio de prueba los

instrumentos particulares firmados o no firmados. Es imprescindible establecer a que se refiere concretamente el precepto legal.

El 1012 dice que “la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada, Ella no puede ser reemplazada por signos, ni por las iniciales de los nombres o apellidos”. No vamos a extender el análisis del tramo de ley, en razón que su estudio pertenece a los cursos de obligaciones, y descontamos que quién está leyendo esta obra ya ha superado aquel segmento de las correlatividades. Pero en ello debemos detenernos, dado que la ley es clara al ordenar que el instrumento privado no puede adolecer de firma. Si de ella careciese, el documento sería nulo.

En este orden de ideas, cabe preguntarse si el 1190 se está refiriendo a los instrumentos privados, cuando establece que se prueban los contratos por instrumentos particulares firmados o no firmados. La respuesta correcta es que no se está reseñando expresamente a los privados, porque si así fuera, no podríamos leer el acápite “...no firmados”. Nuestro pensamiento estriba en que, según la norma citada, la firma es condición esencial para la existencia de todo acto en forma privada.

La evolución documental, arroja una marcada profusión de los contratos insertos en instrumentos particulares no firmados: todo tipo de contratación de transporte, desde el metro hasta los vuelos internacionales; los tickets para ingresar a cualquier espectáculo y una infinidad más. A decir verdad, a medida que pasa el tiempo, se van sumando una buena cantidad de contratos no firmados, sobre todo a partir del desarrollo de las nuevas tecnologías comunicacionales.

Es evidente que la ley, cuando habla de los instrumentos particulares no firmados, invoca un tipo de forma contractual diferente e independiente de los instrumentos privados. Estos requieren la rúbrica de las partes para responder a su naturaleza; el particular, por el contrario, no necesita signatarios para constituirse en un contrato conformado.

La firma: El legislador introdujo una definición acuñada por Savigny en la nota al 916; allí se plasmó que la declaración escrita se hace poniendo el nombre propio debajo de un acto escrito, y la firma establece que el acto expresa el pensamiento y la voluntad del que lo firma. En otra nota, la del 3639, avanza de la siguiente manera; la firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad. Regularmente la firma lleva el apellido de la familia; pero esto no es de rigor si el hábito constante de la

persona no era firmar de esta manera.

La firma es la bandera de la persona en sociedad; es el símbolo que lo distingue de todas las demás, en el ámbito nacional como en el internacional; es individual e intransferible.

La combinación de las ideas encontradas en la ley civil produjo en la jurisprudencia la convicción que nada obsta a que las firmas se efectúen con cualquier tipo gráfico, incluso los llamados garabatos; siempre que en los documentos de identificación personales aparezcan éstos como indubitables escudos de individualización. Asimismo, puede el firmante hacerlo con un seudónimo, si es públicamente conocido a través de él y no deja dudas sobre su identidad.

No sólo puede verificarse la rúbrica como autográfica; hay otras maneras posibles: El artículo 20, inc. 3° del Código de comercio permite que la parte pida, ruegue, a otra persona que suscriba el documento privado por no saber o no poder; esta modalidad de refrendo se ha dado en llamar “firma a ruego”. Salvat tenía una posición muy contraria a la contenida en la ley mercantil; entendía que quién no sabe firmar, no está habilitado para otorgar actos jurídicos (contratos), a menos que lo haga por instrumento público.

No es tan fácil la implementación de la firma rogada en el derecho civil, dado que el supuesto rubricante, debe ser llamado a reconocerla como propia. Esto sucede con todo tipo de autografiado en lo civil, porque es la manera de abrir la vía procesal, en los términos del artículo 1031 del Código civil. La firma puede ser otorgada en blanco, según el articulado que comienza a la altura del 1016; obviamente, el refrendo se produce con anterioridad a la redacción por escrito; en estos casos, también debe ser llamada la persona a reconocimiento.

El firmante puede oponerse, probando que las obligaciones pos-escritas jamás conformaron su intención; la probanza exigida no incluye las testimoniales. En el caso que se logre la tacha de nulidad del contrato, éste va a subsistir en cuanto a terceros que hayan contratado de buena fe, en virtud de la protección de los derechos de estos últimos que hace el artículo 1051 del Código civil.

Lo anterior no se sostiene, si el soporte sobre el que se realizó la firma le fue sustraído al signatario y así lo prueba. Para comprobar el despojo se admiten testigos. Las convenciones hechas con terceros por el portador del acto no pueden oponerse al signatario, aunque los terceros hubiesen procedido de buena fe.

Por otra parte, no se admite que el firmante de un contrato lo haga a través de impresión digital. La jurisprudencia ha resuelto que pudo haberse

obtenido en estado de inconciencia o después del fallecimiento del rubricante. Además, se presta para engañar a personas que no saben leer, donde debiera aplicarse la doctrina Salvat.

Reconocido el contrato por quién estampó la impresión digital, deberá dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en el convenio.

Los instrumentos privados tienen un valor probatorio relativo porque no gozan por sí mismos de autenticidad; se debe cumplir primero con el reconocimiento de la firma. Producido lo cual, queda reconocido el contrato en su totalidad. Si tal reconocimiento se produce en sede judicial, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscripto y sus sucesores; todo ello en los términos de los artículos 1028 y 1026, en ese orden.

Asimismo, la firma certificada por escribano, adquiere la misma fuerza probatoria que el declarado o reconocido en juicio.

Los instrumentos privados, incluso los reconocidos, no prueban contra terceros la verdad de la fecha expresada en ellos. Su fecha solo tomará el carácter de verdadera, es decir “fecha cierta”, en los supuestos del artículo 1035 del Código civil.

Firma digital (transcripción y repetición): La forma de rubricar el contrato adquiere nuevas dimensiones; el ejemplo más moderno es la aparición de la firma digital. La definición que podemos encontrar de este tipo de rúbrica en el diccionario es la siguiente: La firma digital (Electronic signature) es un régimen de tipo criptografía asimétrica, a la que se le asigna las propiedades de seguridad que tiene la firma manuscrita volcada en soporte papel.⁹

La firma debe acompañar a un mensaje al que le implanta autenticidad, desde que se fija el presupuesto que dicho mensaje emana del signatario. Se puede utilizar desde en un e-mail hasta en un contrato; aparece en cualquier tratamiento electrónico representando la intención del signatario. El sistema fue concebido con el fin de dar seguridad a un sinnúmero de transacciones que se realizan en la red, dado que los registros electrónicos pueden ser cambiados o que el rubricante lo desconozca como propio.

En noviembre de 2001 fue sancionada la ley 25.506, llamada “Ley de firma electrónica y firma digital”. El propósito del legislador es que no existan diferencias entre la firma manuscrita y esta renovadora manera de rubricar las contrataciones dentro de la red. Así lo expresa la primera parte de su artículo 3°: “Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital”. En suma, el objetivo es que la firma tecnológica siga siendo la bandera del firmante, a la vez que le

⁹ www.es.wikipedia.org/wiki/Firma_digital. Abril, 2010

provea inalterabilidad por medios propios del sistema virtual.

El resultado del cumplimiento de lo prescripto en la norma es que el documento digital adquiere la categoría de instrumento jurídico, en la medida que esté compuesto de texto y firma elaborados por medios tecnológicos, obteniendo con ello la misma fuerza y legitimidad que cualquier otro instrumento redactado y firmado a la manera tradicional.

Esta ley persigue el reconocimiento de los efectos jurídicos de este método técnico, cuyo basamento descansa en complejos principios matemáticos encriptados que viajan por el ciberespacio, posibilitando la acreditación de la titularidad de documentos electrónicos y la verificación de ello a distancia por personas extrañas al emisor. El artículo segundo de la ley dice: “La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes”. El sistema busca, en lo inmediato, asegurar que el documento ha sido efectivamente confeccionado por la persona titular de la firma. Y en lo mediano, dar validez jurídica a los contratos y garantizar la autoría de los documentos.

Para que la circulación de bienes y servicios a través de la red sea posible, el Poder Ejecutivo deberá autorizar instituciones para que cumplan la función de “certificadores autorizados”, que serán los encargados de realizar la verificación de autenticidad, identificación del firmante y detección de alteraciones.

Lamentablemente, la ley no prevé sanciones para los organismos que no cumplan o desarrollen defectuosamente las tareas de comprobación; aún se está a tiempo de tal perfeccionamiento, dado que se trata de un área de reciente desarrollo.

Pasando por alto las críticas que ha merecido la ley 25.506, lo cierto es que su confección y aprobación conforma un enorme paso hacia la modernidad de nuestro sistema jurídico en materia contractual, que va a redundar en mejoramiento y agilidad de las transacciones civiles y comerciales.

Como la firma ológrafa, la digital es de aplicación general. No responde a uno o algunos contratos, sino que es útil para todos. Más aún, su perfil es de neto corte obligacional, lo que le da un tinte amplio por sobre las contrataciones. Puede utilizarse para asumir todo tipo de obligación, por lo que el carácter genérico es propio de su naturaleza.

Confesión de partes judicial o extrajudicial

Comentando a Lessona, Garrido tiene por definido el concepto de confesión: “es la declaración judicial o extrajudicial, espontánea o provocada,

mediante la cual una parte capaz de obligarse, y con ánimo de proporcionar una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo”.

Básicamente, la confesión significa que, a partir de la declaración, los hechos sobre los que se formula ya no admiten cuestionamientos. El confesante debe ser capaz para que el acto confesorio sea efectivo.

La confesión extrajudicial se produce fuera del juicio y se acredita por cualquier medio de prueba.

La confesión judicial puede ser expresa o ficta. Es expresa cuando el deponente la manifiesta personalmente; demás está decir que la confesión estriba en la voluntad libre de formular una manifestación en su propia contra.

Es ficta cuando, debidamente citado, no comparece, se rehusa a responder, o lo hace de manera evasiva. En estas circunstancias, las leyes procesales tienen por confeso al incomparecente.

De cualquier manera, la confesión hace plena prueba. En caso de duda, debe interpretarse a favor de quién la declara.

Juramento judicial

El doctor Alterini sostiene que “antiguamente se admitía que la fijación del importe del crédito o de los perjuicios reclamados fuera deferida al juramento del actor”; es decir, que se le creía a las personas que se juramentaban en sede judicial: En realidad, aquella condición no se agotaba al ámbito de la justicia, sino que era una cualidad que se alojaba en los valores de época, donde, en general, se daba cumplimiento a la palabra empeñada. El mismo autor concluye que “el juramento estimatorio conserva un reducido ámbito de aplicación...”.

Los jueces prefieren en la actualidad, fijar algún tipo de caución ante cualquier pedido de una de las partes que ponga en riesgo el objeto del juicio o el patrimonio de la contraparte de manera injustificada.

Presunciones legales y judiciales

Siguiendo el entramado del pensamiento del autor citado, digamos que las presunciones judiciales sirven para formar el convencimiento del juez, por la imposibilidad de obtención de prueba de los hechos que hacen a las alternativas de los contratos. Estas presunciones judiciales o propiamente dichas, provienen del derecho romano; el *indicare*, hoy *indicio*, que permite llegar a un hecho que se desea conocer a partir de otro hecho conocido.

Lafaille ilumina el concepto expresando que “es una prueba por conjunto de circunstancias; es un ejercicio de inteligencia del juzgador para deducir la verdad, utilizando los antecedentes que tiene a la vista y que conjugan todos hacia el propósito perseguido”.

Las presunciones legales, por otra parte, no pertenecen a la teoría de la prueba, no tienen en mira el convencimiento del juez. Ciertos hechos deben valer como constitutivos, impeditivos o extintivos bajo condición que no sea probado lo contrario (Chiovenda).

De la conjunción de los artículos 1561/62/63, obtenemos un ejemplo práctico cuando la ley presume que el inquilino recibió la cosa en buen estado, salvo prueba en contrario.

Dentro de las presunciones, se distinguen dos especies; las *jure et jure*, que no admiten prueba en contrario; y las *juris tantum*, que hacen útil la prueba. La parte a quién se opone la presunción, tiene la carga de destruirla; en materia contractual, esta apreciación es absolutamente relevante.

Testigos

Testigo es aquel que efectúa una declaración sobre hechos con los cuales no guarda ningún tipo de vinculación, y que ha percibido a través de sus sentidos. Para los contratos, el artículo 1193 pone un límite a la posibilidad de recibir testimoniales; “Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos”.

La prescripción que hace la norma va cayendo paulatinamente; los jueces admiten en determinados contratos de montos mayores al normado, la prueba testimonial; en virtud que ésta ayuda a formar el criterio judicial para establecer la verdad de las finalidades contractuales frente a la carencia de otros elementos probatorios.

Aplicación de los medios de prueba del Código civil

El artículo 1191, en su última parte, dice que los medios de prueba enumerados en el artículo anterior se aplican a: los contratos que tienen una forma determinada en las leyes, salvo que no se pudiese obtener la prueba designada. Los contratos cuya exigencia de forma es solemne crean dudas con respecto a la consideración del artículo; hay que tener presente que, en este tipo de convenio, la forma es un elemento esencial. Entendemos que si no hay posibilidad de obtener la forma solicitada por

la ley, en estos pactos, debemos inferir que al contrato le falta una de sus aristas constitutivas; en su razón, sostenemos que el convenio no está necesitando un medio de prueba, sino una parte de su propio cuerpo, de la misma manera que si no tuviera causa, objeto o consentimiento.

Lo dicho ya no puede prestarse a confusión por parte de los litigantes; sobre todo, porque el mismo legislador aclara a qué se refiere. En el artículo 1192 dilucida que habrá imposibilidad de obtener o de presentar prueba escrita del contrato, en los casos del depósito necesario o cuando la obligación hubiese sido contraída por incidentes imprevistos en que hubiese sido imposible formarla por escrito.

Si bien todavía no se ha estudiado el contrato de depósito, digamos que en sus especies hay una que se denomina “depósito necesario”. Una vez que la ley se refiere a él en el artículo transcrito, inmediatamente parece querer explicarlo. Efectivamente, esta relación se establece en el momento que el depositante, por condiciones ajenas a él, requiere con urgencia, frente a circunstancias extraordinarias, la guarda de uno o varios bienes, sin que tenga la posibilidad de establecer el contrato de la manera natural en que ellos se hacen, por oferta y aceptación. En estos casos, no hay oportunidad de confeccionar soporte alguno que acredite la existencia y alternativas del pacto y, desde ya, se da la imposibilidad de obtener la prueba designada por la norma.

También tienen lugar de uso estas pruebas cuando hubiese habido principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumentos privados. El principio de prueba por escrito es cualquier documento, público o privado, que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso. Ya hemos manifestado que las cartas misivas no prueban los contratos, sin embargo, si una parte tiene en su poder, por ejemplo, cartas que la otra parte le enviara con el objeto de formar un contrato, podrá ventilarlas en juicio como principio de prueba por escrito a los efectos de crear la convicción del juez en cuanto a la determinación de las responsabilidades precontractuales.

El ofrecimiento de la prueba del 1190, siempre tiene lugar cuando se dirimen cuestiones que recayesen sobre cualquier vicio de los contratos. Obviamente, en este punto, los medios de prueba se miden desde una percepción amplia, desde el concepto que, un vicio debidamente probado va a acarrear la nulidad del contrato.

Finalmente, la ley de fondo se focaliza sobre la prestación cumplida. Dice el artículo 1191 in fine, “cuando una de las partes hubiese recibido alguna

prestación y se negase a cumplir el contrato”. Ante la sola enunciación legal, dado un hecho concordante, seguramente se incline el criterio por la culpa del último de los nombrados por la ley. Sin embargo, deben establecerse las implicancias de la totalidad de los aspectos contractuales, sumados a las alternativas de cumplimiento de las prestaciones para obtener la realidad de una determinada relación contractual. Para ello, es óbice abrir la posibilidad de utilización de prueba, tal como la ley lo hace, conducente a establecer las verdaderas circunstancias contractuales.

CAPITULO 14
INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Interpretación e integración

Interpretar es desentrañar el sentido de algo. La labor del interprete consiste en internarse en el espíritu del contrato y buscar las respuestas a algunos pocos interrogantes: ¿qué tuvieron en miras los celebrantes?; ¿es adecuada la relación contractual establecida para alcanzar los fines para los que fue creada?; ¿los beneficios a obtener son equitativos para las partes?; ¿la norma contractual construida por los contratantes, es legítima y ajustada a derecho?.

Aftalión y Vilanova sostienen que “La verdad es que los jueces no interpretan las leyes, sino que intuyen y descifran conductas, a través de ciertos esquemas de comprensión -tipos, estándares- que son las leyes”. Pero si se identifica al derecho con los libros legales, con los términos de la norma, como ocurre con las corrientes dominantes, resulta que se interpreta un texto, un conjunto de palabras y el sentido que se busca queda acotado solo a lo que los vocablos expresan.

Esta concepción de la interpretación del derecho, parte de la escuela kelseniana y muere con el advenimiento de la escuela egológica, que ha beneficiado el estudio de la ciencia jurídica, mutando aquella concepción hacia la refrescante comprensión que, en derecho, no se interpretan sólo las palabras, sino todas las circunstancias del fenómeno jurídico.

Es tentador suponer que el cambio del objeto del universo de la justicia, de la norma (Kelsen) a la conducta (Cossio), fue concebido por el filósofo pensando en los contratos.

Es atendible la fina percepción del filósofo Carlos Cossio, para quién el derecho es aplicado normalmente por sus destinatarios sin que sea necesaria la intervención tuitiva del Estado. La primera posibilidad que se le presenta a la conciencia de las personas es la de cumplir con su deber propio, y la mayor parte de la gente obedece y aplica voluntariamente las normas. Las personas viven dentro del derecho sin apenas darse cuenta, y consideran la práctica jurídica como algo habitual y necesario, prescindiendo incluso de la influencia de las sanciones previstas por las normas para el caso de incumplimiento.

La integración de las normas le aporta al juez la posibilidad de cerrar el ordenamiento jurídico. Desde un punto de vista ideal, la estructura piramidal de la justicia es una totalidad exhaustiva que no tiene lagunas, y que provee lo necesario para resolver todos los conflictos que pudieran llegar a suscitarse.

El mismo principio aplica a los contratos; el intérprete puede encontrar que en algún acuerdo haya vacíos legales que deben ser colmados. Para esos casos, cuando no alcanza con las reglas de clausura para mantener la plenitud del sistema, opera la integración, que le permite al intérprete completar y unificar la comprensión del convenio.

La integración es una tarea complementaria de la interpretación, que debe realizarse solo en los casos en que existan lagunas; y que consiste en cubrir esas falencias para que el contrato se complete.

Puede hacerse de dos maneras; por “autointegración”, cuando el vacío se cobija al encontrar el sentido de la cláusula confusa o sucia, en las demás cláusulas del mismo contrato; o por “heterointegración”, cuando se habilita la posibilidad de subsanar la carencia recurriendo a normas de otros contratos o de la parte general de la especialidad o a los valores y fuentes del derecho.

Tanto interpretar como integrar un contrato es un proceso de comprensión que fija el contenido y el valor de lo acordado. Se interpreta y se integra para conocer objetivamente la realidad del contrato

La naturaleza de las normas de interpretación

Destinatarios

La interpretación pretende descubrir, para sí mismo (comprender) y para los demás (revelar), el pensamiento del intérprete y establecer el verdadero sentido del contrato. La sola aprehensión psicológica de un convenio y el trabajo de meditación que él exige para ser comprendido, es ya obra de interpretación. Es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a formas representativas que son fuente de valoraciones jurídicas.

El acto de interpretar demanda objetividad del sujeto que emprende la tarea; pero, persona al fin, la acción se ciñe a una cadencia emotiva que tiñe de subjetividad y afina el entendimiento de quién se dispone a conocer el objeto y el fin de una bilateralidad consentida.

Es por eso que Alterirni siente que la interpretación debe ser acorde a la naturaleza del contrato; y cita a Ulpiano para reafirmar la idea; “Cuando las palabras de una estipulación son ambiguas, es lo más práctico interpretarlas de acuerdo al objeto que procurará el resultado del negocio querido por las partes”.

Garrido parte en dos las normas de interpretación, y lo hace de acuerdo a

su obligatoriedad; una corriente se inclina por entenderlas como pautas, consejos, dirigidos al juez; y otra sostiene que son verdaderas normas imperativas a las cuales deben ajustarse los magistrados para la dilucidación de los contratos.

Tómese debida nota, que el último autor citado, en cualquiera de los dos agrupamientos que realiza, tiene a los órganos jurisdiccionales como exclusivos destinatarios de las normas que se refieren a la interpretación de los contratos. De hecho, lo expresa abiertamente: "...ello ha determinado la consecuencia de considerar al juez exclusivo intérprete de los hechos". Nuestra oposición a la opinión del prestigioso jurista es firme.

La normativa sobre interpretación de los contratos se extiende y abarca a todos los que se conectan a él, ya sea en el momento de su gestación, en su desarrollo, o en el conflicto, si tal situación tuviere lugar; incluyendo a los terceros que pudieren ser afectados de alguna manera por el pacto.

Las celebrantes deben armonizar la finalidad que se proponen alcanzar con las cláusulas que van a utilizar como vehículo hacia aquel logro. El juez deberá comprender las conductas de las partes en base a todas las circunstancias del acuerdo, incluida la letra del mismo en el supuesto que lo hayan redactado. Los terceros que se encuentren perjudicados o beneficiados por el convenio, tienen que interpretarlo para saber qué y como demandar por sus derechos.

Reglas de interpretación en el derecho argentino

La buena fe contractual

Si hemos de hablar de la buena fe, tenemos el deber de acudir al pensamiento del maestro Cueto Rúa, quién generosamente nos invita a reflexionar: "La buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para penetrar la regla moral en el derecho positivo. En este sentido, ella se presenta como una opción única. Se trata en todos los casos de tener en cuenta un cierto comportamiento; pero desde la técnica jurídica la buena fe pierde su unidad. Combinándose con las reglas jurídicas sobre las que influye de un modo u otro, ella no puede ser definida más que en función del mecanismo jurídico en el cual se integra. En tal sentido no existe por lo tanto una definición precisa de la buena fe, más exactamente, ella existe en cuanto se hacen aplicaciones particulares de esta noción.

La buena fe representa un punto de contacto entre el derecho y la moral, una especie de tracto de unión entre estas dos disciplinas, permitiendo a

la moral acceder a la vida jurídica y asegurando una mejor adecuación del derecho a la regla moral.

La buena o mala fe son elementos psíquicos, un producto de la voluntad y, sobre todo, de la intención. Ella es una cualidad personal. Los hombres de buena fe son como los hombres de buena voluntad, el derecho ha sido hecho para ellos.

La Buena fe aparece en el derecho romano en la *emptio*;¹⁰ y se amplía hacia la posesión y la usucapión. En el ámbito contractual, surge a propósito del funcionamiento de los contratos atípicos.

En la labor del pretor, más precisamente en la del pretor peregrino, el concepto adquiere gran impulso, como herramienta concreta auxiliar en el desempeño del magistrado, quien crea derecho con ella para dirimir conflictos.

El Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetz Buch*), adopta la Buena fe como principio rector de las obligaciones, difundiéndolo desde allí a gran parte de los códigos europeos. Luego, la buena fe es utilizada de la misma manera en el sistema de las contrataciones internacionales.

Nuestra legislación originaria no le abre la puerta a tal regla. Vélez Sarsfield desarrolla el articulado obligacional y contractual bajo el influjo del “*pacta sunt servanda*”, observando que ambos principios se excluyen entre sí. La selección de uno dio por muerto al otro.

En el año 1968, la ley 17.711 instala el siguiente texto en el artículo 1198: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”. Logra con ello traer a nuestro ordenamiento una pauta de elucidación de los acuerdos particulares, tanto civiles como mercantiles, que no existía hasta aquel momento.

La disposición del artículo citado en el párrafo anterior es la única norma de interpretación de convenios que obra en el Código civil. Asimismo, se hallan en el Código de comercio, los artículos 217, 218 y 219 que también hacen a la comprensión de los pactos; pero éstos poseen una contextura más técnica y vienen a secundar al precepto del 1198 para apuntalar el criterio del intérprete.

La buena fe es la convicción que tiene una persona, que su comportamiento es regular y permitido, no obstante el mismo pueda ser irregular y antijurídico. Es relevante que el individuo esté persuadido que su conducta es justa y legítima, sin perjuicio que pueda probarse luego, que tal proceder

10 www.wikipedia.org/Emptio. “*Venta de esperanza*”. El término se utilizaba en el derecho romano, para designar un contrato mediante el cual, una persona (comprador) pagaba un precio a otra (vendedor), a cambio de una cosa que puede que se produzca en el futuro o no, asumiendo el riesgo de pagar el precio, a pesar que la cosa no llegue a producirse.

se encontraba viciado al otorgar el acto.

Se conforma en cada parte una expectativa respecto al proceder de la otra, donde se configura un mínimo de certeza y seguridad que actúa como nexo tácito que obra como impulsor del negocio jurídico. El imperativo de no defraudar la confianza dispensada y exigida, halla su expresión en el Código civil, en la exigencia de observar la buena fe.

Estas disposiciones deben presidir la conducta negocial de los celebrantes e integrar los contenidos de las estipulaciones. La buena fe no es un rasgo íntimo del agente, que debe extraerse de él utilizando herramientas del derecho. Por el contrario, es nuestra convicción que es posible de ser objetivada, de modo que los comportamientos esperados se correlacionen con parámetros socialmente aceptados.

La noción de buena fe establece pautas de conductas, instituyendo reglas de juego no escritas que las personas con capacidad para contratar no pueden desconocer y no deben obviar en la creación de las estipulaciones. Entender las normas de lealtad y de buen hacer como reglas consuetudinarias que corresponden a lo que un contratante medianamente diligente y leal se siente en el deber de hacer, acorde a su condición cultural y económica. Hay que tener presente que la buena fe no sólo se manifiesta en el contrato celebrado, sino también en las tratativas preliminares, en la etapa precontractual, bajo pena de indemnizar los perjuicios que se pudieran provocar; en particular, por el llamado “daño in contrahendo”,

La buena fe resulta una disposición ordinaria del contrato, sea o no típico. Encarna un catálogo de conductas regentes en las relaciones jurídicas, indispensables para que las expectativas de los celebrantes se puedan plasmar en la realidad a través del convenio en un cuadro de confianza.

El sistema de derecho y los agentes jurídicos conciben hoy el principio de buena fe de manera objetiva. Los contratos típicos, parcialmente típicos y atípicos, responden íntegramente a ella. No hay pacto que excluya el precepto, como elemento principal de interpretación. En estos fundamentos, es ineficaz exigir el apego a leyes específicas contractuales, ya que la buena fe se encuentra presumida en todo convenio, por lo que deberá probarse, en su caso, la mala fe de cualquiera de los partícipes.

En esta inteligencia, cualquier acuerdo con contenido patrimonial puede sostenerse en el ordenamiento jurídico, en la medida que se encuentre subordinado al principio de buena fe en su celebración, ejecución e interpretación; ya sea de las partes, o del juez en caso de conflicto. Ello, junto a la causa final lícita, conforma un marco regulatorio eficaz y conveniente para todo negocio jurídico.

Normativa mercantil

Originariamente no existieron reglas de interpretación en el Código civil, hasta que la ley 17.711 incorporara la buena fe como principio rector de la comprensión de los contratos. Pero, el legislador había añadido en el Código de comercio, sendas normas que concentraban el tema y que, todavía hoy lo hacen. Así, los artículos 217, 218 y 219 del cuerpo legal mercantil rigen el arte de la comprensión en la especialidad y, derecho privado al fin, alcanzan y aplican a los contratos civiles.

El artículo 217 del Código comercial reza “las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido que le da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo”. Imagina la norma a un estipulante, que al momento de tener que dar cumplimiento a la obligación que pesa sobre su cabeza, alega que no pudo entender aquello que referían exactamente los términos de lo pactado. Esto es un error de derecho, cuyo régimen ya se ha estudiado en la primera parte del capítulo de los vicios, a donde remitimos. Digamos a modo de síntesis, que el precepto deriva directamente del principio general del derecho privado, contemplado en el artículo 20 del Código civil, y que de ninguna manera puede excusar el error y la ignorancia de lo que se ha firmado; sobre todo, teniendo en cuenta que el contrato es una norma.

El extenso artículo 218 aporta un nomenclador para la elucidación de los contratos, en una buena cantidad de inconvenientes de interpretación que se puedan presentar.

El inciso 1° contempla; “habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos”. Cuando la terminología se presenta equívoca, ya sabemos que no hay dispensa posible a menos que se demuestre el vicio de error. Por lo tanto, es indispensable determinar la causa fin del contrato, como elemento esencial del mismo, y en armonía con el objetivo trazado por los estipulantes, determinar el sentido del vocablo con adecuación a la finalidad del contrato.

El inciso 2° dice: “las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y preciso empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el contexto general”. Es este un claro modelo de la integración de los contratos que se ha comentado en la primera parte del presente capítulo. El inciso no habla de las palabras, como el que lo precede, sino de las cláusulas del acuerdo;

cuando se dificulte la comprensión de éstas, debe integrárselas con el sentido general que arroje la lectura completa de la convención, y en su razón, integrar la cláusula al sentido del contrato.

El inciso 3° reza; “las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad”. Este es el “principio de subsistencia” de los contratos; como ya lo dice la ley, cuando dos cláusulas se oponen entre sí, el parámetro de interpretación que dirige el criterio de quién deba dilucidar el conflicto es siempre la aplicación del principio de subsistencia; ya sea que deba desechar la cláusula nociva para el convenio o, de dos buenas, elegir la más conveniente a la causa con la que el contrato fue creado.

El inciso 4° expresa; “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”. La escuela egológica, de la mano del filósofo argentino Carlos Cossio, ha enseñado que el objeto del derecho no es la norma, como proponía la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, sino la conducta. Los contratantes pudieron efectuar un contrato meramente verbal; o confeccionar un escrito que en nada armonice con los comportamientos que lleven al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el convenio. En cualquier caso, el intérprete debe atender a la conducta posterior a la celebración del contrato para acertar en la interpretación del mismo por sobre la letra de lo pactado. Hasta no hace demasiado tiempo, se sostenía que quién desea conocer sobre un contrato, debe hacerse del instrumento que manda el inciso para colocar la voluntad real, que se manifiesta en los hechos, por encima de la voluntad declarada, que se encuentra en las cláusulas que las partes han volcado al papel.

El inciso 5° indica que; “los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos”. Otro principio del derecho privado, en este caso, específicamente, del derecho mercantil. Siempre las actuaciones de los comerciantes se entienden en búsqueda del lucro; de allí la expresión del inciso, que no hace más que plasmar un axioma de la regulación genérica que ha merecido su concepción y que se encuentra normada en el Código de comercio.

El inciso 6° señala que; “el uso práctico generalmente observado en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras”. Podría

circunscribirse el contenido de la norma a la actividad mercantil, dado que la principal fuente del derecho comercial es la costumbre; sin embargo, los jueces fueron corriendo la membrana de culminación de la zona de aplicabilidad del precepto hacia las contrataciones civiles; por lo tanto, su utilización dependerá de la interpretación que hagan los magistrados en cada contrato. La costumbre jurídica no es sólo la repetición de comportamientos, es derecho consuetudinario. Por ello se halla dentro del ordenamiento jurídico como una fuente más del derecho. Por otra parte, este inciso en combinación con el cuarto, fijan las coordenadas de la importancia de la conducta para conocer y entender un contrato.

El inciso 7° observa que; “en los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre a favor del deudor, o sea en el sentido de liberación”. Este es un antiguo principio latino. “favor debitoris”. Gran parte de la doctrina no pone en duda el contenido del mensaje de esta porción de la norma. En contraposición, estamos convencidos que los hechos se han encargado de desestimar el axioma. El viejo adagio se fundamentaba en la protección a la parte más débil de la relación contractual, el deudor. Hoy el proverbio ha perdido su antigua potencia debido al cambio en los vínculos negociales, donde el más débil, muchas veces, no es el deudor. Cuando una persona realiza un depósito bancario en su caja de ahorro; el banco es el deudor de esa suma a favor del depositante; es de toda obviedad que en este esquema contractual, el banco no es la parte frágil.

El artículo 219 prescribe; “si se omitiese en la redacción de un contrato alguna cláusula necesaria para su ejecución, y los interesados no estuviesen conformes en cuanto al verdadero sentido del compromiso, se presume que se han sujetado a lo que es de uso y práctica en tales casos entre los comerciantes en el lugar de la ejecución del contrato”. Este artículo marca una suerte de integración amplia, poniendo al contrato en contexto de las maneras en que normalmente se cumplen las obligaciones contractuales en un lugar y tiempo determinado. La costumbre jurídica es un arma eficaz para la interpretación de las convenciones. Por otra parte, este inciso renovó sus bríos con la aparición de los contratos con cláusulas predispuestas o por adhesión, donde los juzgados se han encargado de encausar las relaciones contractuales que se contaminan con la redacción de los pactos en manos de un solo estipulante.

Finalidad objetiva de las normas de interpretación

Al conjuero de los tres artículos que regulan el modo de interpretar los contratos en derecho privado, puede deducirse de su lectura que todos están por la sustentabilidad del convenio. La compleja trama de posibles dificultades y conflictos surgidos de y en los contratos comprendida en la letra de la ley, no abre camino a la nulificación de las estipulaciones; muy por el contrario, la norma tiende a salvar cualquier inconveniente, obstáculo y entorpecimiento que pueda minar la normal vida del acuerdo. La legislación indica a las partes como debe formarse y construirse un contrato, para que sus efectos conduzcan al logro del fin trazado; en el mismo tenor que instruye al magistrado a que encuentre la manera de sanear los escollos y mantener con vida las estipulaciones.

CAPITULO 15

EFFECTOS ENTRE PARTES Y TERCEROS

La Real Academia Española ha elaborado varias definiciones del vocablo efectos (del lat. *Effectus*); elegimos uno, “aquello que sigue en virtud de una causa”. Hacemos nuestro el dictamen, y desde él procedemos a encarar, en este segmento de la obra, el esclarecimiento del impacto que tienen los contratos una vez que comienzan a desplegar los resultados de las relaciones contractuales establecidas por las partes.

Los efectos, entonces, son las consecuencias jurídicas que las convenciones producen. Alguna doctrina ha dado por sentado que ellos son solamente “crear, modificar o extinguir obligaciones”; entendemos que es una posición muy técnica y demasiado esquemática; atada exclusivamente a la terminología normativa, que confunde la vida propia del acuerdo con su causa. Visto así, el tema no necesitaría explicación alguna. Despojados de sustancia, sólo habría que esperar su culminación para comprobar si logró producir aquello para lo que fue creado. Insistimos, esto es enredar a la causa en una trama de la que es relativamente ajena.

Sin dudas, los efectos del contrato se mensuran tanto por sus consecuencias y resultados, como por sus derivaciones, secuelas, corolarios, afectaciones, ramificaciones y alcances. A los contratos le suceden, a la vez que provocan, infinidad de circunstancias no advertidas al momento de su construcción, y que, mucho menos, pueden ser abarcadas por la ley. En esta inteligencia es que sostenemos que las convenciones tienen efectos desde el momento que comienzan a ser tales; ni siquiera desde que las prestaciones empiezan a cumplirse, sino desde que las obligaciones se plasman en los pactos. Desde esta óptica, los efectos son constantes en el contrato y se originan y desarrollan a lo largo de toda su duración.

Convengamos que podemos utilizar aquella definición que escribimos al principio de este capítulo como elemento diferenciador de los efectos de los acuerdos con los de las prestaciones. El efecto del contrato es todo lo que hemos expresado, y también crear, modificar o extinguir obligaciones. El efecto de la obligación es colocar al deudor en la necesidad de cumplir por sí o por otro lo que ha prometido; al tiempo que convierte al acreedor en titular de una acción para reclamarlo.

Los efectos de los contratos se bifurcan en tres direcciones; efectos en relación con las partes, con sus sucesores y con terceros.

Los contratantes pueden celebrar el contrato que decidan, y construirlo de la manera que más le convenga, ya se ha hablado del punto sobre la libertad de contratar. La zona de autonomía de la que gozan las partes, se encuentra delimitada por el orden público; frente a éste, la supletoriedad pierde potencia.

La libertad para contratar no es absoluta, así lo marca el artículo 21 del Código civil, “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”. La independencia que caracteriza las decisiones de los estipulantes no puede colisionar con el imperio de las normas de clausura. Si las cláusulas del contrato no transgreden el orden público, las partes mantienen la prerrogativa de emancipación de la ley; circunstancia que les otorga facilidad y soltura a la hora de llegar al consentimiento.

Efectos entre las partes

El efecto cardinal y primario es que los contratos tienen fuerza de ley para las partes. Ya se ha explicado la brecha diferencial que existe entre ambos conceptos; la leyenda del 1197 quiere dar muestra de la contundencia que la norma contrato tiene sobre los obligados que obtuvieron tal calidad por vía convencional.

En este orden de pensamiento, tenemos que prestar atención a lo que se ha dado en llamar “principio de intangibilidad”, que se encuentra incorporado a la ley en el artículo 1200; “Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferidos; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza”. La aludida es una de las formas de culminación de los acuerdos, denominada rescisión. Los estipulantes ingresan a la actividad contractual generando, por vía de oferta y aceptación, un consentimiento; pero si quisiesen desactivar los efectos del contrato, por el mismo camino que accedieron al pacto, pueden terminarlo, también por vía de consentimiento.

Ninguna de las partes puede “tocar” el contrato de manera unilateral; nadie puede pensar que si se obliga contractualmente porque quiere, puede deshacerse de su obligación también cuando quiere, esto equivale a un incumplimiento; de allí la designación de principio de intangibilidad.

Párrafo aparte merece la nota al artículo, la cual padece una redacción poco feliz; el legislador utiliza distintas maneras de culminación de los acuerdos como sinónimos; este punto va a tratarse en el capítulo de extinción de los contratos, por lo que recomendamos aguardar a llegar a aquella lectura.

Otro aspecto de la relación que establecen las partes es que la medida de los efectos está dada por la mensura de los derechos. A decir verdad, estamos mencionando un axioma del derecho privado originado en el derecho latino, es el principio “Nemo plus iure”, inserto en la ley, en el artículo 3270;

“nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quién lo adquiere”. Los derechos se trasladan de un patrimonio a otro, por vía de contrato, ingresando en el segundo, tal y como salieron del primero.

Por último, es válido mencionar que si los contratos son el vehículo por los que circulan la totalidad de los bienes y servicios; es gracias a la Constitución Nacional, artículo 14, que ampara y resguarda el derecho de todo habitante a disponer libremente de su propiedad.

Efectos en relación a terceros

La directriz del perfil que la ley ha adoptado en cuanto a la relación de los efectos de los contratos con terceros, se fija como un principio general en el artículo 1199 del Código civil; “Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos..”. Decimos que la expresión responde a una máxima normativa porque este espíritu impregna toda la legislación sobre las convenciones.

La no afectación responde a un apotegma fundamental en el área de la especialidad; es el “principio de relatividad”; los contratos no tienen ninguna incidencia sobre los terceros ajenos a él.

En la generalidad de las obligaciones, Vélez estableció el axioma para que acompañe su pluma a lo largo de la confección del Código. En el 503 ya expresaba; “Las obligaciones no producen efecto sino entre acreedor y deudor, y sus sucesores a quienes se transmitiesen”. El legislador ha tomado la firme decisión de mantener a distancia de los contratos a los terceros, prohibiendo que los convenios particulares los afecten o que puedan prevalerse de ellos. El principio de relatividad expone la convicción legal de proteger a todo aquel que no participa en un acuerdo, conservando la zona del contrato exclusivamente para las partes.

Veremos en algunos párrafos más, que la ley no ha armado con una coraza infranqueable el principio; hay algunas excepciones que estudiaremos en breve.

Efectos con relación a sucesores universales y particulares **El legatario de cuota**

Los efectos de los contratos hacia terceros se rigen inicialmente por el artículo 1195 del Código civil; “Los efectos de los contratos se extienden

activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros”.

La comprensión en derecho de la terminología de sucesor universal y heredero es semejante; se la identifica con la persona que tiene vocación hereditaria a la totalidad del acervo de los bienes de una persona fallecida. A los sucesores universales pasan los contratos que se hallaban en el patrimonio del causante, en los términos del principio “Nemo plus iure” del artículo 3270, con los efectos activos (créditos), y los efectos pasivos (obligaciones).

En realidad, en nuestro sistema sucesorio, el heredero no recibe los bienes que hacen a la porción que la ley le haya asignado. El artículo 3417 impone que el heredero continúa la persona del difunto y es propietario, deudor o acreedor de todo lo que el difunto lo era. Es decir que el sucesor ocupa el lugar del fallecido; en palabras gráficas, no le llevan los bienes, sino que viene a ellos. Cuando la norma lo coloca en el espacio jurídico que ocupaba el antiguo deudor o acreedor; lo que tiene en miras es no cambiar nada en la posición de las contrapartes en los contratos transmitidos por causa pos-mortem.

El sucesor universal responde frente a los contratos que le fueron transmitidos con los bienes recibidos más su propio patrimonio; a menos que haya aceptado la herencia con beneficio de inventario, según regulación del 3363 Ss. y Ctes.; donde su responsabilidad sólo alcanzará al valor de los bienes heredados.

El legatario de cuota y el sucesor particular son las personas a quienes no se le transmite un patrimonio completo, sino uno o algunos derechos de objeto determinado. Si es por acto mortis causa, el sujeto se denomina legatario de cuota; si es por acto entre vivos, es un sucesor particular. Ninguno de los dos personifican sucesores universales, dado que no tienen vocación a la totalidad del acervo.

El heredero y el legatario comparten un rasgo que le es común; no pueden oponerse al cumplimiento de los contratos celebrados por el causante.

Obligaciones inherentes a la persona y a la posesión

El artículo 1195, que se viene analizando en esta parte del capítulo, dice también que no se extienden a los herederos los derechos inherentes a

las personas. No inicia a esta altura de la ley el contenido conceptual del artículo, al tratar las generalidades de las obligaciones, la normativa plasma en el 498; “Los derechos no transmisibles a los herederos del acreedor, como las obligaciones no transmisibles a los herederos del deudor, se denominan en este Código; derechos inherentes a la persona, obligaciones inherentes a la persona”.

En el derecho romano, se conoció a esta especie como derechos y obligaciones “intuitu personae”; es un término latino que significa “atención por la persona. La importancia del vocablo reposa sobre el compromiso propio, adquirido en cuanto a una calidad determinada de la persona, que no puede ser suplida por otra.

En el contrato de Cesión de créditos, encontramos un ejemplo en el 1445, que prohíbe la cesión de las acciones inherentes a la persona. En su nota se aclara la significación de inherencia; son las prestaciones inseparables de la persona.

Otro ejemplo lo da el artículo 1670 refiriéndose a la calidad de socio; no pueden ser socios ni los herederos ni los legatarios, salvo el permiso de los demás socios, o la convención previa de la sociedad con el causante. Queda totalmente aclarado que el carácter de socio no es transmisible por sucesión, salvo las excepciones de ley.

Las obligaciones inherentes a la posesión son las que gravan indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada (art. 2416). La norma habla de circunstancias jurídicas inseparables de la cosa. También tiene origen latino, donde se denominaban “propter rem”; aludiendo a la obligación que sigue a la cosa y no a la persona.

Las obligaciones propter rem o ambulatorias son aquellas que están vinculadas a un derecho real; ellas se transmiten cuando se transmite el derecho. Por eso es que también han adoptado el nombre de ambulatorias, porque se trasladan con el derecho al que pertenecen.

En la regulación del contrato de locación de cosa, el artículo 1498 expresa una obligación de este tipo; dice que la locación subsiste por su tiempo, aunque el inmueble se enajenare.

Efectos con relación a terceros

Los terceros son las personas absolutamente ajenas al contrato. Ya hemos visto que de la conjunción de los artículos 1199 y 1195, los acuerdos convencionales no pueden perjudicar a terceros ni ser invocados por éstos. En rigor de verdad, también hemos señalado que la declaración apuntada

funciona como un principio contractual. En virtud de ello, van a existir situaciones que se configurarán como excepciones al axioma que rige la relación de las contrataciones con los terceros a ellas.

Terceros acreedores

El artículo 1196 indica que; “los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona”. La ley le da al acreedor una acción que le permite llegar al deudor de su deudor. Esta acción recibe indistintamente el nombre de subrogatoria, indirecta u oblicua.

Es importante tener presente la denominación de indirecta, ya que aparece en oposición a la acción directa. En ésta última, el acreedor del acreedor recupera el saldo de lo que se le adeuda a éste, incorporando lo recibido, directamente a su propio patrimonio sin que lo cobrado ingrese en el dominio de su deudor. En la indirecta, el acreedor subrogante ejerce la acción para que el deudor de su deudor cancele su obligación pagándole a éste, al solo efecto de crear la prenda común, de la cual, luego podrá cobrarse.

La acción subrogatoria, indirecta u oblicua se legitima ante la inacción del deudor para ir en busca de sus propias acreencias. La pasividad de quién pudiendo integrar a su patrimonio créditos, no lo hace, en riesgo de sus acreedores, habilita por sí sola a que se lo sustituya en esa búsqueda y sus acreedores se coloquen en su lugar con respecto al ejercicio de las acciones que le competen contra los terceros deudores.

Alterini dice que “la ubicación del artículo 1196 del Código civil es impropia, pues está inserto dentro de los efectos de los contratos, y debió integrar el régimen general de las obligaciones, ya que la acción subrogatoria no sólo procede en los créditos resultantes del contrato, sino también en los de fuente extracontractual”. Lo cierto es que el mismo autor señala que el inconveniente fue subsanado por el artículo 111 del Código procesal civil y comercial; donde, nuevamente, se plantea otro caso de doble legislación de un mismo instituto en la ley sustantiva, a la vez que se regula en la norma adjetiva.

Volvamos atrás y hagamos una síntesis de las relaciones que implica el ejercicio de la acción subrogatoria; las cuales se delimitan en cuatro vínculos:

- a) El tercero tiene la facultad de oponer las excepciones y defensas que tenga contra el deudor subrogado, también contra el accionante.
- b) El acreedor subrogante no puede apropiarse de lo que se obtenga.
- c) El deudor subrogado puede recibir pagos del tercero demandado, salvo

que haya habido embargo del crédito.

d) Lo producido por el ejercicio de la acción subrogatoria entra al patrimonio del deudor subrogado y beneficia a todos sus acreedores, no sólo al subrogante.

Contratos en perjuicio de tercero

Estos contratos recibieron en doctrina diferentes denominaciones: contratos de reflejo, amalgama, de coordinación. Su fundamento de consideración es que producen perjuicios a terceros, sin haber sido creados con ese fin. Sin duda debe existir un nexo causal entre el convenio y el resultado dañoso sufrido por el tercero.

Quién ha tratado con gran dedicación este tema fue el profesor Zago; sus ejemplos han ilustrado la comprensión de los alumnos en los cursos de contratos durante años. Algunos de ellos en la convención de acuerdo de precios entre diferentes empresas comercializadoras de un mismo producto, o su retiro temporal del mercado; el perjudicado, sin dudas, es el consumidor.

Ya en su época, Zago hacía un encendido llamado para solucionar los actos como el citado, que se hacían abiertamente y otros que se simulaban dada su notable ilegitimidad. Lo hacía de la siguiente manera: “Es indudable que debe buscarse la forma de poner un medio de garantía para estas relaciones contractuales que por vía indirecta siempre perjudican a terceros”.

Sus exigencias fueron atendidas por la historia; hoy existén leyes como la de la competencia, la de abastecimiento; cuya legislación encontró base en la realidad y en el esclarecimiento de pensadores jurídicos como el doctor Jorge Zago.

Contratos a favor de terceros

Son aquellos contratos donde una de las partes se obliga a cumplir una prestación a favor de un tercero, que fuera estipulado en el contrato por la parte constituyente. El ejemplo típico es la donación con cargo a tercero donde el donatario cumplirá con un beneficio hacia una persona que ha sido impuesta en el contrato por el donante. También es un modelo de esta clase convencional el contrato oneroso de renta vitalicia, el que se constituye para que una persona reciba de parte del deudor, por instrucción del dador, una renta durante la vida de un individuo designado en el contrato como cabeza de renta.

Este tipo contractual es una derivación del artículo 504 del Código civil, que dice: “Si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja a favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada”.

El tercero beneficiado no es parte del contrato, es un tercero ajeno; por lo tanto, no tiene atribuciones para resolver el acuerdo en caso que el deudor no cumpla con lo estipulado a su favor. Sólo tiene acción para reclamar el beneficio que se le ha estipulado en los términos del artículo 505 del Código.

En el contrato hay dos sujetos: el estipulante, que es la persona que crea el beneficio a favor del tercero; el obligado; que es el deudor del beneficio. El beneficiario, no es sujeto del contrato porque, como ya se señaló, no es parte en él; es el tercero, cuya ventaja obra a su favor en un contrato del cual es una persona extraña.

Contratos por terceros

En el capítulo de capacidad, hicimos el estudio del artículo 1161 del Código civil, que comienza diciendo que; “Ninguno puede contratar a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por ley su representación...”. El legislador fijó con la palabra de la ley, que las personas no están facultadas a contratar por otro sin haber asumido el rol de mandatario de aquel.

Llevar adelante un negocio de otro sin autorización para hacerlo, implica que los contratantes, tanto el falso mandatario, como el tercero, no tienen acción contra el dueño del negocio para reclamarle nada; a menos que el titular confirme lo hecho por el gestor; en cuyo caso toda la responsabilidad de lo hecho, desde el inicio de las transacciones hasta el momento de la ratificación, pasan en cabeza del ratificante.

Garrido entiende que el 1161 es aquel supuesto donde existe conocimiento por parte del tercero de la inexistencia del adecuado mandato. Coincidimos en un todo con la apreciación del maestro, en la inteligencia que la ignorancia del otro contratante de la falta de facultades suficientes para formalizar el negocio, encarna un caso de contratación sobre el patrimonio de tercero y no un contrato por él.

Hay en la ley civil una trilogía articular, conformada por el 1931, 1932 y 1933 que acotan el espacio de actuación del mandatario. Si pasa la frontera del mandato y la parte con quién contrato conocía los límites de las potestades que le fueron otorgadas, el contrato es nulo. En este caso, si se compromete por escrito a sí mismo o a presentar la ratificación del mandante, queda

obligado para con su contraparte. Ahora, si el tercero contratante no conocía los límites del mandato y éste es excedido, el mandatario queda obligado por el total del negocio.

El mismo autor que llamáramos en nuestro auxilio efectúa sobre el particular conclusiones que es necesario transcribir; “El juego de estas normas nos lleva a considerar que la afirmación del artículo 1161, negando todo valor al contrato celebrado sin autorización o representación legal, no tiene otro alcance que el de su inoponibilidad a terceros, pues entre los intervinientes la solución está en la aplicación de las normas de los arts. 1931, 1932 y 1933”; generando las posibilidades señaladas en el párrafo anterior.

Contratos sobre el patrimonio de terceros

Si bien el contenido de este título ya fue tratado in extenso en el capítulo de objeto, creemos necesario abstenernos de remitir al lector a aquella fase de la escritura, en virtud de la importancia de la cuestión, y repetir en detalle lo allí estudiado; sobre todo porque nos es imposible dirimir a cual de los dos segmentos pertenece el tema, si al objeto o a los efectos. Ante la duda, no está de más duplicar el texto.

Cuando hablamos del contrato sobre cosa ajena como ajena (1177), aclaramos que no hay obstáculo alguno para llevar adelante convenciones en este sentido; es muy común en el derecho comercial este tipo de contratación. La persona que contrata sobre cosas que no le pertenecen, acota su responsabilidad al negocio y el buen desempeño de su labor; sin comprometerse sobre el éxito del contrato.

La norma vigila los posibles desatinos en la conducta del mandatario, observando que si el promitente garantizó el triunfo de la promesa, y ésta no tiene efecto, asume la responsabilidad frente a terceros por el negocio no concluido, ya que la garantía otorgada, implica la asunción del resultado. Si no garantizó, sólo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice. Pero aun en este último supuesto, si la cosa ajena, objeto del negocio en transacción, no fuere entregada por su culpa, debe satisfacer pérdidas e intereses.

La otra posibilidad es el contrato sobre cosa ajena como propia. El artículo 1178 nos deja entender que no existe ninguna prohibición legal para contratar sobre bienes ajenos. Nunca habla de cercenar la posibilidad de contratar sobre bienes ajenos como propios.

La transgresión se va a producir, si al momento en que deba dar cumplimiento a la obligación de entrega de la cosa, no la transmite. Desde

que compromete la cosa, hasta el momento de hacer tradición de ella, el objeto transaccionado pudo ingresar a su patrimonio, lo cual salva cualquier incumplimiento.

Si no entrega la cosa, comete el delito de estelionato y deberá responder por todos los perjuicios ocasionados con más los intereses que de allí resulten.

A su vez, incurre en este delito la persona que contrate de mala fe sobre cosas pignoras, hipotecadas, o embargadas, como si estuviesen libres.

La incidencia de la intención de dañar es relativa en la configuración de este delito. Es decir, según la letra de la ley, el estelionato es objetivamente valorado por los jueces; con pérdida de importancia si quién no transmite la cosa, o la tradición gravada, no lo hace, a sabiendas del engaño. En todo caso, su conocimiento constituirá un agravante en su contra; a la vez que su desconocimiento no lo exonerará de la carga legal de ser quien comete el estelionato.

Citación en garantía del asegurador

El artículo 118 de la ley de seguros 17.418; prescribe que “el damnificado puede citar en garantía al asegurador” y “la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro”. La acción que tiene el damnificado contra la aseguradora es directa. Los derechos del tercero devienen resguardados por el contrato efectuado entre el causante del daño y el asegurador.

La cobertura que otorga este convenio cubre los daños provocados en la medida del contrato y no de los perjuicios. Es decir, que la aseguradora no va a cubrir la totalidad del valor del siniestro en caso que éste supere el máximo de la suma de cobertura, sino que ésta va a establecer el límite de la responsabilidad de la compañía. El resto pesará en cabeza del asegurado, quién deberá completar al tercero el valor de la avería o la suma de condena por sentencia judicial.

Vale decir, que el tercero perjudicado por un hecho dañoso provocado por el asegurado, ejerce acción contra la compañía de seguros hasta el tope asegurado; por el resto del costo del daño deberá continuar la demanda contra quién produjo el siniestro.

Lo mismo sucede en los contratos de seguro contra todo riesgo. La cosa asegurada, al momento de constituir el convenio, recibe una tasación, por cuyo monto se le da cobertura. Cuando el objeto asegurado es dañado, el seguro indemnizará al asegurado, hasta la suma contratada y no por valores superiores a ella.

CAPITULO 16

EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Definición

La *exceptio non adimpleti contractus* goza de raigambre latino. Derivada de la ley “*offerri, Dig. emiti venditi*”; en el derecho romano se la admitió, excluyentemente, en el contrato de compraventa; para luego ampliarse hasta abarcar todos los negocios sinalagmáticos.

En los contratos bilaterales, las obligaciones de las partes se entrelazan; por lo que todo estipulante tributará a la consecución de la causa con el cumplimiento de la prestación a su cargo. De allí que cada contratante tenga acción para requerir que la contraparte acate los deberes a los que se ha comprometido en el pacto. Pero, el reclamo no prosperará, si el demandante no ha cumplido por su parte con el compromiso asumido o bien que ha ofrecido cumplirlo, o que su obligación es a plazo.

La excepción de incumplimiento contractual, en el criterio de Spota, es la que corresponde oponer al co-contratante de un negocio bilateral o sinalagmático, que no obstante no haber cumplido de su parte con las obligaciones por él asumidas en el contrato, sin embargo pretende y demanda la ejecución del mismo.

Volviendo a la historia de este instituto, cuenta Garrido que la fundamentación de la excepción en el derecho romano se encontraba vinculada al dolo, habiéndose reconocido una relación temporal entre la “*exceptio doli*” y la “*exceptio non adimpleti contractus*”, por cuanto se reconocía la existencia de mala fe para quién reclamaba el cumplimiento de la contraria sin haber cumplido con la obligación a su cargo.

La concepción de esta acción ha evolucionado hasta nuestros días, donde la performance de la excepción pone una valla al avance de la pretensión de la parte que quiere hacerse de la ventaja a su favor sin haber dado cumplimiento a su obligación. En nuestro tiempo, la incidencia de la buena o mala fe en la figura, es de relativo valor.

El ámbito de aplicación jurídico no se circunscribe únicamente a los contratos, sino a todo negocio de tipo obligacional sinalagmático. En dicha cuenta, el legislador la ha colocado estratégicamente en el Código civil, con la intención de abarcar la mayor extensión legal posible.

Se la encuentra en el artículo 510; “en las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva”. Luego, seiscientos noventa y un artículos más adelante, en el 1201, ya en la parte general de la especialidad, la ley contempla que “en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u

ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”. La correlación del articulado guarda una línea argumental única evidenciando la intención del regulador de no permitir ventajas a ningún incumplidor.

Naturaleza jurídica

Las excepciones son generalmente una cuestión de forma, por lo que el hecho de encontrar una en la ley de fondo, forja la necesidad de explicar el por que del espacio elegido por el legislador.

La doctrina ha debatido y no ha acordado, sobre dos aspectos posibles en los que fundamentar la naturaleza jurídica de la exceptio: a) es una medida dilatoria que posterga el cumplimiento de la prestación requerida; b) es una defensa de fondo que permite la exoneración del demandado y el rechazo de la acción.

Concordamos con la primera de las posibilidades, entendiendo a la excepción de contrato incumplido como un régimen dilatorio en sentido sustancial, no procesal, de allí que se halle legislada en el Código civil; cuya finalidad es postergar el cumplimiento del contrato, no la prosecución del juicio.

No es una defensa; el derecho del actor no se niega ni se lo minimiza; por el contrario, queda subsistente durante la sustanciación del proceso. Sólo se niega la exigibilidad temporal por vía judicial, hasta que el actor haya dado cumplimiento a la prestación a su cargo.

Esboza Zago su pensamiento sobre el espíritu de la medida; la excepción resulta ser dilatoria. No advenido el cumplimiento en el plazo convenido, se dilata la ejecución del deber jurídico de uno de los contratantes hasta que el otro cumpla, sin resolverse el contrato. Con ello surge un nuevo plazo, que vence cuando sobreviene esa reciprocidad del cumplimiento.

Una mirada más restringida que la del autor citado, es la de Héctor Maznatta; si no se estipuló una prestación anticipada a favor de una de las partes, cada cual sólo puede exigir la prestación simultánea y está obligado a ella igualmente; si no lo hace, no puede demandar el cumplimiento.

En otro orden de cosas; estamos convencidos que es condición para la procedencia de la excepción, la circunstancia que la parte que la oponga no haya a su vez motivado el incumplimiento de la contraparte. Pues, si el excepcionante, por su culpa, hubiese ocasionado el incumplimiento, no estaríamos en presencia de un accionar legítimo del oponente, en cuanto a reciprocidad y lealtad contractual, que es el supuesto indispensable de la excepción; y sobre él deberá pesar la contundencia de la sanción impuesta al comportamiento ilícito.

Derecho de retención y excepción de contrato no cumplido

Algunos autores han llegado a confundir un instituto con el otro; el derecho de retención, de acuerdo al artículo 3939 del Código civil, prescribe; “el derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa”. La nota dice que no basta que el poseedor de la cosa de otro, tenga un crédito contra el propietario de esta cosa, para que goce el derecho de retenerla; es preciso, además, que su crédito se refiera a la relación existente entre él y el propietario; es decir, que la obligación de éste haya nacido por ocasión de la cosa: que ella sea correlativa a la obligación que tiene el poseedor de restituir la cosa que detiene. Así, tres condiciones son necesarias para el derecho de retención: 1) la posesión de la cosa de otro por un tercero; 2) obligación de parte del propietario respecto del poseedor; 3) conexión entre la cosa retenida y el crédito del que la retiene.

El derecho de retención es de consistencia legal; no pertenece al terreno de la autonomía de la voluntad, por lo tanto, las partes tienen vedado acordar sobre él; es legal no convencional.

En la *exceptio non adimpleti contractus*, la pretensión es la dilación del cumplimiento de la obligación, que descansa en el entrecruzamiento de las prestaciones.

Por otro lado; la excepción es natural de los contratos bilaterales. El derecho de retención requiere la presencia cierta de conexidad entre la cosa y la deuda; de esta manera lo plasma el artículo 3940; “se tendrá el derecho de retención siempre que la deuda aneja a la cosa detenida, haya nacido por ocasión de un contrato, o de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella”.

Para que tenga lugar la excepción de contrato no cumplido, es imprescindible que se configuren tres requisitos: 1) que se trate de un contrato sinalagmático; 2) la falta de cumplimiento de su obligación por parte del demandante; 3) que la oposición no sea abusiva.

Trigo Represas cree que el legislador no reguló la excepción de los contratos que se está tratando sólo en los artículos 510 y 1201, sino que luego, la diseminó por algunas estipulaciones en especial. Como ejemplo de su percepción cita los artículos 1418, 1419, 1428, 1522, 1525, 1536, también el 1426, el que transcribe en su trabajo. Nosotros nos vamos a permitir hacer lo mismo: “el comprador puede rehusar el pago del precio, si el vendedor no le entregase exactamente lo que expresa el contrato. Puede también

rehusar el pago del precio, se el vendedor quisiese entregar la cosa vendida sin sus dependencias o accesorios, o cosas de especie o calidad diversa de la del contrato; o si quisiese entregar la cantidad de cosas vendidas por partes, y no por junto como se hubiese contratado”. A su vez, el 1418, dice; “El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le hubiese pagado el precio”.

Para los demás artículos estudiados por el autor, dejamos que el lector concurra al Código civil para que pueda constatar, que en diferentes contratos, todos otorgan la misma facultad al sujeto que posee la cosa.

Estamos tratando de demostrar lo fácil que es confundir los institutos; Trigo Represas trae a colación los resortes legales como ejemplos de la exceptio non adimpleti contractus; sin advertir que todos ellos tratan el derecho de retención y no la excepción.

Sin profundizar demasiado, téngase presente que la excepción se opone a una demanda por el impetrado; es lógico comprender que esto sucede indefectiblemente en el ámbito de la justicia, con una acción emprendida; en ninguno de los artículos señalados se está ventilando un diferendo judicial.

Por otra parte, la finalidad de la excepción no es retener sino retardar, dilatar el cumplimiento de una obligación, exclusivamente originada en un contrato bilateral, fundado en la interdependencia de las prestaciones.

Carga de la prueba

La excepción conforma una manera distinta en cuanto a la carga de prueba con respecto a su naturaleza de exceptio. En ella, la carga de la prueba se invierte y pasa a ser el demandante el que recibe el peso de probar haber cumplido u ofrecido el cumplimiento o que su obligación era a plazo. El excepcionante no debe realizar probanza alguna.

Lo dicho no es, ni más ni menos, que lo que manda el 1201: “...si no probase haberlo ella cumplido y ofreciese cumplirlo, o que su obligación era a plazo”.

Mosset Iturraspe, citado por Zago, escribe que; en el sentido de que el accionado que opone la excepción debe sólo acreditar la existencia del contrato productor de obligaciones recíprocas, siendo a cargo del demandante probar de su particular cumplimiento.

Exceptio non rite adimpleti contractus (Excepción de incumplimiento parcial)

Cuando el contrato fue cumplido de manera defectuosa o incompleta, tiene lugar la *exceptio non rite adimpleti contractus*; es una excepción parcial de incumplimiento; ya que la parte ha recibido una ejecución de la obligación, imperfecta, pero el cumplimiento ha iniciado.

Si bien ha existido un cumplimiento por parte del actor, dicho acatamiento no ha cubierto acabadamente todas las prestaciones a su cargo y sólo lo ha hecho en forma parcial o defectuosa.

Tiene dicho Fortunato Garrido, que para que el incumplimiento parcial del demandante autorice la oposición de la excepción por parte del accionado, el incumplimiento imperfecto o parcial debe también referirse a la obligación principal, revistiendo cierta gravedad, cuya apreciación queda, en definitiva, librada al arbitrio judicial.

Asimismo, la carga de la prueba vuelve a invertirse con respecto a la *exceptio non adimpleti contractus*, dado que aquí, quién debe probar el incumplimiento defectuoso o parcial es quién opone la excepción.

Esta solución es de neto corte jurisprudencial, no legal; ya que en reiterados fallos, los magistrados han entendido que el hecho de haber recibido la prestación, hace presumir que fue ejecutada conforme a lo pactado por las partes.

Síntesis

La *exceptio non adimpleti contractus* suspende los efectos del contrato pero no lo extingue; circunstancia que la diferencia de la acción resolutoria, que está dirigida a obtener la culminación del convenio.

La estipulación, objeto de la excepción, queda suspendida hasta que la parte que ha motivado su oposición cumpla su obligación, con lo que se le vuelve a imprimir vida al contrato.

CAPITULO 17

SEÑA, SEÑAL o ARRAS

Ubicación práctica

El instituto de la seña es una práctica ampliamente difundida, tanto en los contratos comerciales como en los civiles. Se verifica cuando dos personas dan inicio a las negociaciones conducentes a generar una relación contractual determinada, dándose la facultad de disponer que una entregue, y la otra reciba arras para continuar con las tratativas.

No hay norma que determine el tope máximo del valor de la seña. No se pierde el carácter de señal por haber pactado un alto porcentual en dinero con respecto al total a contratar.

Lo mismo sucede con la especie que se entrega como arras. La costumbre ha hecho que el dinero sea la materia corriente de la señal; pero nada obsta a que se entregue todo tipo de objeto, guardando como única exigencia, la licitud.

Como en todo lo que hace a la materia contractual, el debate ha quedado abierto en varios flancos. En uno de ellos se ha pretendido establecer si la señal pertenece al convenio o si corresponde ubicarla en la etapa precontractual propiamente dicha. Circunstancia que la pone fuera del acuerdo, aunque posteriormente, la especie dada en ese carácter se incorpore al precio estipulado, en el supuesto que, efectivamente se entable el contrato.

Si a la doctrina le hubiese sido posible zanjar ésto, habría solucionado al mismo tiempo la comprensión de la naturaleza jurídica contractual de la seña. En general se sostuvo que configura un elemento natural; recordemos que son aquellos que no se encuentran implícitos en los contratos, a menos que las partes ex profeso los agreguen.

Sin embargo, este punto todavía está por verse. Si consideramos las arras como un acto que se practica usualmente en la etapa negocial, no pertenece al contrato; creando ciertas obligaciones en la zona de precontractualidad, que puede conducir o no a la formación del consentimiento. En esta situación, no se la puede suponer un elemento natural del contrato, sencillamente, porque es ajena a él.

Por el contrario, si se la considera parte del acuerdo, sin dudas, es un elemento natural; ya que las partes se arrogan la facultad de instaurarla de manera voluntaria.

Entendemos que es importante el manejo de todas estas ideas, para luego adoptar la posición que cada quién crea acertada; y de esta forma, incorporarse al debate planteado, que lejos de culminar, siempre está como comenzando.

Especies

Se denomina seña, señal o arras a la dación o entrega de una cosa mueble, que puede o no ser dinero, aunque nada obsta la posibilidad que sea inmueble, entregada por una de las partes contratantes a favor de la otra. Es preciso que se haga la entrega real y positiva.

La seña puede constituirse con dos posibles causas: a) para permitir el arrepentimiento de cualquiera de los celebrantes; b) para reforzar el cumplimiento del objeto de la señal, como un apremio en pos de constituir el contrato.

Asimismo, puede ser incorporada a los contratos bilaterales y plurilaterales y preliminares. El momento para efectivizar la seña es el de la celebración del negocio; pero siempre con anterioridad al cumplimiento del mismo.

La seña que se construye con el fin de permitir el arrepentimiento de las partes, es de naturaleza civil y recibe el nombre de penitencial.

Las arras que tienden a reforzar el cumplimiento, son de origen mercantil y se denominan confirmatorias.

Ambas especies se han disputado el predominio, tanto en la doctrina como en los distintos cuerpos de leyes.

La seña “penitencial” es parte del Código civil, incorporada en el artículo 1202: “si se hubiere dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien la dio puede arrepentirse del contrato, o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Si el contrato se cumpliera, la señal debe devolverse en el estado en que se encuentre, si ella fuera de la misma especie que lo que por el contrato debía darse, la señal se tendrá como parte de la prestación, pero no si ella fuere de diferente especie, o si la obligación fuese de hacer o de no hacer”. Del texto de la ley se infiere la definición de la señal penitencial: “Es un permiso de arrepentimiento tarifado”.

Superando la introducción del artículo; “para asegurar el contrato o su cumplimiento”; la integración de su letra arroja una interpretación diferente. Lo que realmente hacen las partes con la inclusión de arras, es adquirir indistintamente la posibilidad de arrepentirse despojados de responsabilidades por incumplimiento en la etapa de los actos jurídicos unilaterales previos al acuerdo; oferta y aceptación. Se dan a sí mismos, la posibilidad de desistir, a la vez de quedar en posición de generar otros negocios que mejoren el que fue señalado, mientras mantienen éste latente. El 1202 dice que: “...quien la dio puede arrepentirse del contrato, o puede

dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor...”. La ley indica la praxis que se visualiza en la superficie del negocio; pero la sustancia es otra.

Desde el momento que acuerdan la seña, en el caso de abandonar las negociaciones, los celebrantes saben de antemano, cual es el monto de la indemnización que deberán poner o dejar en poder de su contraparte; la que ya se ha prefijado y acordado al tiempo de arras.

La suma del total de lo que perderán por el resarcimiento que deben otorgar por renunciar al negocio es exactamente la misma para ambas partes celebrantes; de allí que decimos que, el permiso de arrepentimiento es tarifado.

El posible comprador entrega en concepto de seña al futuro vendedor cien pesos. Si el adquirente se arrepiente y se retira de las negociaciones, pierde los cien pesos. Si el enajenante se arrepiente, tiene que devolver primero los cien pesos que había recibido como seña, y a renglón seguido pagar la indemnización que le corresponde de cien pesos que, en definitiva, es lo único que pierde.

Por esta razón, insistimos con la definición, la seña penitencial es un permiso de arrepentimiento tarifado.

La seña “confirmatoria” está regulada en el artículo 475 del Código de comercio: “las cantidades que con el nombre de señal o arras se suelen entregar en las ventas, se entiende siempre que lo han sido por cuenta del precio y en signo de ratificación del contrato, sin que pueda ninguna de las partes retractarse, perdiendo las arras. Cuando el vendedor y el comprador convengan en que mediante la pérdida de las arras o cantidad anticipada, les sea lícito arrepentirse y dejar de cumplir lo contratado, deberán expresarlo así por cláusula especial del contrato”.

La última parte del artículo es una seña penitencial convenida; es la única manera en que el comercio acepta este tipo de seña, cuando las partes lo han acordado de tal modo.

La estipulación de una seña, en el ámbito comercial fortifica el vínculo, impidiendo su ulterior disolución por la voluntad unilateral de los contratantes. Aquello que constituye el objeto de la dación en seña, pasa por cuenta de precio, si fuera de la misma especie cuando el contrato se lleva a cabo. De lo contrario debe devolverse en el estado que se encuentre; solución similar a la prevista para la seña penitencial en el C. Civil.

Más difícil es decidir que ocurre en nuestro derecho cuando el contrato celebrado con arras confirmatorias no se cumple. La jurisprudencia comercial

admite la resolución implícita, en los términos del artículo 216 del Código mercantil, a los que se le adicionarán los daños y perjuicios provocados.

En nuestra humilde opinión, entendemos que la única seña, señal o arras, en la actualidad, es la penitencial; porque ésta otorga a las partes un espacio de entendimiento y relajación de la etapa precontractual.

Por otra parte, la confirmatoria encarna un verdadero principio de ejecución; es decir, que las partes ya han ingresado en zona contractual desde que el convenio revela que lo entregado es tenido como una porción del cumplimiento de la obligación de quién efectúa la entrega. Asimismo, la propia jurisprudencia del fuero comercial, viene tratando a la seña como penitencial.

La cláusula como seña y a cuenta de precio

La seña penitencial permite a las partes arrepentirse y con ello separarse del contrato. La dación o entrega a cuenta de precio, constituye un impedimento al abandono de las negociaciones unilaterales.

Luego existe entre las expresiones “como seña” y “a cuenta de precio” una contradicción; ya que son términos jurídicos que se excluyen entre sí.

La jurisprudencia ha tratado de armonizar y flexibilizar su contenido, llegando a acordarle una doble función sucesiva; le da a las partes la posibilidad de dejar el negocio hasta el comienzo de ejecución del contrato, perdiendo la seña quién ejerce la opción. Después del principio de ejecución queda como pago parcial.

En el plenario “Méndez Roberto c/ Ferrara, Antonia Perrupato de” (J.A., 1952 II, pág. 277) el Dr. Ruzo opinó: “Para poder atribuirle a la expresión “como seña y a cuenta de precio” el alcance de que importa un principio de ejecución del contrato es preciso asignarles a las arras convenidas el carácter de confirmatorias y no de penitenciales, para lo cual es preciso violentar el contenido del artículo 1202, porque, si es que a su mérito el contrato puede ser resuelto, la seña tiene indudablemente el carácter de penitencial y no de confirmatoria, de acuerdo con su normal calificación doctrinaria”.

Analizando el plenario, el Dr. Zago extrae cuatro conclusiones, que transcribimos: 1) La cláusula como seña y a cuenta de precio tiene, sucesivamente, una función doble; como seña, si el contrato no se cumple, y a cuenta de precio, si aquél se formaliza. 2) Procede el arrepentimiento siempre que el contrato no haya tenido principio de ejecución. 3) Existiendo

plazo para escriturar, ese será también el término para optar por el arrepentimiento, hasta la constitución en mora. 4) El arrepentimiento puede tener lugar válidamente, no existiendo constitución en mora extrajudicial, hasta la contestación de la demanda.

Hasta que momento se puede arrepentir

De alguna manera ya hemos expuesto los extremos del punto de culminación de la posibilidad de ejercer el desistimiento del negocio por parte de los celebrantes en etapa de seña.

Desde el momento que se constituyen arras entre las parte, nace el tiempo para arrepentirse: Si no se ha estipulado un tiempo de duración de la etapa de seña, procede el desistimiento cuando cualquiera de los participantes lo decida unilateralmente. Esta posibilidad les queda vedada si el contrato ha tenido principio de ejecución.

Si se ha pactado un lapso para dar por terminado el tiempo de vida de la señal, por ejemplo cuando se conviene una fecha para escriturar; ésta será también el término para optar por el arrepentimiento. Llegados a ese día, la parte que no formalice el acuerdo será constituida en mora.

Si esto no sucede, es decir, que no se lo constituye en mora, el arrepentimiento puede tener lugar válidamente, hasta la contestación de la demanda. Implica que, una parte puede llevar a juicio a la otra, que si no ha tomado la previsión de constituirla en mora, el demandado puede ejercer el arrepentimiento, aun si se le ha dado traslado de la demanda, hasta que venza el plazo procesal para contestarla.

En el fallo que comenzamos a ver algunos párrafos arriba, “Méndez c/ Ferrara”; el magistrado Arauz Castex, en el mismo plenario, explicaba: “Si se ha pactado plazo para escriturar sin mora automática, caduca a la fecha del requerimiento sin manifestación inmediata en el sentido de la opción. Si este requerimiento es la notificación de una demanda por escrituración o por rescisión, la facultad de optar se extiende hasta la oportunidad de contestar la demanda”.

Seña y reserva

La jurisprudencia comercial, no sólo ha ratificado nuestra posición, en el sentido que ella reconoce hoy por hoy la seña penitencial por sobre la confirmatoria, sino que, a la vez, ha dirimido cualquier ambigüedad en la concepción de los términos seña y reserva.

Para mayor comprensión, transcribimos los párrafos dominantes del fallo de la Cámara Comercial Nacional, en el decisorio “Carriza, Elena del Carmen c/ Guariniello Inmobiliaria de Beltown S.A.” (CNCOM - 14/05/2009): “...la constitución de la “reserva” tiende a resguardar el propósito del comprador de asegurarse la adquisición del inmueble, para que, en principio, la vendedora no lo enajene a otro tercero (misma cncom. Sala A, 30/03/2005. “Grosso, José c/Toribio P de Achabal S.A.”). Trátase, pues, de una especie de precontrato, siendo por ello, de existir, preliminar a la firma del boleto de compraventa o, en su defecto, de la escrituración (CNCiv. Sala F. 22/08/1978, in re: “Castagana, Victorio c/ Della Lastra de Charro, Blanca F”. ED, 80-619)”.

“...la inserción de la cláusula “ad referendum” en el acto de imposición de la reserva tiene el sentido de dejar para un momento ulterior la aceptación definitiva de una propuesta de contrato por parte del emitente (en el subexamine, el vendedor del inmueble), quién puede desligarse del compromiso provisional asumido sin necesidad de recurrir al dispositivo legal contemplado en el art. 1200 Cód. Civil (cfr. Incom.. Sala C, 09/12/1986, in re: “Casero, Eduardo c/ Romano, Pascual”.

“Viene al caso recordar la analogía que guarda la figura de la reserva con el concepto de seña o arras (del griego arrhaboón, prenda o señal), constituida, generalmente, por la suma de dinero entregada por un contratante para confirmar un contrato o para dar lugar al derecho de arrepentirse. Este pacto puede ser añadido a cualquier especie de contrato, no sólo al de compraventa, pues, tal como se infiere del concepto dado, es empleado para confirmar (arras confirmatorias) la existencia del acto, o para permitir que alguno de los contratantes se arrepienta (arras penitenciales) y deje de cumplir el contrato, perdiendo la cosa dada en seña o, a diferencia de lo que ocurre en la reserva, restituyéndola con otro tanto (cfr. art. 1202 C.c. y art. 475 C Com.)”.

“Si bien las arras penitenciales tienen efectos igualitarios para ambos contratantes (al posibilitar el arrepentimiento tanto del comprador como del vendedor, tasándose el costo de dicho arrepentimiento en igual medida, art. 1202 Cód. civil), esa nota distintiva se halla ausente, conforme se adelantara en el caso de la reserva, pues, por un lado, si es el comprador quién desiste de la operación (vgr., porque encontró un inmueble más conveniente para satisfacer sus intereses), dicho sujeto quedaría obligado a indemnizar al vendedor perdiendo lo entregado en reserva y, por otro lado, si es el enajenante quién se retracta, éste tan sólo se vería en la necesidad de devolver lo recibido, sin sacrificar ningún importe de su propio peculio,

a los fines de reparar la falta de concreción de la operación”.

“En materia de compraventa inmobiliaria, la reserva no tiene otro alcance más que el de un acuerdo frágil, cuya ruptura, en caso de que alguna de las partes optase por no seguir adelante con la operación inmobiliaria, sólo puede perjudicar patrimonialmente al potencial comprador, quién pierde el dinero entregado en concepto de reserva, pues de ser el vendedor quién ejercita dicha facultad, éste se verá obligado a devolver únicamente, el dinero aportado por la contraparte, sin doblar”.

“No hay responsabilidad civil si no hay prueba concreta de una relación de causalidad entre el daño y la supuesta conducta antijurídica atribuida a la parte accionada. La relación de causalidad es entonces un elemento esencial del acto ilícito cuya indemnización se procura, sin lo cual no existe la responsabilidad civil”.

El decisorio de los párrafos precedentes, es de tal doctrina que nada tenemos que agregar. La diferencia terminológica entre los conceptos de seña y reserva ha quedado zanjada por imperio de la resolución de la Cámara comercial.

CAPITULO 18
PACTO COMISORIO

Criterio y noción

Hay tres posibles maneras en que el pacto comisorio se presente en el contrato: 1) de forma manifiesta, cuando las partes exhiben en cláusula la resolución concertada del pacto, con sus modalidades y tiempos. 2) Cuando las partes no hacen referencia alguna a la cláusula resolutoria. Aquí se revela la potencia del pacto como un elemento natural. Si los contratantes nada dicen; entonces las estipulaciones llevan consigo al pacto comisorio, surgido de la convención implícita de los celebrantes. 3) En virtud de su naturaleza indicada en el punto dos, al momento de contratar, los participantes deciden acordar el rechazo y la eliminación expresa, vedando a las partes toda posibilidad de hacer uso de él ante cualquier incumplimiento.

Naturaleza jurídica

Sobre su naturaleza jurídica, dice Ricardo Uguet, que el criterio predominante considera a este instituto como una facultad o derecho subjetivo de opción del contratante cumplidor (acreedor), quien puede elegir entre la resolución, mediante una declaración unilateral de voluntad, o el cumplimiento. Implica una medida de autodefensa, dirigida a tutelar la condición de respectiva igualdad entre las partes, salvaguardando el equilibrio contractual

Pacto comisorio expreso

El artículo 1203 del Código civil, dice; “si en el contrato se hubiere hecho un pacto comisorio por el cual cada una de las partes se reservase la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumpliere, el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo. Este pacto es prohibido en el contrato de prenda”.

La transcripción es originaria en la ley 340, no habiendo sufrido modificaciones hasta la actualidad. Las partes estipulan expresamente en el contrato que, cuando una de ellas no cumple o deja de cumplir la prestación asumida en el contrato; la contraparte queda facultada a dar por terminada la etapa contractual y demandar en consecuencia.

La ley produce en este caso, un efecto ágil para el cumpliente. En lugar de colocarlo en la posición de tener que intimar reiteradas veces al co-contratante, para que le proporcione aquello que configura su ventaja surgida del acuerdo; le proporciona la aptitud de resolver el contrato y

demandar por los daños y perjuicios.

Evita con esto, tener que esperar, muchas veces infructuosamente, que el otro cumpla su obligación y luego tener que llevarlo a juicio para lo mismo, que los jueces lo obliguen a que de cumplimiento.

De esta forma, con el contrato culminado; el inocente demanda por los daños y perjuicios, es decir, va en busca de resarcimiento; a la vez que se ha dado la libertad de contratar sobre el mismo objeto con un tercero.

Es lógico que la idoneidad para ejercer la finalización unilateral de las estipulaciones se le atribuya a la parte que no ha cometido la transgresión en las prestaciones. Si se le hubiese otorgado también al incumplidor; la ley le estaría dando todos los elementos para evadir sus obligaciones sin responsabilidad, avasallando los derechos obtenidos por el contrato a quién no ha faltado a las suyas.

Salvat sostenía que para que prosperase la resolución en el pacto comisorio expreso, se hacía necesaria la demanda y sentencia judicial que así lo decidiera.

La realidad encarna la idea contraria; la culminación encuadrada en la figura opera de pleno derecho y surte efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, de manera fehaciente, su voluntad de resolver. Aquí sustentamos la convicción que los efectos de este tipo de extermínio del contrato tiene carácter no procesal, en oposición, por ejemplo, a la manera de hacer valer la *exceptio non adimpleti contractus*, que sólo puede avanzar por vía tribunalicia.

El pacto comisorio está claramente prohibido por la ley en los contratos de prenda. Esto es, la facultad de hacerse de la propiedad de la cosa pignorada en caso de incumplimiento del deudor. Tal circunstancia se encuentra expresamente prohibida por la legislación argentina.

La prenda -*pignus*- o empeño, es un tipo de los llamados préstamos pretorios, por oposición a los préstamos civiles, consiste en la entrega en garantía de una cosa del deudor (*pignorante*) al acreedor (*pignoraticio*), para que la retenga hasta que se extinga la obligación, propia o ajena, que se garantiza. En cuanto préstamo en garantía, supone la existencia de una obligación para el acreedor *pignoraticio*: la de restituir la prenda en caso que el deudor o *pignorante* extinga la obligación. Sin embargo, el hecho de quedar la prenda en poder del acreedor *pignoraticio* hace nacer en favor de éste varios derechos sobre la cosa, entre ellos, un derecho de persecución, por lo que hablamos de un derecho real de garantía (<http://es.wikipedia.org/wiki/Prenda>).

La prohibición se suscitó en el Código Civil francés de 1804; y fue motivada

en no permitir al acreedor prendario hacerse de la propiedad de la cosa gravada con la prenda, en caso de incumplimiento de la obligación del deudor. De tal manera, éste último recibía una cobertura legal que lo protegía de ser víctima de la usura de aquél e impedir que se efectuaran actos de justicia privada.

En Francia se impuso la necesidad de hacer una reforma general sobre el derecho de garantías. En la actualidad se consagra expresamente la validez del pacto comisorio sobre la prenda. Para ello, una cláusula en este sentido puede ser incluida en el contrato de prenda, a su celebración, o luego en cualquier momento del desarrollo de su vida útil. La ventaja de permitir el pacto comisorio es notable: no requiere la intervención judicial para hacer efectiva la garantía.

Por otra parte, la ley 14.005 en sus artículos 7 y 8, dice que no procede el pacto comisorio en la venta de inmuebles en lotes y a plazo cuando el adquirente ha pagado el 25% del precio o ha realizado mejoras equivalentes al 50%.

En la venta de inmuebles para vivienda, mediando boleto de compraventa; cuando el adquirente de buena fe ha pagado el 25% del precio, tampoco se puede impulsar el pacto comisorio.

Finalicemos este tramo expositivo, diciendo que, para nosotros, el pacto comisorio expreso es un elemento accidental del contrato; en tanto y en cuanto, las partes deciden, en uso de sus capacidades volitivas, traer e incorporar al convenio una cláusula, en la que expresan el disparador y las modalidades en que ejercerán el instituto en caso que uno de las dos de a la otra suficientes motivos para ello.

Demás está decir, que la estipulación resolutoria es común, en la misma forma que sus efectos. Dicho equilibrio es fundamental, ya que se debe crear en paridad de posiciones jurídicas; no puede beneficiar a un contratante por sobre el otro, en ningún aspecto.

Pacto comisorio tácito

El pacto comisorio tácito se encuentra regulado por igual en los Códigos civil y comercial, en los artículos 1204 y 216 respectivamente, los que comparten exactamente el mismo texto; en virtud que la ley 17.711 incorporó al cuerpo legal civil, copia idéntica de la prescripción que ya tenía la legislación mercantil. A saber: “En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera

su compromiso. Más en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes.

No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios.

Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente su voluntad de resolver.

La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios, La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución”.

El primer párrafo del artículo expresa el espíritu con el que se ha agregado a la norma la figura de la cláusula resolutoria implícita. En Roma el basamento de la actividad contractual era el “pacta sunt servanda”; los contratos se hacen para ser cumplidos; la significancia del axioma es que los celebrantes no pueden eludir la carga de cumplimiento de las obligaciones contraídas convencionalmente.

La evolución de la materia ha dado paso luego al “principio de intangibilidad” del artículo 1200 del Código civil, ya estudiado como uno de los efectos propios del contrato; por el cual, las partes no renuncian unilateralmente a las prestaciones; dado que no poseen esa facultad porque dicha conducta representa un incumplimiento y, como tal, acarrea las sanciones que tengan lugar.

El pacto comisorio se manifiesta como un remedio en los contratos sinalagmáticos, frente a la inobservancia de los deberes que el acuerdo ha asignado a uno de los contrayentes. Opina Farina, que exigir siempre la vía judicial trae más inconvenientes que ventajas, obliga a esperar la sentencia, origina pérdida de tiempo y gastos y no guarda coincidencia con el ritmo de vida moderno, que exige cumplimiento en tiempo oportuno. En los negocios toda causa de retardo es un factor de perturbación social.

Por nuestra parte, entendemos que el pacto comisorio tácito, que acompaña a todos los contratos, salvo el de prenda, se erige en resguardo del “principio de equidad”; desde que, someter a la parte cumpliente a todas las vicisitudes y engorros que supone la vía tribunalicia, es profundizar la desigualdad entre los contratantes. Desproporcionalidad de derechos que inicia en el momento del quebrantamiento del equilibrio de las prestaciones, generado por el desistimiento unilateral al cumplimiento de uno, en desmedro de los derechos y expectativas del otro.

El acreedor conserva la potestad de procurar el cumplimiento de la obligación con más los daños y perjuicios y, eventualmente, apelar a la resolución contractual. Esta facultad se mantiene, incluso, ante un cumplimiento parcial o defectuoso. En esta circunstancia las prestaciones cumplidas quedan firmes produciendo sus efectos propios. Por la fracción incompleta de la obligación, el acreedor adquiere la facultad de dar por terminado el contrato, haciendo uso de la cláusula resolutoria implícita.

Ha quedado establecido que para que las partes cuenten con el pacto comisorio tácito, no es necesario que reseñen o describan, en una cláusula expresa, el detalle de la potestad que la figura les otorga equitativamente; es un elemento natural del contrato y como tal, forma parte de todos los acuerdo sinalagmáticos, excluido el contrato de prenda.

El segundo párrafo del artículo 1204 otorga dos supuestos para que la parte inocente acceda a la resolución implícita del contrato:

1) La primera es la vía extrajudicial o “por la facultad del acreedor”: Indefectiblemente, quién haya adquirido capacidad resolutoria, tiene la carga de reclamar, por comunicación fehaciente, el cumplimiento de la obligación a su contraparte. Es este un requisito de ley ineludible. Como el artículo en análisis forma parte del derecho privado, civil y comercial, en todo ese ámbito no se requiere que la intimación se realice bajo apercibimiento de resolver el contrato. Lo dicho ha traído, como no podía ser de otra manera en la especialidad, los debates doctrinales más apasionantes sobre la precisión de la intimación. El autor que venimos citando en otros capítulos de este trabajo, Atilio Alterini, tiene dicho; “Este requerimiento debe ser formulado imprescindiblemente, con la declaración de que, en caso de no ser satisfecho, se producirá la resolución del contrato” “cuando una persona intima a otra, sin más, para que cumpla una obligación, lo lógico es entender que la intención de esa persona es la de lograr la

prestación debida y no que se extinga la relación obligatoria”, “otorgar efectos resolutorios a una simple intimación de cumplimiento, implica instituir una verdadera trampa legal, ya que significaría atribuir a un acto jurídico, en forma arbitraria, una consecuencia reñida con la intención real del sujeto que la ha llevado a cabo”. Por su parte, el criterio de Mosset Iturraspe es que “tal apercibimiento no es necesario y la resolución se producirá de pleno derecho”.

La opinión que ha prevalecido es la del doctor Alterini, que desde ya compartimos, en razón que si se prescinde de enviar la intimación bajo apercibimiento de resolución del contrato, la comunicación es insuficiente para ejercer la opción de terminar unilateralmente con el contrato.

El marco temporal en el que la ley ha encuadrado el tiempo que va de la intimación a la ejecución, ha abierto otro debate, ya que la norma se presta a una buena cantidad de interpretaciones diferentes. Recordemos la pertinente porción del artículo 1204 y 216 (Cc. y Ccom. resp.); “...el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor”. El tiempo al que refiere la transcripción, por encontrarse en los códigos del derecho privado, se cuentan como lo manda la ley de fondo, por días corridos y comienza a computarse desde el día siguiente al que el deudor recibió la interpelación.

No hay dudas que al recibir la interpelación, el deudor ya ha entrado en mora; estado que ha alcanzado por no haber cumplido la prestación a su cargo. A diferencia del pacto comisorio expreso, el acreedor no puede resolver el contrato con el sólo hecho de enviar la intimación. El legislador tuvo en miras darle una última oportunidad al deudor de cumplir acabadamente con lo convenido; de allí que, el tiempo normado es a favor del incumpliente (tema muy discutible, de hecho lo haremos inmediatamente); donde la comunicación hace las veces de ultimátum y pone imperativamente al acreedor a aguardar que se agote dicho lapso para que pueda ejercer las facultades del pacto.

Decíamos, líneas arriba, que se ha abierto otro debate en lo que concierne a la prolongación del plazo de gracia para Ramella, Halperín y López de Zavalía, el plazo de quince días es el tiempo máximo de intimación, sin importar si es suficiente para que el deudor pueda

cumplir con las prestaciones pendientes. En general, esta rama de la doctrina basa su posición en que el reticente ya tuvo sobrado tiempo durante la vida del contrato para cumplir la prestación.

En este sentido, según la corriente doctrinaria en análisis, la ley va más allá; “salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor”, lo cual significa para estos doctrinarios, que el legislador no impone el plazo de espera para posibilitar la ejecución de la obligación debida; sino para poner en conocimiento al deudor de la finalización inminente del contrato y las consecuencias de su incumplimiento.

Para otro pensamiento doctrinal, Salvat, Alterini, Zago, Garrido; el tiempo de intimación se fundamenta en el que sea necesario para que el deudor pueda efectuar la obligación que motivó la comunicación fehaciente. Lo cual es de muy difícil mensura, ya que depende de la naturaleza de la prestación que se reclama.

Nosotros nos enrolamos en una posición diferente a las dos planteadas hasta hoy por la doctrina tradicional. Entendemos que la ley claramente da “...un plazo no inferior a quince días...”, está indicando un piso, no un techo; por lo que sostenemos, que el acreedor no puede bajar el tiempo de intimación, bajo ningún concepto, a menos que las partes lo hayan convenido así en el acto de celebración. Pero, sí puede ampliarlo, a su criterio, ya que la norma no impone máximos al respecto. Es entonces, una facultad del intimante estimar el tiempo que crea adecuado, de acuerdo a su conveniencia, disponiendo de su condición de parte inocente.

En otro ángulo del precepto, dice “salvo que los usos... establecieran uno menor”, indica las diferentes plazas del país, donde los contratos civiles, y los comerciales con más frecuencia, adoptan diferentes costumbres para efectivizar los plazos de intimación.

La parte final del segundo párrafo del 1204, otorga “...el derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios”. Debemos separar esta prerrogativa, de la cláusula resolutoria implícita; dado que para ejercer esta última no es menester el impulso de aquellos. Ahora, también es cierto que en la intimación para el cumplimiento de la prestación pendiente, debe preverse el reclamo por daños y perjuicios a fin de no perder los derechos indemnizatorios.

Según el criterio de Ricardo Uguet: “Si juntamente con el apercibimiento no se reclaman o reservan los daños y perjuicios, se entenderá que el requirente se contenta con el cumplimiento de las

obligaciones. Se interpreta que es una renuncia tácita del derecho a percibirlos, porque la actitud del acreedor al otorgar un nuevo plazo para el cumplimiento, significa que si el deudor cumple su mora habrá quedado purgada”.

En la comunicación debe hacerse reserva para demandar por los daños y perjuicios. Éstos pueden provocarse por cumplimiento moroso del deudor, cosa que genera reclamo por daño moratorio. En el caso que el incumpliente haga caso omiso a la interpelación, no llevando a cabo la prestación adeudada, el apercibimiento se efectivizará por daño compensatorio., vale decir, al que se produce en caso de incumplimiento.

El ejercicio de la cláusula resolutoria implícita, supone la facultad del contratante cumpliente de dar por terminadas las obligaciones insertas en el contrato, sin el apremio de concurrir a la vía judicial para hacer cumplir el contrato; sino que, arribará a los tribunales con un acuerdo terminado es aras de reclamar la indemnización por daños y perjuicios, y los efectos derivados de la resolución.

2) La segunda es la vía judicial:

De la lectura del último párrafo de del 1204, surge palmariamente que la vía judicial es una opción que la ley pone a disposición del contratante, que ve frustradas sus expectativas contractuales frente al inobservancia de los deberes convencionales a cargo de su contraparte.

Si la parte inocente decide no moverse en el campo de la extrajudicialidad, puede impetrar judicialmente a los efectos de lograr la resolución por esa vía.

Messineo ha reflexionado en el tema, arribando a la conclusión que esta forma de finalización es por vía de acción, pues está limitada en pedir la resolución a la parte incumpliente. Solicitada la resolución, el deudor ya no puede cumplir. El acreedor puede pedir la resolución aun cuando haya promovido el juicio para obtener el cumplimiento; pero no se admite la recíproca; con basamento en lo ya dicho, una vez solicitada la resolución por incumplimiento del contrato, éste ha culminado y el deudor ya no tiene obligación que cumplir, sino enfrentar la demanda por resarcimiento de los daños y perjuicios que ha provocado.

En esta vía se discute si es necesario, dentro del juicio, otorgar el plazo de gracia. Entendemos, con la mayoría de doctrina, que no lo es.

No obstante, hasta el momento que quede efectivamente notificado de la demanda que traba la litis, puede cumplir la obligación; de manera tardía obviamente; cosa que da lugar a oponer la acción de daños por cumplimiento defectuoso a favor del acreedor.

Alterini entiende que es suficiente la mora del demandado para que la parte no incumplidora pueda encarar directamente la acción por resolución judicial; quedando reservada la necesidad de la concesión del aludido plazo de gracia a la hipótesis de la resolución por la autoridad del acreedor.

El imperativo legal del plazo de gracia es un resorte ineludible para la resolución extrajudicial. Por otra parte, nada obsta que, dentro del juicio, el juez, en su sana crítica, otorgue el plazo adecuado, según los elementos que se ventilen en el proceso.

Algunos autores; Garrido, Zago, Halperín; han considerado la conveniencia de, a pesar de contar el acreedor con la facultad de ejercer el pacto comisorio tácito; demandar judicialmente la resolución del contrato, al conjuro de ventajas, que son ajenas a la culminación extracontractual: a) seguridad en la posición jurídica, frente a la indeterminación legal del plazo de gracia; b) exponer el problema inmediatamente; c) evitar la concesión del plazo que le impone la ley; d) desechar la posibilidad de discusión judicial sobre si el plazo estuvo bien o mal concedido, si la intimación fue oportuna; etc..

Queda claro, que la facultad otorgada por la norma al acreedor de actuar por su propia autoridad, no le veda el derecho a demandar judicialmente la resolución del contrato, en honor a su propio criterio.

El artículo 505 del Código civil

El ejercicio de la cláusula resolutoria implícita, comporta el posterior resarcimiento a favor del acreedor. Una vez pasado el plazo de gracia y resuelto el contrato, el deudor ya no está en posición de cumplir la prestación que asumiera contractualmente. El contratante que ha practicado el extremo de terminar con el convenio, está facultado para ir en búsqueda de la indemnización en los términos del artículo 505 del Código civil.

Los efectos del contrato no cumplido van a llevar al acreedor a demandar

ante los estrados judiciales, el monto del resarcimiento de la obligación omitida por el deudor, y, a esos efectos, los medios para obtener de éste la indemnización que pudiere corresponder, no difieren de cualquier otra obligación no cumplida, ya sea contractual o extracontractual.

CAPITULO 19
GARANTÍA DE EVICCIÓN

Ubicación legal y encuadre fáctico

La evicción y los vicios redhibitorios son un sistema de protección; un régimen de garantías, de derecho y de hecho respectivamente, que acompañan a todos los contratos bilaterales y onerosos.

La evicción se encuentra legislada en el Código civil a lo largo de setenta y cuatro artículos, en la franja de ley que va del 2089 hasta el 2163. Dicha articulación no guarda en sí misma un método que permita sistematizar la figura para su fácil estudio y comprensión. No obstante el legislador no ha obviado detalles en su confección, cuyo resultado arroja una legislación asistemática, pero íntegra.

Queda obligada por evicción la persona que transmitió derechos, o dividió bienes con otros. Como así también quién haya traspasado la titularidad de inmuebles hipotecados, si el adquirente o copartícipe, en caso de división, no puede conservarlos sin pagar al acreedor hipotecario.

El que obtiene un bien a título oneroso, en general inmobiliario, es perturbado en su derecho por un tercero que esgrime un mejor derecho sobre la cosa. El comprador puede traer a juicio al enajenante para que lo defienda, o bien, soporte la restitución de lo percibido por la operación, en caso que, efectivamente, el título del tercero haya superado la calidad del transmitido por el contrato oneroso.

La palabra evicción (del lat. *Evictio-oñis*) es de origen latino y significa desapoderamiento. La Real Academia Española la define como “desposeído”, siendo el mismo significado que utiliza el legislador en su explicación en la nota al 2089. En el plano jurídico se revela como: pérdida de un derecho por sentencia firme y en virtud de derecho anterior y ajeno.

Para ubicar técnicamente a la figura en la órbita de los contratos, debemos encuadrar la hipótesis en que la garantía de evicción se encuentra incluida en todos los acuerdos de índole oneroso y bilateral.

Las partes, de común acuerdo y de manera expresa, pueden incluir una cláusula en la que el adquirente libere al enajenante de la carga de defensa, y virtual saneamiento, en caso de perder la cosa a manos de un tercero con mejor derecho. El razonamiento vertido en los renglones precedentes nos permite advertir fácilmente el carácter de elemento natural que personifica la evicción en los contratos bilaterales y onerosos, en los términos del artículo 2097.

En otro andarivel de la presentación en sociedad de la garantía de derecho que estamos estudiando; digamos que la evicción tiene lugar en contratos jurídicamente sanos, tanto en su celebración como en su desarrollo.

Disquisición que deberá mantenerse a lo largo del debate con el que, finalmente, la justicia develará a quién pertenece el derecho a la cosa. Esto así, porque en caso de descubrir que el enajenante sabía o pudo tener conocimiento de las facultades que asistían al tercero en relación con la cosa de la que se ha desprendido, será responsable de todas las consecuencias que tengan lugar, en virtud de su accionar doloso.

Deducimos entonces que, para que la garantía de evicción pueda hacerse valer y el vendedor repare al comprador, éste debe ser de buena fe. Si así fuera, devolverá el precio de la cosa, quedando habilitado para poner en tela de juicio si la restitución es de lo percibido en la operación originaria o actualizado al momento de la restauración del patrimonio del eviccionado. Pero si se probase que estaba al tanto de los derechos del tercero reclamante, nacerá su responsabilidad por dolo y deberá pagar, aparte de la reparación actualizada, los daños y perjuicios ocasionados.

Asimismo, la evicción se concreta generalmente en la adquisición de bienes inmuebles; esto no la convierte en real, su naturaleza responde a una garantía personal que custodia a los contratos bilaterales y onerosos.

Presupuestos, extensión y efectos de la evicción

No es frecuente que la norma incorpore expresamente los requisitos de un figura con el detalle que nuestra legislación lo ha hecho en la regulación de la garantía de evicción. El artículo 2091 se ocupa de ello; “habrá evicción en virtud de sentencia y por causa anterior o contemporánea a la adquisición, si el adquirente por título oneroso fue privado en todo, o en parte del derecho que adquirió, o sufriese una turbación de derecho en la propiedad, goce o posesión de la cosa. Pero no habrá lugar a garantía, ni en razón de las turbaciones de hecho, ni aun en razón de las turbaciones de derecho, procedentes de la ley, o establecidas de una manera aparente por el hecho del hombre, o de pretensiones formadas en virtud de un derecho real o personal de goce, cuya existencia era conocida al tiempo de la enajenación”. En principio, y según exégesis obtenida de la misma norma; la turbación debe provenir de una demanda judicial o extrajudicial, por la que un tercero reclamase un derecho cualquiera; por ejemplo si pretendiese un derecho de propiedad en todo o en parte sobre la cosa del adquirente.

El legislador adiciona otro modelo ejemplificador, “si un tercero ejerciese una acción hipotecaria que lo amenazase de ser vencido en el derecho que creía tener en la cosa libre de toda carga”. Entendemos fallida la muestra que hace Vélez, ya que la hipoteca es una garantía real, y para existir debe

anotarse en el Registro de la Propiedad Inmueble, con fines declarativos. Dado lo cual, si el comprador no realizó la verificación que el sistema jurídico pone a su alcance; su conducta va a ser tildada de negligente, y en virtud que, en materia obligacional, nadie puede ampararse en su propia torpeza, le estará vedada la posibilidad de hacer valer la garantía de evicción sobre el enajenante, en orden a ser considerado víctima de su exclusivo accionar negocial.

La incorporación del bien al patrimonio de quién resiste el asedio del tercero debió consumarse vía contrato oneroso. En esta tipología convencional, la garantía de evicción está siempre comprendida, salvo que las partes expresamente la hayan desechado. Se entiende que es una garantía presumida, desde que, sin hacer mención a su incorporación al pacto, las partes pueden descartarla, sin que el acuerdo se altere.

Si bien la garantía es un elemento natural de los contratos onerosos, excepcionalmente aparece en donaciones y cesiones gratuitas.

La turbación que recibe el adquirente debe ser de derecho; ésta supone la intención de reivindicar la cosa para sí, por parte de un tercero que entiende tener un mejor derecho sobre el objeto. Las acciones judiciales pueden ser iniciadas por el tercero y, con la notificación de demanda, el titular actual se entera de la pretensión de aquel; o bien el adquirente, al saberse hostigado jurídicamente por un extraño en su derecho sobre la cosa, acude a la justicia con el fin de preservar la titularidad.

El artículo 2091 nomenclata las turbaciones de hecho, que no dan lugar a la garantía de evicción. Zago hace la enumeración de la ley, indicando pequeños ejemplos con efectos didácticos: 1) turbación de hecho; el adquirente debe defenderse por sí mismo; 2) turbaciones de derecho provenientes de la ley: las restricciones y límites al dominio obligan a admitir la fijación de ochavas y otras restricciones limitativas del libre uso y goce de la cosa; 3) turbaciones aparentes establecidas por el hecho del hombre; se trata de servidumbres continuas y aparentes existentes a la época de la adquisición, sobre las cuales no cabe reclamo alguno, según el artículo 2994; 4) derecho real o personal de goce conocido; no se puede pretender que nace la turbación cuando el adquirente sabía la existencia al momento de efectuar la adquisición.

La turbación puede ser total o parcial. Es total cuando se pretende excluir al adquirente de toda relación jurídica con la cosa: Es parcial, cuando el tercero reclama un mejor derecho sobre una porción del bien; por ejemplo, el heredero de uno de los condóminos.

El derecho que alega el tercero debe tener una causa anterior o

contemporánea a la época de celebración del contrato con el cual se transmitió la cosa. Si fuese posterior a la fecha de adquisición, el enajenante no debe la garantía de evicción y no puede citárselo para que acuda en defensa del titular.

Otro requisito es que la evicción debe ser declarada por los jueces. Es una exigencia esencial para que el dueño entregue en propiedad el bien al reclamante. Si no hay sentencia, nada se le puede pedir al vendedor; ya que se le debe dar la oportunidad de intervenir en el juicio como respuesta al principio del debido proceso.

Procedimiento para hacer efectiva la garantía de evicción

Ya hemos reflejado, iniciando el tratamiento de esta garantía de derecho, que es presentada por la ley de manera asistemática, sin guardar orden alguno, en la técnica legislativa que se utilizó para su regulación. También aclarábamos a aquella altura que, no obstante el caótico trabajo estatutario, la evicción se plasma en la norma con una plenitud destacable.

Con el fin de obtener certidumbre explicativa, y sólo a esos efectos, hemos separado en cuatro partes la totalidad del proceso a seguir para hacer efectiva la figura que analizamos; a saber: 1) Garantía de evicción. 2) Citación de evicción. 3) Evicción. 4) Saneamiento.

1) La garantía de evicción es el elemento natural que asiste a todos los contratos bilaterales y onerosos. Cuando los celebrantes deciden llegar a un acuerdo de estas características; viene con él, por añadidura, la posibilidad que el adquirente de la cosa, en el caso de ser turbado en la propiedad por un tercero ajeno al convenio, que ostenta un derecho que puede ser mejor al del comprador y, en consecuencia, generar la firme posibilidad de hacerse de la titularidad del bien. El adquirente tiene a su favor la garantía que el enajenante venga a defenderlo en juicio o tomar a su cargo el resarcimiento sobre el bien del que, eventualmente, el adquirente debe deshacerse, entregándolo al tercero en cuestión.

2) La citación de evicción es un accionar que el enajenante debe llevar a cabo en tiempo y forma. Hecho así, el garante tiene que venir e intervenir en el proceso judicial. Alterini dice que el enajenante está obligado a ingresar en el juicio. En rigor de verdad, esta afirmación es equivocada, si elige no presentarse en los actos procesales y se encuentra debidamente notificado, el dueño de la cosa mantiene su derecho a la garantía, y podrá hacerla valer a final del proceso, en caso que resulte vencido por el tercero. Todo lo dicho es de aplicación, siempre y cuando se haya citado tal como

la ley lo ordena, en los términos del artículo 2108. Si no lo hiciese así, la garantía de evicción se pierde y cualquier citación fuera del encuadre legal, deviene extemporánea, según el artículo 2110.

Esta norma ordena; “la obligación que resulta de la evicción cesa si el vencido en juicio no hubiese hecho citar de saneamiento al enajenante, o si hubiere hecho la citación, pasado el tiempo señalado por la ley de procedimientos”.

A este efecto, el artículo 105 del Código procesal civil y comercial de la Nación, dice; “Tanto el actor, como el demandado podrán pedir la citación de evicción; el primero al deducir la demanda; el segundo, dentro del plazo para oponer excepciones previas en el juicio ordinario, o dentro del fijado para la contestación de la demanda en los demás procesos”. La oportunidad para citar al enajenante y que no caiga la garantía, es en la primera presentación que haga el titular del bien; ya como demandante, ya como impetrado. Si no lo cita oportunamente, y lo hace en presentaciones posteriores; dicha citación es extemporánea, y el vendedor habrá quedado liberado frente al resultado adverso del juicio para el dueño de la cosa.

3) La evicción es un hecho judicial. Es la reivindicación de la cosa vendida a favor de un tercero que había alegado poseer un mejor derecho sobre ella y, finalmente, probó tener el dominio del bien. A su vez, el comprador se obliga a desprenderse de la cosa, en razón de sentencia firme dictada a favor del reclamante.

En este hecho, producido por autoridad judicial, se verifica la etimología del vocablo latino evicción, el cual significa, como ya se señalara, desapoderamiento.

4) Enseña Garrido que; sanear significa hacer sana una cosa, repararla o mediarla. Esta obligación, que en doctrina es conocida como garantía, forma parte del elemento natural de los contratos; aplicación ésta a todos aquellos contratos traslativos a título oneroso.

La obligación que contiene la garantía de evicción, se acota al valor de la cosa perdida a manos del tercero. El garante no debe daños y perjuicios por sobre la valuación del bien, por dos razones; la primera es su condición de contratante de buena fe; y la segunda está dada, porque si no hubiese transmitido la cosa, el desposeído sería él.

De los cuatro pasos sucintamente explicados, los tres últimos se desarrollan en el ámbito judicial; siendo el primero, enteramente extrajudicial, ya que como garantía de derecho se adhiere al contrato en el acto de gestación.

El profesor Alterini hace un aporte singular; el garante debe pagar al adquirente los gastos que haya afrontado para la defensa de sus derechos.

Sin embargo, el adquirente no puede cobrarlos, ni efectuarle ningún otro reclamo: a) si vence en el proceso judicial sin haberlo citado; b) si el garante se allana y, a pesar de ello, el adquirente continúa sosteniendo su defensa, y es vencido. Estas soluciones las extrae el autor de los artículos 2108 y 2117 del Código civil.

Valor de las cláusulas que eliminan la evicción

Atendiendo a la condición de elemento natural de la garantía de evicción en los contratos onerosos y gratuitos; la ley permite aumentar, disminuir o suprimir la obligación que nace de la evicción.

Es decir, que al momento de establecer la relación contractual, queda supeditado al exclusivo arbitrio de los celebrantes, el manejo que deseen hacer de la responsabilidad nacida de esta garantía. Incluso eliminarla completamente, exonerando al enajenante de cualquier compromiso que pudiere nacer de la reivindicación del bien por un tercero que demuestre poseer mejor derecho sobre la cosa.

El único límite que la norma implanta al pacto de liberación por evicción, es la mala fe del enajenante.

Convenido el relevo de respuesta por parte del vendedor, el pacto pierde su efecto si se prueba que obró con conocimiento de la existencia de un título cualitativamente suficiente en manos de una persona ajena al contrato. Todo ello en virtud de la letra de los artículos 2098 y 2099.

Otra situación se presenta cuando el comprador tiene conocimiento de la existencia de un tercero con facultades como para reclamar la cosa en propiedad. El artículo 2106 dice que; “cuando el adquirente de cualquier modo conocía el peligro de la evicción antes de la adquisición, nada puede reclamar del enajenante por los efectos de la evicción que suceda, a no ser que ésta hubiere sido expresamente convenida”. Si en el acto de transmisión de la propiedad, expresamente se fija la posibilidad que aparezca un tercero eviccionante; la cláusula causa el mismo efecto que si se hubiese convenido la exoneración del enajenante.

Evicción sin sentencia

A este respecto la doctrina tradicional tiene posición tomada, en el mismo sentido que indica la ley. Garrido reflexiona; ...cuando el derecho del tercero que reclama la cosa parece tan evidente, mantener el litigio significaría por parte del adquirente colocarse en la situación de sufrir otros daños más que

el correspondiente a la privación de la cosa, y aparece como lógico, que no se le pueda exigir que mantenga el juicio teniendo derecho a la evicción, aun cuando no haya sentencia judicial.

El autor sigue los lineamientos trazados por la norma; transcribimos seguidamente el artículo 2111 del Código civil, “no tiene lugar lo dispuesto en el artículo anterior (se refiere a la obligación de citar al enajenante en tiempo procesal), y el enajenante responderá por la evicción, si el vencido en juicio probare que era inútil citarlo por no haber oposición justa que hacer al derecho del vencedor. Lo mismo se observará cuando el adquirente, sin citar de saneamiento al enajenante, reconociese la justicia de la demanda, y fuese por ésto privado del derecho adquirido”.

La ley regula dos circunstancias diferentes con la misma solución: a) el titular ya ha sido vencido en juicio por el tercero, y no ha citado porque la oposición no tenía posibilidades de prosperar; b) la última parte del artículo, refiere que la evidencia del mejor derecho lleva al dueño a reconocerlo, evitando de esa manera un juicio inútil.

Nuestra posición es firmemente opuesta a la doctrina, tanto como a la regulación normativa. Nos explicamos: si el adquirente reconoce sin más, el mejor derecho del reclamante y entrega la cosa de su propiedad; lo está decidiendo de forma unilateral e inconsulta con aquel que, en definitiva, cargará con la obligación reparatoria. Esta manera de resolver en el propio criterio del titular del bien, le quita el derecho al enajenante de defenderlo y, haciéndolo, defenderse; en franca violación a los derechos constitucionales del “debido proceso” y de “defensa en juicio”. Por otra parte, también se quebranta una de las exigencias fundamentales para que la evicción tenga lugar y no deje dudas sobre su concesión; es que ésta, en los términos del artículo 2091, sólo puede decretarse vía sentencia judicial. Cualquier abogado litigante que se precie, ante la consulta de un enajenante compelido a hacerse cargo del saneamiento, por la evicción ocasionada por disposición unilateral del adquirente; aconsejaría seguramente, resistir la reparación y ventilar en juicio, contra quién fuera su contraparte, el derecho a la legítima defensa que le fuera negado.

Citación simultánea o alternativa

En el derecho romano y en el de partidas dominaba la gradualidad. Según Vélez; el adquirente debía citar al enajenante inmediato, éste al que le había transmitido la cosa, y así sucesivamente hasta llegar al enajenante originario. Nuestro derecho es muy abierto con respecto a ésto. El artículo 2109

dice que “el adquirente de la cosa no está obligado a citar de evicción y saneamiento al enajenante que se la transmitió, cuando haya habido otros adquirentes intermediarios. Pueden hacer citar al enajenante originario, o a cualquiera de los enajenantes intermediarios”.

La norma habilita al dueño cuestionado en su derecho a la cosa, a citar al juicio a todos los antiguos titulares. Debe hacerlo de manera simultánea, ya que tiene sólo una oportunidad para ello, su primera intervención en el juicio.

También tiene la alternativa de citar a uno o a algunos de los enajenantes intermediarios, según su propio criterio; e incluso puede traerlos al proceso sin seguir el orden de posesión, sino a los que haya decidido notificar. A su vez, los citados pueden hacer lo mismo con otros titulares anteriores.

El límite de citaciones retroactivas, es la fecha en que el tercero con vocación a evicción haya constituido su derecho. Los poseedores anteriores a ese tiempo no pueden ser traídos a juicio, ya que el derecho que enarbola el eviccionante y que lo habilita a reclamar, no había nacido.

La inspiración que motiva al legislador a encontrar esta solución, la justifica él mismo en la nota al artículo: el acreedor puede ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con la sola excepción de los que sean inherentes a su persona. Se juzga que cada enajenante ha transferido la cosa a su adquirente, “cum omni sua causa”, es decir, con todos los derechos que le competían. El último adquirente, es pues tácita y necesariamente subrogado en todos los derechos de garantía de los que han poseído la cosa antes que él, y reúne esos derechos en su persona.

Garantía de evicción en el contrato gratuito

El código civil contempla la situación del adquirente de un bien a título gratuito, por ejemplo el donatario; en el artículo 2096 enuncia; “habrá lugar a los derechos que da la evicción, sea que el vencido fuere el mismo poseedor de la cosa, o que la evicción tuviere lugar respecto de un tercero, al cual él hubiese transmitido el derecho por un título oneroso, o por un título lucrativo. El tercero puede en su propio nombre, ejercer contra el primer enajenante, los derechos que da la evicción, aunque él no pudiese hacerlo contra el que transmitió el derecho”.

El donatario no tiene acción contra el donante, en razón que el contrato por medio del cual, adquiere la titularidad de la cosa, es un acto jurídico gratuito y la evicción es un elemento natural de los convenios bilaterales y onerosos. “Pero el que transmite la propiedad de una cosa, se juzga que

transmite al mismo tiempo todos los derechos reales y personales que le corresponden por razón de esa cosa” (nota al mismo artículo).

Lo dicho corre el velo sobre los derechos del donatario contra los poseedores anteriores al donante. El donante está facultado para traer por la garantía a quienes poseyeron antes que él y se traspasaron la cosa de uno a otro por títulos onerosos. Como el que transmite un bien, lo entrega con los derechos; el donatario adquiere junto con la cosa, los derechos que tiene el enajenante. Esto lo pone en posición de sostener contra los dueños anteriores, los derechos que le cedió el donante junto con la cosa.

En síntesis, el donatario no puede citar por la garantía de evicción al donante; pero sí puede hacerla valer contra los que titularizaron el bien en tiempo anterior a éste.

Demás está decir, que dichas facultades pueden ser ejercidas alternativamente, contra uno, todos o algunos de los antiguos enajenantes; debiendo citarlos simultáneamente en la primera presentación que el donatario realice en el juicio.

La evicción en algunos contratos

Sobre el final del capítulo “De la evicción”, en la ley civil; se reguló la garantía en algunos contratos en especial. Nos resulta desacertada la decisión del legislador, ya que entendemos, que no pertenecen a las normas generales de los contratos. Lo más lógico hubiese sido la incorporación a cada una de las especies convencionales, para la comprensión de las diversas afectaciones de la garantía a cada pacto en particular.

De todas maneras, entendiendo que el Código no tiene fines didácticos sino regulatorios; el estudiante deberá integrar esta parte de la ley a los respectivos contratos en el momento que esté tomando conocimientos de ellos; cosa que le va a posibilitar la comprensión acabada de las diferentes concepciones de la evicción, conforme cada figura contractual.

Hasta alcanzar aquel tiempo, nos limitamos aquí a ubicar el orden articular en que la ley plasma la regulación referida: De la evicción entre comprador y vendedor, desde el artículo 2118 hasta 2127. De la evicción entre los permutantes, del 2128 al 2131. De la evicción entre socios, entre los artículos 2132 y 2139. De la evicción entre los copartícipes, comenzando en el 2140, para culminar en el 2144. De la evicción entre donantes y donatarios, desde el 2145 hasta el 2154. De la evicción entre cesionarios y cedentes, del 2155 al 2163.

CAPITULO 20
VICIOS REDHIBITORIOS

Naturaleza jurídica

En los contratos onerosos, cuando una de las obligaciones tenga por objeto la entrega de una cosa, al momento de dar cumplimiento, el bien debe encontrarse en las condiciones pactadas o, en su defecto, en óptimo estado de conservación.

Siendo así, puede suceder que, luego de ser receptada por el acreedor, éste descubra, con la cosa ya en su poder, que presenta alguna anomalía en su constitución o en su funcionalidad, que constituya un impedimento de aplicación para el uso para el que fue adquirida.

Nótese que el hallazgo de la disfuncionalidad que presente la unidad comprada, debe existir en el instante en que el deudor lleva a cabo su prestación, no puede ser sobreviniente. Lo que sí va a suceder posteriormente, es la revelación del defecto, que al recibirla el acreedor no tuvo posibilidad de percibir, porque se hallaba oculto.

El artículo 2164 del Código civil, regula lo dicho en los párrafos anteriores, con las siguientes palabras: “son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que a haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella”.

Quien incorpora a su patrimonio bienes materiales por vía de contrato, tiene a su favor la facultad de reclamar a la contraparte si descubre en ellos defectos preexistentes a la entrega. Obviamente, los desperfectos deben persistir al momento de requerir que se subsanen.

Esta facultad es una garantía de hecho en los contratos onerosos. No es necesario que las partes se refieran a ellos en la celebración del convenio. La garantía acompaña al pacto siempre; circunstancia que le atribuye la esencia de elemento natural de los contratos.

En virtud de tal, las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad en cuanto al particular; siempre que no haya dolo en el enajenante.

La evicción, también es una garantía; pero de derecho. La afectación se produce en la turbación sobre la titularidad del objeto del acuerdo. En la redhibición, la garantía es de hecho, porque el defecto se encuentra en el cuerpo o en la funcionalidad de la cosa; nada tiene que ver con la documentación que hace a su existencia o transmisión.

Requisitos

Básicamente, para que quede configurado el vicio redhibitorio deben concretarse una serie de requisitos de orden imprescindible. Corresponde la configuración de todos ellos simultáneamente; la falta de uno sólo, hará a la inoficiosidad de la acción de reclamo.

El vicio debe ser oculto, en la medida que el receptor no tenga ocasión de percibirlo en el momento que entra en poder de la cosa. Si el vicio es aparente; es decir, que puede verificarse fácilmente cuando el deudor está cumpliendo la obligación a su cargo; la sola recepción implica el consentimiento del estado del bien y, en consecuencia, no habiendo redhibición, tampoco tendrá acción.

Por otra parte, el vicio debe ser contemporáneo o anterior a la tradición. La carga de la prueba sobre el tiempo de origen del defecto, pesa sobre quién lo alega; para lo cual, está habilitado a echar mano de cuanto medio probatorio le proporcione la posibilidad de llevar el reclamo a la realidad. En el caso que no encuentre como probar la temporalidad de configuración del vicio; se lo juzgará sobreviniente.

Es esencial que el adquirente no sepa la existencia del vicio, como que tampoco pueda conocerlo en orden a su profesión u oficio. Si el comprador posee algún tipo de habilidad o especialidad, debido a las cuales esté en condiciones de enterarse si el bien se encuentra en estado adecuado a su uso en el momento de recibir el bien, el enajenante estará liberado de toda responsabilidad.

Esta es una garantía que funciona sólo en los contratos a título oneroso. Por lo tanto, la onerosidad es una categoría “sine qua non” para obtener la oportunidad para que el comprador reclame por los vicios ocultos. No hay acción por vicios redhibitorios en los contratos gratuitos.

Por último, digamos que los defectos pequeños o insustanciales no alcanzan el carácter de esta figura, por lo que, también, está vedada la posibilidad de demandar. El vicio debe ostentar la suficiente gravedad, como para que la cosa no sirva para aquello que fue adquirida.

En la nota al 2164, puede leerse que los pequeños vicios no son redhibitorios. A pesar de la letra de la exégesis, de todas maneras, el adquirente tiene acción para reclamar por ellos.

En resumen, los requisitos para la configuración del vicio redhibitorio y su consecuente reclamación, son: a) vicio oculto; b) anterior al momento del cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa al acreedor; c) no conocido por el adquirente; d) el contrato debe ser a título oneroso; e) el vicio debe ser sustancial o grave.

Las partes como creadoras de vicios ocultos

Los celebrantes pueden convencionalmente, hacer vicios redhibitorios de aquellos que naturalmente no lo son, en los términos del artículo 2167: “Pueden también por el contrato hacerse vicios redhibitorios de los que naturalmente no lo son, cuando el enajenante garantizase la no existencia de ellos, o la calidad de la cosa supuesta por el adquirente. Esta garantía tiene lugar aunque no se exprese, cuando el enajenante afirmó positivamente en el contrato, que la cosa estaba exenta de defectos, o que tenía ciertas calidades, aunque al adquirente le fuese fácil conocer el defecto o la falta de la calidad”.

En esto, concluye Alterini que se construye una ampliación convencional de la garantía, en tres circunstancias: a) por estipulación de partes, en virtud de algún defecto determinado; sin tener en consideración si el adquirente tuvo la posibilidad de conocerlos; b) cuando el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente hubiera de haber conocido el defecto o la falta de calidad; c) cuando el interviniente en la fabricación o en la comercialización de la cosa otorga garantías especiales.

Damos por cierto, que de acuerdo a las peculiaridades de un negocio en especial, los celebrantes están facultados a crear vicios redhibitorios en absoluta libertad y de común acuerdo.

Vicios redhibitorios en el Código de comercio

El Código de comercio ha dedicado a los defectos ocultos la siguiente regulación en el artículo 472 de aquel cuerpo legal : “Cuando los géneros se entregaren en fardos o bajo cubiertas que impidan su examen y reconocimiento, podrá el comprador, en los tres días inmediatos a la entrega, reclamar cualquier falta en la cantidad o vicio en la calidad; justificando, en el primer caso, que los cabos o extremidades de las piezas están intactas, y en el segundo, que los vicios o defectos no han podido suceder por caso fortuito, ni causarse fraudulentamente en su poder. El vendedor puede siempre exigir en el acto de la entrega, que se haga el reconocimiento íntegro, en calidad y cantidad, de los géneros que el comprador reciba, y en este caso no habrá lugar a dicha reclamación después de entregados”.

Si bien en materia comercial no se le ha dedicado espacio a la regulación de los vicios redhibitorios; la norma mercantil prolonga por tres días el momento de recepción de las mercancías adquiridas; otorgándole al

comerciante comprador un tiempo prudencial para la revisión de los bultos cerrados; con la potestad de reclamar dentro de ese período por defectos cualitativos o cuantitativos.

Asimismo, habilita al vendedor a exigir que la verificación, facultad del comprador, se realice de forma inmediata con la entrega de la mercadería; a los fines de preservar sus derechos frente a los efectos que emanan del contrato de la compraventa mercantil.

Acciones

En la compra venta civil, el vendedor siempre debe sanear al comprador por los vicios ocultos, en las condiciones que ya se han explicado en este capítulo. Dice la ley, y alguna doctrina, que no queda obligado a responder por los vicios aparentes. En rigor de verdad, esto no es cierto. La norma refiere simplemente que, en tal caso, no se aplican las indicaciones legales sobre los vicios ocultos; pero ello, sin perjuicio que el adquirente reclame bajo el influjo de la normativa pertinente.

En cuanto a los ocultos, el comprador tiene dos acciones, independientes una de la otra. La acción de redhibición y la acción cuanti minoris.

La acción redhibitoria abre la vía para demandar por la resolución del contrato, fundada en los vicios que aparecieron en la cosa. La indemnización buscada comprende el precio de lo pagado con más los daños y perjuicios surgidos de los defectos materiales.

Es claro que el adquirente no quiere quedarse el bien y decide deshacer el vínculo contractual.

La otra acción, la cuanti minoris, se emprende en pos de la reducción del valor de la cosa, para ponerla en su justo precio. En este contexto, el adquirente ha decidido que el bien permanezca en su patrimonio, de allí la finalidad de la acción, en cuanto el debate se entabla sólo por la valuación real de lo comprado.

El artículo 2175, dice que; “el comprador podrá intentar una y otra acción, pero no tendrá derecho para intentar una de ellas, después de ser vencido o de haber intentado la otra”.

No hay mucho más que agregar; las opciones sobre las acciones se excluyen entre sí. La que elija, es la única que puede llevar adelante, habiendo dejado a la otra, en ese acto, totalmente de lado.

Prescripción liberatoria en los bienes muebles

Ambas acciones mencionadas en el acápite anterior tienen un especial régimen de prescripción que se encuentra regulado en el artículo 4041 del Código civil, donde se trata “de las prescripción de las acciones en particular”. El artículo dice; “Se prescribe por tres meses, la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato de compra y venta; y la acción para que se baje del precio el menor valor por el vicio redhibitorio”.

Dicho período comienza a contarse desde el día siguiente al que fue recibida la cosa vendida. Si las recepciones debieron escalonarse por la naturaleza de los bienes o del contrato, comenzará el cómputo temporal a contarse al siguiente día de la última entrega, que completa el objeto total de lo contratado.

Pasados lo noventa días, la acción pasa en estado de prescripción, y el comprador habrá perdido la posibilidad de accionar contra el vendedor por los vicios ocultos de la cosa.

Régimen de vicios redhibitorios en los inmuebles

De acuerdo al artículo 1647 del Código civil, los vicios ocultos en los inmuebles deben denunciarse dentro de los sesenta días de aparecidos; salvo que sean tan graves que provoquen, o puedan provocar, la ruina total o parcial; en cuyo caso quedará encuadrada la demanda en el artículo 1646. El plazo de sesenta días tiene sentido en cuanto circunscribe la responsabilidad al daño inmediato. La persistencia de las consecuencias de los vicios tales como humedad o agrietamientos no tratados a tiempo, pueden y suelen producir daños que deben ser imputados más a la desidia del propietario que a las faltas del constructor. Hay que tener en cuenta que si la aparición de signos de humedad en una construcción es denunciada inmediatamente, seguramente podrá ser reparada con un gasto limitado para las partes. Pero si se deja pasar el tiempo sin repararla, los daños van a ser cada vez mayores y, no ya por la humedad en sí, sino por no haberse tomado los recaudos lógicos y necesarios. De allí la premura de la norma, para que los vicios aparecidos inmediatamente después de la entrega, le sean imputados a defectos a cargo del vendedor.

El vicio oculto en la ley del consumidor

El artículo 18 de la ley 24.240, de defensa del consumidor, dispone que la aplicación de las disposiciones precedentes (relativas a contratos de consumo) no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios; añadiendo que en estos casos: a) A instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el artículo 2176 del Código Civil; y, b) El artículo 2170 del Código Civil no podrá ser opuesto al consumidor. La norma establece que el funcionamiento de los artículos anteriores no reemplazan ni dejan sin efecto la garantía que por vicios redhibitorios debe el enajenante, legislada en el Título XIV, Secc. III del Libro II del Código Civil.

Por tanto los vicios redhibitorios, en la ley de defensa del consumidor, se mantienen como un elemento natural de los contratos, debiendo reunir los siguientes requisitos: a) Que sean ocultos, según establecen los artículos. 2164, 2173 y 2176. La cognoscibilidad del defecto impedirá la reclamación por vicio redhibitorio, pero no la operatividad de la garantía, si la cosa la tuviere. El requisito sin embargo se ve limitado a tenor de lo establecido en el último párrafo del artículo. b) Que sea grave, de manera tal que haga la cosa impropia para su destino, o de cualquier forma le disminuya el valor, artículo 2164. No quiere decir que sea irreparable, basta con que signifique alguno de los demeritos enunciados. c) Que exista al tiempo de la adquisición, o más precisamente, que sean anteriores o concomitantes a la tradición. d) Que no haya existido válida renuncia de las partes a la garantía.

El artículo dispone que a instancia del consumidor se aplica de pleno derecho el artículo 2176 del Código civil, que reconoce la acción indemnizatoria al adquirente que opta por rescindir el contrato. Esto quiere decir, en la práctica, que en todos los casos se presumirá que el vendedor conocía o debía conocer la existencia del vicio.

Ahora bien, un punto destacable en la ley de defensa del consumidor es la eliminación de la posibilidad de liberarse de la garantía por vicios redhibitorios, que contaba el enajenante, en caso que el vicio deba ser conocido por el adquirente en razón de su profesión u oficio, prevista por el artículo 2070. Este dispositivo viene a zanjar la discusión acerca del carácter de oculto del vicio y la diligencia del comprador, puesto que si a un experto no se le puede oponer esta dispensa, con menos razón a un lego se le podrá exigir que se haga asesorar.

CAPITULO 21
REVISIÓN DE LOS CONTRATOS

Pacta sunt servanda

Originariamente, nuestra ley no ocultó su intención de insertar a los contratos en un contexto rígido, estricto, severo e inflexible. La mentalidad imperante en los albores de la ley civil en nuestras latitudes, fomentaban la creencia que, de esta manera, se alcanzaba el máximo de exactitud; entendiendo a ésta como la ausencia de error.

Conceptualmente, cuando alguien ejecuta una acción exactamente como se la ha prescrito, el resultado obtenido es aquel que se pretendía. En derecho, específicamente en el universo contractual, la precisión en el cumplimiento de las prestaciones, es ampliamente relativa.

El convenio no es una fórmula matemática; sencillamente, porque no es una hoja de papel donde se estampa la firma; el contrato es un acuerdo de voluntades con la finalidad de crear, modificar o extinguir derechos. Esta es una diferencia de calidad y no simplemente de grado.

Dados aquellos valores imperantes, el regulador no dio a los celebrantes ningún permiso para solicitar la revisión del contrato, ante cualquier cambio en las condiciones económicas, que contextualizaran el establecimiento de una relación contractual determinada.

Solo los autorizó a darse seña como venia de arrepentimiento, o a denunciar por vicios, lo cual no habla precisamente de permisión, sino de un impedimento. Así se expresa en los renglones finales de la nota que aparece por debajo del artículo 943: “El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos.

La ley plasma en otras palabras el antiguo principio romanista del “pacta sunt servanda”, los contratos se hacen para ser cumplidos. Es ésta la filosofía de la estructura contractual con la que fue concebida la normativa sobre la especialidad. Al conjuro de esas ideas, se creó el espíritu que gobernó las maneras de circulación de los bienes y servicios en nuestro país hasta el año 1968, con el advenimiento de la reforma, a manos de la ley 17.711.

En materia de obligaciones y contratos, uno de los principios generales del derecho y máxima que rige en nuestro ordenamiento jurídico, es el aforismo del pacta sunt servanda, y que viene a significar que lo pactado obliga. Este axioma es una manifestación de la autonomía de la voluntad y del espíritu del negocio jurídico, y constituye una regla tradicional, por la cual se establece que los pactos deben ser cumplidos y lo deben ser en sus propios términos.

Sin embargo; ha devenido en oposición a aquel principio, otro de la misma

cepa y antigüedad, que plantea una barrera a la rígida práctica positivista que marcó el ideario, hasta pasada la mitad del siglo XX, que los contratos deben cumplirse bajo cualquier circunstancia y condición. Este axioma, que va a admitir la revisión de los contratos, y adoptó la denominación de *rebus sic stantibus*.

Rebus sic stantibus

Rebus sic stantibus es una conjunción de voces latinas, que puede traducirse como “que las cosas permanezcan de igual modo”. La máxima fija el principio, según el cual, las cláusulas establecidas en los contratos dependen de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. Cualquier alteración sustancial de las mismas, puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones.

La doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus*” (mientras las cosas sigan como eran y no aparezca algo nuevo), si bien es de raigambre romanista; se desarrolló con el derecho canónico y permitió la modificación o resolución judicial de un contrato por alteración sobreviniente de las circunstancias económicas de su celebración. Acogida por la escuela del derecho natural, cayó en descrédito durante el siglo XIX con el auge de las teorías de la voluntad (una circunstancia o condición implícita no integra la voluntad común de los contratantes). Fue singularmente rechazada por el Code Civil francés de 1804, por la escuela de la exégesis y por la jurisprudencia de la Cour de Cassation. En los albores del derecho consuetudinario francés, la cláusula se incluía expresamente en todos, o casi todos, los contratos de tracto sucesivo o con prestaciones diferidas. Luego, la inclusión en la práctica devino innecesaria, considerándose implícita, inferida de la voluntad no declarada de las partes. Se estimaba que cada contrato contenía una cláusula tácita que, en caso que mutasen las circunstancias que hacían al contexto económico en el que el acuerdo había nacido, acarrearía necesariamente, la resolución del pacto.

El *rebus sic stantibus*, se sostiene en los principios generales de la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones. El fundamento objetivo de la cláusula, se ha cimentado fundamentalmente a través del principio de la buena fe.

No son totalmente extraños los supuestos en que, como consecuencia de la extraordinaria alteración de las circunstancias atinentes al contrato, no previstas por las partes, se producen efectos que atentan contra la

equivalencia de las prestaciones establecidas originariamente en el momento de la celebración. Estos supuestos plantean problemas de justicia material a los que el derecho debe hacer frente. El *rebus sic stantibus* viene a modular la rigidez formalista del cumplimiento contractual, frente a nuevas situaciones sobrevenidas, que puedan variar la base económica del contrato y romper el equilibrio originario de las recíprocas prestaciones. Esta cláusula implícita se presenta como la corrección a la desproporción en las prestaciones, que la variación de las circunstancias contractuales soporta en caso de una extraordinaria transformación del entorno socio-económico. El cotejo entre la pretendida seguridad contractual (*pacta sunt Servanda*) y el sustento del equilibrio de las prestaciones (*rebus sic stantibus*) se ha inclinado decididamente en favor de esta última; en virtud que ella es presumida en todo contrato oneroso.

La cláusula es invocada por el juez cuando acontezca una alteración económica tal, que provoque una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo de las pretensiones convenidas. Las nuevas situaciones deben haber sido absolutamente imprevisibles para las partes al momento de establecer la relación contractual. Los celebrantes no verificarán actos que impliquen culpa, manteniendo la presunción de contratante de buena fe.

El contrato es, distintivamente, una convención con contenido patrimonial. De allí que la alteración económica que motive el reclamo, sucederá entre el momento de la perfección del pacto y el de consumación.

La cláusula *rebus sic stantibus* significa la facultad judicial de revisar los contratos y adecuarlos a las nuevas condiciones imperantes o, en última ratio, resolverlos por la imposibilidad económica del cumplimiento de las prestaciones.

En síntesis, para que el contrato encuentre el campo propicio de revisión por parte de los magistrados, habrá que tener en cuenta: a) que la alteración sea extraordinaria, y del todo imprevisible para las partes al momento de la celebración del contrato; b) que sea inevitable, es decir, no imputable al deudor; c) que origine una desproporción inusitada y exorbitante, fuera de todo cálculo, aniquilando el necesario equilibrio de las prestaciones.

Teoría de la imprevisión

Hemos fijado el concepto fundamental de la materia: los contratos deben ser cumplidos. Sin embargo, las circunstancias económicas, con fuerte influencia de las sociológicas y políticas, llevaron a producir reformas en semejante rigorismo, que recorrieron todo el ángulo de las fuentes del

derecho; la ley, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina, incluidos los vaivenes de los valores jurídicos.

De allí que se haya establecido que en los supuestos en los cuales se rompe el sinalagma contractual o el equilibrio; éste puede ser reestablecido por las partes mismas o, en una etapa excepcional, acudir a los estrados en búsqueda de la aplicación del principio *rebus sic stantibus*.

La doctrina acuñó la denominación de “teoría de la imprevisión” para la afectación del contrato por un hecho extraordinario e imprevisible no imputable a los estipulantes. Se rompe la sinalgia y se vuelve injusto e inequitativo el posicionamiento de ambos contratantes.

La mensura de la gravedad de la afectación convencional, resulta de la certeza que, de haber tenido conocimiento de la alteración futura, las partes no hubiesen celebrado el acuerdo.

El contenido patrimonial, definido por el objeto, distingue al contrato de cualquier otro tipo de convenio. En dicha razón, los acontecimientos de inestabilidad y crisis económica pueden herir al pacto, de tal manera que las prestaciones pasen a un estado de imposible cumplimiento.

Esto sucede, cuando las obligaciones alcanzan una excesiva onerosidad, cuya magnitud desnaturaliza el equilibrio de las contraprestaciones que, necesariamente, deben guardar entre sí.

Condición esencial para que la revisión de las estipulaciones tenga lugar, es que las partes sean absolutamente extrañas y ajenas a los acontecimientos extraordinarios que originan la mutabilidad en la armonía y proporción de las cargas obligacionales. El ejemplo típico está dado por los procesos inflacionarios que la Argentina ha padecido a lo largo de décadas, y que han devastado la economía del país.

Consecuentemente, los contratos que se hallaban vigentes en aquellas épocas, colapsaron junto con el sistema económico. Esa variabilidad condujo a los jueces a buscar vías que reestablezcan las paridades prestacionales perdidas, con la finalidad que las convenciones no se frustren.

Nos permitimos reflexionar, que en la imprevisión no existe modificación de las obligaciones, sino determinación del quantum.

Impacto de la imprevisión en el acto jurídico

La teoría de la imprevisión implica la cláusula *rebus sic stantibus*. Desde nuestra perspectiva no se presentan como sinonímias o identidad de significados, sino que conceptúan diferentes contenidos, dependiendo el último del primero.

La imprevisión impacta en el contrato provocando la desarmonía en las valuaciones de las obligaciones, convirtiendo al convenio en tierra de nadie. A estos efectos, los contratantes deben afanarse en la búsqueda de consensos que orienten el reestablecimiento de la paridad del quantum monetario en las prestaciones.

Si las partes no logran alcanzar el cometido de construir un nuevo equilibrio; entonces, y recién entonces, acudirán a la justicia en busca del juez para que zanje la desmesura en la patrimonialidad del contrato.

El magistrado va a intentar por todos los medios posibles sustentar el convenio; equiparando la prestaciones hasta llevarlas al nivel en que “el estado de cosas continúe como era”. Toda esta última descripción de conductas, recibe el nombre de cláusula implícita *rebus sic stantibus*.

Cuando las partes celebran el contrato, tienen en miras lograr una finalidad, que configura unos de los tres elementos generales esenciales de los acuerdos, denominada causa. Esto sucede a un valor económico consensuado por los contrayentes. Si alguna de las dos cosas varía, consecuentemente, cambia aquello que fue voluntad de las partes. En el caso de la teoría de la imprevisión, el quebranto se verifica en la valuación de las prestaciones. El contrato es un acto jurídico, justamente porque quienes participan en él, quieren producir un fenómeno de manera voluntaria; si este último rasgo desaparece, el acto deja de ser tal para convertirse en un hecho. En dicha razón, el juez debe tratar de recomponer la voluntad de las partes para sostener el acto jurídico; ya que si éste cae, desaparece el convenio.

Recordemos la definición de contrato: Acto jurídico, bilateral, causado, con contenido patrimonial que regula los derechos de las partes. El acuerdo es un acto jurídico; si se pierde la voluntad de los contratantes, se adultera la condición de acto; por lo tanto, se destruye el contrato, porque ha extraviado el espíritu de libertad que lo significa y distingue.

El acto jurídico contrato, se transforma en un hecho jurídico cuando se dan las condiciones que han promovido la teoría de la imprevisión. Dice el filósofo Carlos Cossio: la cuestión está en entender cómo un acto jurídico puede transformarse de por sí, en un hecho jurídico, tal como la larva se transforma de por sí en crisálida y ésta en mariposa. La explicación y la evidencia han de venir, claro está, de la ontología de la conducta y sólo de ella, porque no es un problema de lo que el contrato dice, sino de aquello acerca de lo cual lo dice.

Antes del imprevisto, el deudor salía de su situación cumpliendo el contrato; después, la única vía de escape de tal circunstancia, sólo es posible por el incumplimiento de su obligación. La posición de las partes al tiempo de

contratar es del todo diferente al momento de cumplir.

El juez está llamado a realizar una labor dicotómica entre el realismo y el racionalismo, en conjunto y colaboración con los contratantes; a los efectos de adecuar el valor de las prestaciones; con el objeto de encuadrar armónicamente el contrato en el nuevo contexto socioeconómico.

Esto acontece cuando la realidad niega a la estipulación. El esfuerzo reflexivo del magistrado, y buena fe y predisposición de los celebrantes, estará encaminado a generar cláusulas que creen las condiciones para reestablecer el acto volitivo en la nueva trama inesperada, como si se hubiese construido el contrato originariamente, en ese marco.

La letra de la ley

En la ley civil, el tratamiento de la teoría de la imprevisión no es originario. Ya hemos señalado la preferencia del legislador por desestimar cualquier tipo de revisión contractual, en aras de no producir quebranto al principio del pacta sunt servanda.

La reforma del año 1968, incorpora al Código el artículo 1198, que aporta el siguiente texto: “En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada, la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

En principio, la norma expresa que la aplicación de la teoría es sobre contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido, sean ellos bilaterales conmutativos o unilaterales onerosos. Más allá de la tipología de las convenciones, la ley parece resaltar como relevante, la prolongación en el tiempo de las obligaciones; a la vez que excluye a los pactos que, aunque onerosos, se agotan en un solo acto.

Además de éstos, el artículo incluye a los contratos aleatorios, siempre y cuando el hecho imprevisible no tenga relación con el álea propia del contrato.

Aclaremos junto a Zago, que son acuerdos de ejecución diferida a aquellos en los que queda aplazado o postergado el vencimiento o momento inicial de la ejecución. Son de ejecución continuada los que necesariamente perduran en el tiempo, sujetando a las partes a un cumplimiento que no se agota con una prestación, sino que renacen permanentemente las obligaciones inherentes del acuerdo. Varios actos concatenados y atados a un solo fin, reciben la denominación de actividad jurídica.

La teoría de la imprevisión no afecta el principio de la fuerza obligatoria del contrato, sino que sólo adapta el cumplimiento de las obligaciones a las situaciones que las partes tuvieron en miras al prestar su consentimiento.

En los contratos de ejecución continuada, la discusión por la desmesura económica se tramará sólo por los efectos a cumplir; ya que los que se consumaron antes del suceso extraordinario, que muta las condiciones contractuales, quedan fijos.

De más está decir que, el comportamiento culposo o haber ingresado en estado de mora, no otorga la posibilidad de revisión de las prestaciones; las que deberán cumplirse por el imputado, tal y como originariamente se asumieron.

El último párrafo de la norma, referido al ofrecimiento de mejora equitativa, configura aquello que ya se ha explicitado, como el primer paso que deben dar los contrayentes para lograr adecuar entre ellos las condiciones contractuales. Si no arriban a un acuerdo, se abre la vía judicial en por del rebus sic stantibus.

Los contratos gratuitos, sean de ejecución continuada o diferida, están excluidos del mapa de la teoría de la imprevisión y no son alcanzados por ella.

Imprevisión, caso fortuito y lesión

En los términos del artículo 513 del Código civil, el caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse. Visto así, la descripción aparenta que también puede hallarse comprendida en ella, la teoría de la imprevisión.

El equívoco proviene del hecho que la teoría y el caso fortuito comparten los mismos caracteres, a saber: imprevisibilidad, irresistibilidad, extraneidad, actualidad y sobrevinencia.

En ambas, el hecho que las configura no pudo ser previsto por las partes en la celebración del acto. Desde ya que si hubo alguna posibilidad de avisorar su posible concreción en el futuro, durante el desarrollo de la actividad que

supone el contrato, ninguna de las dos se invocarán como disparador de aplicación al pacto.

La fuerza de impacto del hecho extraordinario sobre las obligaciones contraídas por vía contractual, impedirán su concreción, por lo menos en las condiciones que fueron asumidas.

Ese hecho no debe surgir de las entrañas del acto, sino, provenir de circunstancias absolutamente ajenas al contrato y del accionar de los celebrantes.

El obstáculo para llevar adelante el cumplimiento de los deberes contractuales, debe sostenerse al momento de la denuncia y no haberse evaporado o licuado, por obra de los acontecimientos socioeconómicos o de la propia naturaleza de las prestaciones convenidas.

El hecho que sorprende al contrato y a sus participantes, tiene, necesariamente, que haberse originado en circunstancias ajenas a él e impactar en la línea de flotación del acuerdo, desde afuera del acto.

Las diferencias más notables entre ambas figuras se advierten en sus efectos; desde que el caso fortuito crea la imposibilidad de cumplir con la obligación a cargo del deudor. La imprevisión torna el cumplimiento engorroso, adquiriendo un cariz de dificultad que, a primera vista parece insalvable, pero que no es en verdad imposible, admitiendo diferentes grados de adecuación a las nuevas condiciones fácticas.

Es incuestionable el hecho que el caso fortuito implanta una imposibilidad jurídica; mientras que la teoría de la imprevisión es provocada y produce en el contrato una imposibilidad económica.

Por otra parte, el caso fortuito se encuentra legislado bajo el título “De la naturaleza u origen de la obligaciones”, dado que se presenta, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual; la imprevisión es una figura de neto corte contractualista, y sólo va a manifestarse en dicho ámbito.

La lesión, por su parte, es un vicio, y como tal es un defecto congénito del contrato. En tal razón, nace con el acto, al que tachará de nulidad en caso de no encontrar un punto de paridad jurídica en las obligaciones. En la teoría de la imprevisión señalamos que uno de los cinco requisitos, incuestionables para su configuración, es que el hecho extraordinario que provoca el desequilibrio desorbitadamente oneroso, debe ser sobreviniente al contrato. No puede contaminar al convenio al tiempo de su construcción, porque lo estaría viciando y, obviamente, al acto se le imposibilita la invocación de un imprevisto.

También en este supuesto, la diferencia entre las figuras se mensura por sus efectos. Como ya se indicó, el vicio de lesión se crea con el contrato,

al momento de su nacimiento. La imprevisión debe ser sobreviniente; le sucede al contrato en tiempo posterior, durante su desarrollo normal.

La lesión, por su naturaleza de vicio, se origina en las conductas de las partes. La teoría acaece en el convenio por circunstancias extrañas a los contratantes.

Por último, en caso que no equiparen las prestaciones; la lesión nulifica el contrato. La imprevisión funciona como causa de rescisión; que es una de las formas de culminación de los convenios, y que se estudiará en el capítulo pertinente en esta misma obra, al que remitimos.

Cláusula de exclusión

El doctor Atilio Alterini ha tratado con minuciosidad notable la asunción de la excesiva onerosidad en el contrato; el deudor puede renunciar anticipadamente al derecho de invocar la imprevisión como llave de rescisión del contrato, si éste quedara expuesto por algún acontecimiento extraño a él, en circunstancias que normalmente admitirían la aplicación de la cláusula de *rebus sic stantibus*.

De todas maneras, queda bajo la lupa judicial que la cláusula que guarda la renuncia, y pone en cabeza del deudor la asunción de toda desmesura onerosa, se haya otorgado en plena libertad; dado que toda abdicación de derechos debe observarse con criterio restrictivo.

Es decir, vigilar que el acreedor no se encuentre en una situación superior o de poder con respecto al deudor y que, abusando de su posición, haya impuesto a éste su voluntad. En ese caso, creemos que, como dicha situación se produce en el acto genético del convenio, e incentiva y fortifica la diferencia de categorías jurídicas entre acreedor y deudor; no será necesaria la invocación de la teoría de la imprevisión, ya que el acto puede nulificarse por la configuración del vicio de lesión.

CAPITULO 22
EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

De las obligaciones y los contratos

Las obligaciones cuentan con un nomenclador sobre la manera en que pueden terminarse. Los posibles modos en que acaban están en el artículo 724; el que debió aparecer de manera previa al Título 16, fuera del capítulo que trata el pago y no inserto en él; pero el legislador optó por incorporar el catálogo de culminación de las prestaciones al concepto que encabeza la lista.

Según la norma, las obligaciones se extinguen por el pago, novación, compensación, transacción, confusión, renuncia de los derechos del acreedor, remisión de la deuda y por la imposibilidad del pago.

Los contratos no cuentan con una nómina de motivos de finalización agrupada y detallada en algún lugar de la ley. Asoman de forma diseminada, con sus denominaciones confusas y sus efectos señalados en modos ambiguos.

Esta situación ha generado interpretaciones equívocas, en la creencia que el repertorio de prácticas de extinción de las obligaciones, también terminan con los contratos. Nada más alejado de la realidad.

Si la prestación es la de entregar sumas de dinero, efectuado el pago se da término a esa obligación, pero no necesariamente al contrato, ya que puede estar pendiente la contraprestación a cargo del co-contratante; por ejemplo, transferir un bien a cambio del precio cierto recibido. Por otra parte, los efectos de las obligaciones y los de los acuerdos, son del todo diferentes, como se han explicado en los capítulos que se refieren a ellos en esta misma obra.

No obstante, lo que normalmente sucede es que el contrato se termina por el cumplimiento en tiempo y en forma, de todas las prestaciones que contiene. Dice Garrido que si no existe imposibilidad física, caso fortuito o fuerza mayor, las partes deben dar cumplimiento normal al contrato. En el esquema elaborado por Vélez, que había rechazado la lesión objetiva, la teoría de la imprevisión y el abuso del derecho; la única circunstancia posterior a la celebración que originaba o permitía el incumplimiento, cuando no existían vicios del consentimiento que lo descalificaban, era el caso fortuito o la fuerza mayor.

El cumplimiento del contrato, es el cumplimiento de las prestaciones asumidas por las partes, todo el sistema contractual de nuestro país se sostiene en esta lógica. De hecho, el grueso de los acuerdos efectuados cotidianamente, se cumplen en todo lo estipulado. Las demás, son formas anómalas de extinción de los contratos.

Imposibilidad de cumplimiento

El requisito más notable de la imposibilidad de cumplimiento, es que los contratantes se mantengan extraños a las circunstancias que generan el obstáculo. Es decir, que la dificultad no se encuentre generada por conductas imputables a las partes, o a una de ellas.

Ya hemos hablado del caso fortuito y la fuerza mayor como típicas razones de imposibilidad de cumplimiento, sin responsabilidad atribuible a ninguno de los celebrantes; siempre que no hubiesen ingresado en el estado de mora. Si así fuese; caerá sobre el moroso la consecuencia de la prestación no cumplida, sin importar la existencia de causa eximente.

También hemos señalado oportunamente, que la imposibilidad de cumplimiento debe ser posterior al nacimiento del contrato; ya que si los estipulantes tuvieron la posibilidad de avizorar en el futuro la traba en la efectiva realización de las prestaciones, el acuerdo hubiese devenido nulo. Hay que tener cautela, en el sentido que, si hablamos de imposibilidad de cumplimiento, no hacemos mención a la lesión o al abuso del derecho o a la imprevisión, sino a un eximente de responsabilidad por la falta de ejecución de la obligación.

Formas anómalas de extinción

El modo normal de extinción del contrato es evidentemente su cumplimiento, es decir, la ejecución de las obligaciones que él engendra.

Pero los acuerdos, también pueden finalizar por otras razones; por una sanción legal; por acuerdo de partes; por la facultad de una de ellas o por el incumplimiento de una de las obligaciones.

Nulidad

La teoría de las nulidades comienza por definir a la nulidad como una sanción legal que priva al acto jurídico de sus efectos. La exégesis normativa dice que la nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo que comprende principalmente la existencia de la voluntad, y la observancia de las formas prescriptas para el acto. Ella puede resultar también de una ley que prohíba el acto de que se trate.

Las causas que habiliten la nulificación de un contrato, dado que éste es en esencia un acto jurídico, deben encontrarse en la ley. En el artículo 1037,

se lee; “los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen”. Significa que los magistrados no poseen facultades para crear motivos que destruyan un contrato, si dichas causas no están taxativamente reguladas.

Además, debe privar de sus efectos al contrato. El pacto muere con la declaración de nulidad. Las consecuencias posteriores derivarán directamente de la extinción del acuerdo en razón de ley, y no de los efectos que el convenio ya no puede provocar.

Las nulidades se producen porque el contrato tiene un vicio congénito; por lo que una exigencia para la tacha nulificadora es que el contaminante del acto sea anterior o contemporáneo a su celebración.

El acuerdo nace viciado porque hay una prohibición legal, consecuentemente, se lo sanciona, privándolo de la realización de los efectos para los que fue creado. La nulidad impide un vínculo que no es válido.

En cuanto a la capacidad de las personas, la sanción es de aplicación relativa. El incapaz de hecho se encuentra protegido por normas que establecen tanto la nulidad, como la posible confirmación: Ahora, en los términos del 1041, son nulos los contratos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria.

Cuando la ley prohíbe por el interés común, la nulidad es absoluta. En el contrato celebrado por un incapaz de derecho, en relación con el objeto del pacto o por situaciones personales, la nulificación es insalvable.

La tacha de nulidad solo es decretada por los jueces y tiene efectos retroactivos al momento de la creación de las estipulaciones.

Rescisión

El pensamiento del legislador y la doctrina en general, no habían llegado a una terminología unánime respecto a los medios anómalos de extinción de los contratos, quizá como consecuencia de las deficiencias legislativas. Por ejemplo, dice Vélez en la nota al título sexto, que “la palabra “rescindere” en el derecho, expresa ordinariamente la nulidad, pero no la nulidad inmediata, sino la que posteriormente sobreviene”. El pensamiento del legislador expresa el desconcierto que imperó en los albores del derecho civil argentino. Se debió en gran parte, al desorden y la imprecisión en este segmento de la especialidad. Los modernos doctrinarios, son quienes se encargaron de denominar, ordenar y sistematizar de manera coherente, las formas de conclusión contractual.

La rescisión, también llamada “distracto”, con el significado de, acuerdo extintivo

celebrado por los contratantes para poner fin a la relación convencional.

El artículo 1200, Código civil, regula esta manera conclusiva; “las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza”. Vuelve la ley a confundir conceptos llamando revocación a la rescisión, equívocos que se repiten y agudizan en la nota a la norma citada; situación que ya hemos explicado líneas arriba.

Salvando el detalle de las denominaciones múltiples; rescindir un contrato es salir de él por mutuo acuerdo.

De la misma manera que se celebra un acuerdo, se puede finalizar la relación; por consentimiento. Básicamente, ésta es la esencia de la rescisión de los pactos.

Zago entiende que rescindir un contrato es una manera de extinguir sus efectos; deshaciendo un vínculo contractual que es existente, válido y exigible, y se produce por la decisión de ambas partes, en cuyo supuesto se la denomina mutuo disenso; o de una de ellas en los casos en que la ley lo permite, en razón de una voluntad en tal sentido, nacida luego de la celebración.

Chamorro Vanasco entiende que: ...a mi criterio, la rescisión es siempre un acto jurídico bilateral, es decir que se requiere la concurrencia de las voluntades que hicieron nacer el contrato para que éste pueda extinguirse por esa vía. No compartimos la opinión de la distinguida autora; a la vez que adherimos a lo expresado por el profesor Zago, en la medida que, cuando la ley lo permite, no hay impedimento alguno para que obre la actividad rescisiva unilateral.

Así lo manda el artículo octavo, de la ley de locaciones urbanas, 23.091; la que otorga esta facultad al locatario, imponiéndole diversas multas según el momento del contrato en que decida rescindir, y obligándolo a dar preaviso al locador: Una vez cumplido lo instaurado por la norma, el contrato quedará rescindido unilateralmente sin que la contraparte pueda oponerse a ello.

Revocación

La revocación es la facultad que tiene una de las partes para deshacer unilateralmente el vínculo contractual. Para ello, no es necesario que los contratantes acuerden expresamente una cláusula revocativa; sino que, tal potestad acompaña a algunos contratos, dependiendo de las situaciones

previstas y las consideraciones del legislador.

Sobre el particular opina Garrido, en disenso con Salvat; nosotros disentimos con la opinión del destacado tratadista, quién estima necesaria la voluntad unilateral incausada para que se pueda hablar de revocación, por cuanto si la misma fuera causada se trataría de la resolución y no de la revocación. Opinamos que es más apropiado hablar de revocación en las donaciones, aunque ella sea motivada por los presupuestos que establecen los artículos 1849 (constitución de la mora en el cumplimiento de los cargos o condiciones), 1850 (inejecución de los mismos), etc., y lo hacemos fundamentando nuestra posición, en que el titular del derecho lo ejerce revocando un acto válido por él acordado y no resolviendo su obligación en función de un incumplimiento derivado de prestaciones recíprocas. Creemos innecesaria la similitud de la revocación con la resolución fundada en la causalidad, cuando se trata de institutos que tienen rasgos diferentes. Por nuestra parte entendemos que la regla, es la voluntad unilateral “incausada”, cuyo mayor exponente es el contrato de mandato; comprendiendo el rasgo de incausalidad como un principio general.

La fisonomía de la facultad exenta de causa se explica con un ejemplo; el mandante, que instaure la manda en la contraparte, y con ello lo inviste de mandatario; tiene la facultad de revocar el poder que dio, sin estar obligado a expresar las causas que lo motivan a hacerlo. El cliente que otorga un poder a su abogado, no ha generado un vínculo invariable, fijo, inmutable e inalterable; un acto de ese tenor es inaceptable para la estructura del derecho contractual. Por lo tanto, la articulación legal del contrato de mandato, ubica al mandante en posición de desarmar el lazo convencional en el momento que lo crea conveniente.

Existe en el mandato la posibilidad de construirlo de manera irrevocable, ajustándose a la letra del 1977; pero sólo por excepción, para lo cual se impondrá sobre un negocio especial, limitado en el tiempo y en razón de un interés común de los contratantes o un tercero. Sin embargo, la misma norma le da la posibilidad al mandante de revocación por justa causa.

Lo expresado, es sin perjuicio que otros contratos requieran motivos de ley para hacer valer la facultad revocatoria, como sucede en la donación, de acuerdo al 1848 Ss. y Ctes.

La revocación no es un instituto original de la materia contractual; sino, en todo caso, lo es del acto jurídico. Garrido nos muestra que también se la encuentra en los testamentos y legados, cuya realidad resulta mucho más clara y justificada; no siendo necesaria la existencia de alguna causa mencionada por la ley, como por el contrario ocurre en materia contractual,

donde para la existencia del vínculo ha sido necesaria la presencia de dos voluntades distintas y coordinadas simultáneamente.

La revocación, igual que la rescisión, actúan “ex nunc”, desde ahora, no tienen carácter retroactivo, los efectos de lo actuado dentro del contrato quedan fijos, y sólo concluye de allí en adelante. La resolución, como sanción contractual, es “ex tunc”, desde entonces, su aplicación es retroactiva, por su naturaleza sancionatoria, terminando con el contrato como si no se hubiese celebrado.

Resolución

La resolución es una de las formas de extinción del contrato, y opera en virtud de una causa sobreviniente. A diferencia de la rescisión y la revocación, los efectos cumplidos hasta el instante conclusivo, no se fijan, dado que la finalización es retroactiva.

El acontecimiento resolutorio puede originarse en la ley o en el acuerdo de las partes, expresa o tácitamente; en el tiempo en que los contratantes establecen las estipulaciones a las que van a someterse.

La nulidad del contrato se fundamenta en motivos iniciáticos. Es decir, se tacha de nulidad al convenio viciado. Los vicios son defectos congénitos del acto; en su razón, nacen con el pacto y producen la nulidad en una etapa posterior. La resolución tiene su origen, también, en un hecho ulterior, pero sobreviniente a la celebración del contrato.

Las estipulaciones resolutorias, en general, tienen efecto “ex tunc”; son de aplicación retroactiva. Es excepcional la verificación de resultado “ex nunc”, hacia el futuro, sólo en los contratos de ejecución o cumplimiento continuado. Para el estudio de las diferentes manifestaciones y orígenes de la resolución de los contratos como forma de extinción, utilizaremos el pormenorizado análisis que realizaron los tratadistas Jorge Zago y Fortunato Garrido; dado que dicho estudio no ha sido superado por la moderna doctrina hasta la fecha. La resolución puede presentarse en tres posibles maneras:

- a) La condición resolutoria con encuadre jurídico en la normativa vigente.
- b) Facultativa, cuando una de las partes se ha reservado el derecho de disolver el contrato ante el incumplimiento de la otra.
- c) Opcional, otorga indistintamente a los celebrantes la posibilidad de deshacer el acuerdo, mediante la devolución de lo recibido o, en todo caso, duplicada si corresponde la resolución a quién recibió en concepto de señal.

La resolución, se origina en las siguientes causas:

- 1) La condición resolutoria se expresa desde el artículo 528 de Código civil,

que en la regulación de las obligaciones condicionales, dice; “la obligación es condicional, cuando en ella se subordine a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido”. El codificador amplía el universo de la figura en el artículo 553; “la obligación es formada bajo condición resolutoria, cuando las partes subordinaren a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido”.

Las normas ponen la condición resolutoria en manos de las partes; aquello que va a supeditarse a un acontecimiento futuro e incierto, va a ser decisión exclusiva de los constructores del vínculo contractual. Van a designar libremente el hecho sometido a condición resolutoria, en la misma forma que lo harán con el modo y el tiempo en que acaecerá el evento pronosticado.

2) El pacto comisorio, conforme los artículos 1203 por el expreso y el 1204 del Código civil y 216 del mercantil por el tácito; cuyo estudio se ha detallado en el capítulo de los efectos de los contratos bilaterales y a donde remitimos; contemplan la facultad de resolver el contrato a favor de la parte cumpliente ante el incumplimiento de la otra. El pacto comisorio, tanto expreso como tácito, encarna una sanción contractual, a diferencia de la nulidad que implica una punición legal. En consecuencia, sus efectos operan retroactivamente, deshaciendo los resultados producidos hasta el momento del quebranto convencional.

3) El pacto de retroventa, el vendedor puede recuperar la cosa vendida por cláusula, restituyendo al comprador el precio recibido, con exceso o disminución, según el artículo 1366. El pacto de retroventa es, en la fina mirada de los profesores Zago y Garrido, a quienes estamos siguiendo en esta descripción; una manera de resolver el contrato de compraventa. Las partes pactan la retroventa al momento de celebración del contrato y, virtualmente, el vendedor puede recomprar la cosa. Visto desde otro ángulo, podemos decir que el enajenante, se reserva el derecho de resolver el contrato.

4) El pacto de reventa, si bien tiene connotaciones distintas al de retroventa, también se confecciona por cláusula convenida dentro del contrato de compraventa, tienen ambos el mismo efecto resolutorio (artículo 1367).

5) El pacto de mejor comprador, del artículo 1369, fija que; las partes pactan expresamente que se desmonta el contrato de compraventa, si aparece otro comprador que ofreciese un precio más ventajoso. Ante el surgimiento de la elevación del valor que se asignó a la cosa en el contrato originario, éste queda resuelto.

6) El plazo resolutorio; conforme al artículo 566; “la obligación es a plazo,

cuando el ejercicio del derecho que a ella corresponde estuviere subordinado a un plazo suspensivo o resolutorio”. El 567, expresa; “el plazo suspensivo o resolutorio puede ser cierto o incierto. Es cierto, cuando fuese fijado para terminar en designado año, mes o día, o cuando fuese comenzado desde la fecha de la obligación o de otra fecha cierta”. Asimismo, en el 568 se lee; “el plazo es incierto, cuando fuese fijado con relación a un hecho futuro necesario, para terminar el día en que ese hecho necesario se realice”.

7) Ya hemos hablado del tema en extenso; pero es vital referir el punto de vista de los doctrinarios que estamos invocando. En este punto, Zago y Garrido, traen como un tipo más resolutivo la imposibilidad sobreviniente, del artículo 888; “la obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor”.

Disentimos con los prestigiosos doctrinarios, ya que la imposibilidad sobreviniente, a nuestro entender, no configura un hecho resolutivo, sino, en todo caso, implica la frustración del contrato, fundamentada en una circunstancia ajena al convenio, donde las partes no han pactado la finalización, ni han dejado de cumplir de manera culpable las prestaciones a su cargo.

8) En el mismo sentido, pero con otro soporte, no acordamos con los autores citados, en que la excesiva onerosidad sobreviniente implique un motivo resolutivo. Ya se ha explicado en el capítulo de la revisión de los contratos; que la teoría de la imprevisión conlleva el trabajo conjunto del juez y las partes para sostener el contrato, adecuándolo a la nueva situación económica, poniendo en paridad las prestaciones. Incluso, si una de las partes demanda la resolución del contrato. En esta figura, tomamos la resolución judicial del acuerdo como un dato fáctico, posible pero evitable por todos los medios al alcance de los afectados y del órgano jurisdiccional.

Efectos de la resolución del contrato

El efecto cardinal de la resolución del contrato es volver las cosas al estado anterior a la constitución de las estipulaciones. En consecuencia, los celebrantes tienen que reponerse mutuamente lo recibido en ocasión del convenio o, ante la imposibilidad de llevar a cabo estas acciones, reembolsarse por el valor de ello.

Los frutos obtenidos durante la vida útil del contrato no se reintegran, quedando fijos en poder del que los percibió. En la nota al artículo 557, el codificador razona que; “el efecto retroactivo no tiene lugar sino respecto a la obligación de restituir la cosa con todos sus accesorios esenciales;

pero no puede extenderse hasta borrar los hechos cumplidos, y hacer desaparecer el derecho que ha tenido el que ha adquirido la cosa en el tiempo intermedio entre la formación de la obligación y el cumplimiento de la condición. El efecto retroactivo de la condición resolutoria cumplida, no se extiende hasta obligar al que ha percibido los frutos de la cosa, cuya propiedad le pertenecía durante la condición, a restituirlos a aquel a quien el acontecimiento de la condición ha hecho propietario, pero que hasta entonces no tenía sino la expectativa de la propiedad bajo una condición”. Digamos también, que la resolución produce efectos respecto de los contratantes, como de los terceros; en la medida que el contrato desaparece como si jamás hubiese visto la luz; lo que hace borrar todas sus consecuencias. A este respecto, otra nota, la del 555, expone una interesante idea; “la condición resolutoria ordinaria no es lo mismo que la cláusula conocida bajo el nombre de pacto comisorio. En la condición resolutoria, desde que ésta se cumple, la obligación queda para ambas partes como no sucedida; lo contrario sucede en el pacto comisorio. A pesar del cumplimiento de la condición prevista, la obligación no se resuelve mientras no lo quiera la parte que ha estipulado esa condición especial, y se conservará si quiere mantenerla, no obstante la voluntad contraria de la otra parte”.

Otros modos extintivos

a) Confusión: El artículo 862 del Código civil, reseña; “la confusión sucede cuando se reúnen en una misma persona, sea por sucesión universal o por cualquier otra causa, la calidad de acreedor y deudor; o cuando una tercera persona sea heredera del acreedor y deudor. En ambos casos la confusión extingue la deuda con todos sus accesorios”.

b) Renuncia y remisión: La renuncia es la declaración expresa del acreedor que ya no tiene interés en cobrar el crédito a su favor. Y la remisión se encuentra regulada en el artículo 877; “habrá remisión de la deuda, cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado”.

c) Imposibilidad de cumplimiento: La doctrina ha entendido como conceptos que designan la misma situación a la imposibilidad de cumplimiento y a la imposibilidad de pago. Una o ambas figuras, deben cimentarse en hechos ajenos a las partes, para que éstas no puedan imputarse culpa o mala fe. La imposibilidad de pago o cumplimiento en caso de cualquier otra prestación, da por terminado el contrato.

El doctor Alterini, acerca un ejemplo, si bien extremo, ilustrativo: si un

pianista se obliga a dar un recital, y le amputan ambas manos, su obligación se extingue a causa de su imposibilidad física.

d) Muerte del deudor en los contratos inherentes a las personas: El los casos de prestaciones inherentes a las personas, la muerte es un motivo de extinción de la obligación. El artículo 498 del Código civil, tiene a las obligaciones de este tipo, igual a los derechos, como aquellas que no pueden transmitirse a los herederos del deudor.

e) Caducidad: La caducidad, en derecho, es una figura mediante la cual, ante la existencia de una situación donde el sujeto tiene potestad de ejercer un acto que tendrá efectos jurídicos, no lo hace dentro de un lapso perentorio y pierde el derecho a aquello sobre lo que versaba.

En otras palabras; la caducidad es una institución jurídica por la cual un acto, o el ejercicio de un derecho potestativo, se sujeta a un plazo prefijado y de perentoria observancia, que para el caso de no ser ejecutado determina la extinción del derecho.

f) Prescripción: La prescripción consiste en la extinción del derecho subjetivo por su no ejercicio en el transcurso de un periodo de tiempo determinado. Los requisitos para que se de la prescripción extintiva (no confundir con la adquisitiva) son: 1) Que el derecho sea prescriptible. Se extinguen por prescripción los derechos y las acciones de cualquier clase que sean. Pero esto no es del todo cierto, ya que realmente sólo lo son los derechos subjetivos patrimoniales, es decir, los derechos de crédito. 2) Que el derecho permanezca inactivo, es decir, que no sea ejercitado cuando puede serlo. 3) Que transcurra un periodo de tiempo establecido en la ley de no ejercicio de ese derecho. 4) Que la prescripción no haya sido renunciada por el sujeto pasivo.

Concretamente, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. El artículo 4023 del Código civil, que comprende las acciones derivadas de los contratos, señala; “toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, tratándose de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor”

g) Inoponibilidad: Es correcto hablar de inoponibilidad del acto a un tercero, al cual, el precepto se le presenta como protectivo, ya que es el resorte legal más utilizado en materia obligacional y, por ende, contractual. El tercero no pretende que el acto nuevo sea ineficaz, sino que no sea esgrimible frente a él. El acto inoponible despliega todos sus efectos directos, vincula completamente a los que los realizaron. Sin embargo, hay un tercero protegido por la ley que tiene la facultad de eludirlo y actuar

como si ese acto no existiera. La validez del acto no está afectada, pero el tercero puede descartar su efecto indirecto, evitando así el perjuicio que le ocasionaría actuar conforme a la nueva realidad.

El fundamento de la inoponibilidad siempre es el mismo: la indemnidad de los derechos adquiridos por el tercero con anterioridad. Pero también se protegen los derechos adquiridos por el tercero con posterioridad, cuando desconocía la realidad de un acto del que debió ser notificado. De allí que, para el tercero protegido, la fecha del acto ajeno es la fecha del momento en que ese acto se le da a conocer.

h) Frustración del fin del contrato: Se produce la frustración del contrato cuando por circunstancias ajenas a las partes, el convenio no puede alcanzar la causa final para la que fue creado. Este tema se ha tratado ampliamente en el capítulo de “la causa en los contratos” al que, desde ya, remitimos para su ampliación y comprensión.

i) Ineficacia total y parcial del contrato: Un contrato es eficaz cuando produce los efectos jurídicos que le son propios, conforme la voluntad de los celebrantes que lo han creado. Por oposición conceptual, es ineficaz cuando no logra sus efectos; o cuando los alcanza de manera parcial e incompleta. En terminología común, la expresión negativa significa ausencia de efectos. No obstante, se producen otras consecuencias y resultados; que por no identificarse con los buscados por las partes, para los que celebraron el acuerdo, se lo califica de ineficaz. En realidad, el contrato no se ha frustrado, sino que ha encontrado otros efectos, diferentes a los ajustados contractualmente.

Sin embargo, entendemos, que siempre que falten, de manera total o sustancialmente parcial, los objetivos pactados; ese acuerdo será ineficaz.

CAPITULO 23
LOS CUASICONTRATOS

Los cuasicontratos en el derecho romano

En el derecho romano existían otros hechos generadores de obligaciones voluntarias aparte de los contratos; a este tipo se le aplicaban las reglas contractuales como si lo fueran. Se les adjudicó la denominación de “cuasi ex contrato”; con la vulgarización del latín, se suprimió “ex”, y el resto se unificó en un solo vocablo “cuasicontrato”. También se los llamó “contratos presuntos.

Los cuasicontratos son actos voluntarios lícitos que obligan a las personas sin que haya existido un previo acuerdo. Se parecen a los contratos por ser lícitos y engendrar obligaciones, pero difieren de ellos en la falta de consentimiento.

Se decía en el derecho latino que una obligación nacía de un cuasicontrato, cuando la fuente de ella no estaba en el acuerdo de voluntades de dos o más personas contratantes, sino en la consumación de determinados actos civiles lícitos que producían efectos análogos a los de un contrato.

Justiniano esbozó y esquematizó los principales cuasicontratos, en los albores del sistema jurídico:

Negotiorum gestium o gestión de negocios ajenos; consistía en la gestión de los negocios de una persona por otra, que voluntariamente los tomaba a su cargo en interés del dueño, “dominus”, sin que éste supiese que se impulsaba un asunto de su titularidad sin su consentimiento.

La gestión exigía dos piezas insalvables: a) debía realizarse en provecho del tercero titular y no del gestor; b) el dueño debía desconocer absolutamente el negocio emprendido por el gestor; ya que de lo contrario, en caso de estar al tanto de las acciones negociales, no era aquel un negotiorum gestio, sino un contrato de mandato tácito.

Las obligaciones nacidas de este cuasicontrato eran parecidas al del mandato. El gestor debía finalizar los negocios emprendidos y dar cuenta de ellos al dueño, transfiriéndole todo el beneficio resultante de la gestión. A su vez, el dominus o señor del negocio, debía reembolsar al gestor todo gasto útil realizado en ocasión de la gestión, indemnizar los perjuicios, y si se había hecho deudor con motivo de la gestión, debía relevarlo de la deuda, tomándola a su cargo.

Las obligaciones a cargo del gestor se hacían judicialmente efectivas por medio de la acción negotiorum gestorum contraria, por la cual, el gestor reclamaba una indemnización por gastos.

En el caso que el dueño recibiera perjuicios cuando el gestor no se comportara como buen padre de familia o buen hombre de negocios, el

titular tenía la opción de incoar una acción negotiorum directa.

La indivisión: Tenía lugar cuando dos o más personas eran dueñas en común de una o más cosas determinadas o de una universalidad de bienes como en la herencia indivisa, pero sin que tal situación jurídica proviniera de un contrato entre los condueños o comuneros. La principal obligación a cargo de todos los propietarios común era la de permitir la división de la cosa singular o universal.

Podían surgir otras obligaciones provenientes de la administración de las cosas individuales o en comunidad, administración que en principio estaba a cargo de todos los comuneros.

La obligación de permitir la división de la cosa o de las cosas comunes, se hacía judicialmente efectiva mediante la acción communi dividundo, si no se trataba de una herencia. Cuando se refería específicamente al acervo hereditario, la acción a utilizar era la familiae erciscundae. El Pretor tenía en estos casos la facultad de dar la propiedad de determinadas partes de la cosa común a cada uno de los condueños o comuneros.

La herencia: Al adquirir una herencia, el heredero recibía tanto el activo como el pasivo del causante; es decir, si éste tenía obligaciones pendientes, el heredero estaba obligado a responder por ellas. En estos casos, no habiendo vínculo contractual entre el heredero y el acreedor, o legatario, se decía que la obligación nacía de un cuasicontrato.

La tutela y la curatela: El tutor o curador que administraban bienes del pupilo, tenían para con éste último obligaciones semejantes a las del mandatario. A su vez, seguían a cargo de la tutoría o curatela; pero como entre éstos y el pupilo no había contrato, estas obligaciones eran engendradas en un cuasicontrato

Pago de lo no debido: si una persona pagaba por error lo que no debía, surgía a cargo del supuesto deudor la obligación de devolver lo que en tales condiciones había recibido. Se exigía para esta figura; primero, que entre el que pagaba y el que recibía no existiera vínculo jurídico alguno, ni aun una obligación meramente natural. Porque si existía una obligación natural, el pago hecho voluntariamente por el deudor, siendo capaz, le confería al acreedor natural el derecho a la solutio retentio, esto es, a retener lo recibido, tal como si se tratara de una obligación civil.

En segundo término, era preciso que el pago se hiciera por error, Si se pagaba a sabiendas de que no se debía, se reputaba el acto como una liberalidad y no daba lugar a la restitución de lo recibido.

El deudor a plazo que pagaba antes de vencerse éste, no podía decirse que cancelaba lo que no debía, porque el plazo o termino suspensivo no

inhabilitaba la existencia de la obligación, sino solamente su exigibilidad. Por consiguiente, aun cuando la anticipación del pago se efectuara por error, no podía pedirse la devolución de lo pagado.

Pero si se trataba de una obligación bajo condición suspensiva y se pagaba por error antes del cumplirse la condición, surgía la obligación cuasicontractual de devolver lo recibido, porque la condición suspensiva retardaba no solo la exigibilidad, sino la existencia misma de la obligación, la cual no existía, por tanto, sino desde que la condición se cumpliera. La obligación cuasicontractual nacida del pago de lo no debido se hacía efectiva judicialmente por medio de la acción denominada *condictio indebiti*.

Crítica al cuasicontrato

La noción clásica del cuasicontrato ha sido objeto de fuertes críticas por la doctrina. En el derecho romano y con el propósito de sistematizar algunas figuras que no eran ni contrato ni delito, se aludía a obligaciones que debían ser consideradas como si resultaran de un contrato -*quasi ex contractu*-, o como si resultaran de un delito -*quasi ex delicto*.

Entre los autores que han formulado críticas más fuertes a la noción clásica de cuasicontrato, se encuentra Planiol, quien señala:

a) La expresión cuasicontrato sugiere la idea de una institución análoga al contrato, que casi es un contrato, cuyas diferencias sólo serían accesorias o menores. No ocurre tal cosa; las diferencias entre una y otra figura son profundas.

El contrato supone un acuerdo de voluntades, ausente en el cuasicontrato. A su vez, el acuerdo de voluntades en el contrato crea obligaciones y determina sus efectos. En el cuasicontrato en cambio, si la voluntad interviene de algún modo, no es su propósito el crear obligaciones.

b) Niega Planiol que el cuasicontrato sea un hecho voluntario, por dos razones fundamentales: 1) porque la voluntad no genera la obligación que se impone al autor del acto; 2) porque suele resultar obligado quien no ha expresado su consentimiento de ningún modo.

Concepto de cuasicontrato

El cuasicontrato es una de las fuentes de las obligaciones, que consiste en un hecho voluntario y lícito de quién lo ejecuta, de carácter no convencional, que produce obligaciones. Respecto del fundamento de los cuasicontratos como fuente de las obligaciones han sido muchas las teorías formuladas;

consentimiento tácito, consentimiento presunto, equidad, por la sola voluntad del acreedor, etc.

Mucho y diverso se ha dicho sobre el cuasicontrato; incluso se ha llegado a poner de relieve la inutilidad de la figura que estudiamos. La categoría del cuasicontrato se nos presenta como el único medio de establecer, en el campo del derecho, la naturaleza jurídica de aquellas obligaciones que proceden, no de la ley, sino de principios generales jurídicos; ya que, si éstas no son obligaciones legales, habrán de ser cuasicontractuales.

Nuestra opinión defiende el engarce de las prestaciones contraídas sin convención, con los principios generales del derecho privado.

Los elementos básicos, son tres: a) que se trate de hechos jurídicos lícitos; b) que esos hechos sean puramente voluntarios; c) que no surjan de una convención.

Puede resultar un solo obligado o más, de acuerdo al tipo de cuasicontrato y al resultado último del negocio. En este espacio, el concepto de “obligación recíproca” es una frase sin significado técnico; indicativa solamente, que puede reflejar como obligado, no sólo al autor del acto, sino a cualquiera de los interesados.

Los cuasicontratos que reconocemos en nuestro sistema jurídico, son: a) Gestión de negocios. b) Pago de lo indebido. c) Enriquecimiento sin causa. d) Empleo útil.

La gestión de negocios

La gestión de negocios es el cuasicontrato que consiste en que un persona, sin mandato y sin estar obligada a ello, se encargue de un asunto de otro; debiendo obrar conforme a los intereses del dueño del negocio.

Los requisitos de la figura, se encuentran expresados en la letra del artículo 2288, y se pueden enumerar en un repertorio que surge de la comprensión del texto legal. Es preciso que el asunto preexista a la gestión. El negocio debe integrar la hacienda de otra persona, completamente ajeno al patrimonio del gestor. Debe ser útilmente conducido por el gerente; es decir, que el desempeño de éste se asimila a las obligaciones del mandatario, en relación a la conducción del asunto que no es propio. En virtud de lo dicho, el fracaso de su actuación no debe ser culpable; si así fuera, se le imputarán las consecuencias que atribuye la ley a los mandatarios que obran en infracción a los poderes conferidos. No tiene que existir prohibición expresa del dueño del negocio, ya que tal circunstancia imposibilita absolutamente el emprendimiento de toda gestión.

El titular del asunto gerenciado, posee la facultad de ratificar todo lo actuado por el gerente. Si ratificase, el dueño del negocio que hubiese sido útilmente gestionado, debe cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él, y pagar los gastos necesarios que el gerente hubiese hecho en el ejercicio de la gestión y, en su caso, los intereses correspondientes.

Si no se produce la ratificación, el gestor queda con los terceros personalmente obligado. El artículo 2305 imputa los resultados negativos de la gerencia a su autor, de la siguiente manera: “El gestor de negocios ajenos queda personalmente obligado por los contratos que con motivo de la gestión, hizo con terceros, aunque los hiciese a nombre del dueño del negocio, si éste no hubiese ratificado la gestión. Los terceros, mientras el dueño del negocio no ratifica la gestión sólo tendrán derecho contra el gestor, y sólo podrán demandar al dueño del negocio por las acciones que contra éste correspondían al gestor”.

No ratificar, implica que el titular no adeude suma alguna al gestor en carácter de retribución; como tampoco responderá por los perjuicios que el gerente haya padecido en ocasión de la gestión. Sólo reconocerá los gastos y deudas hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo, si el gestor no condujo útilmente, o si la utilidad era incierta al momento de emprenderlo. La responsabilidad no es transferible. Si el gestor hubiese dado los servicios de gestión a otra persona, el compromiso siempre pesa sobre él; no se transmite al sustituto, aunque fuese persona de confianza del gerente.

En la pluralidad de gestores, la obligación de éstos nunca es solidaria; cada uno responde por la porción de acción que le compete de manera mancomunada e ilimitada.

La gestión de negocios concluye cuando el gerente haya dado cuenta de su administración al dueño del negocio. Toda clase de prueba es admitida para hacer constar la gestión y los gastos causados en ocasión de ella.

El dueño queda sometido como mandante, si el negocio fue útilmente conducido; aunque no se haya obtenido ventaja. La exégesis del codificador en el final de la nota al artículo 2297, marca una diferencia entre la acción emprendida en virtud del trabajo del gerente, y la del provecho que el titular haya obtenido del negocio. Dice: “cuando la acción del gerente está fundada sobre la utilidad de la gestión, la acción que le corresponde es la “negotiorum gestorum”. Cuando está fundada sobre el provecho que el dueño obtiene del negocio, su acción es de “in re verso”.

Basados en la interpretación que hacemos de la norma, sostenemos, que si el negocio fue conducido con éxito; el gestor puede reclamar gastos y

remuneración del dueño, aunque éste no lo ratificase.

Lo dicho, encuentra andamiaje en la combinación de los artículos 2297 y 2298. Éste último dice: “El gestor puede repetir del dueño del negocio todos los gastos que la gestión le hubiese ocasionado, con los intereses desde el día que los hizo; y el dueño del negocio está obligado además a librarle o indemnizarle de las obligaciones personales que hubiese contraído”.

Mandato y Gestión de negocios: Si bien se asemejan dichas instituciones jurídicas desde el momento en que mandatario y gerente actúan por cuenta de otro y no a nombre propio, presentan importantes diferencias:

a) El mandatario actúa en virtud de las facultades que el mandante le ha conferido. El mandato es un contrato, que supone un acuerdo de voluntades por el cual se han fijado las atribuciones y las limitaciones del mandatario. El gerente, en cambio, carece de tales facultades; dado que no ha mediado un concierto de voluntades.

b) El interesado sólo se obliga a condición de que la gestión del agente oficioso le sea útil y en la medida de esta utilidad. El mandante en cambio, hace de antemano suyos los actos del mandatario, siempre que éste actúe dentro de los límites del mandato. El mandante resulta obligado con independencia de la utilidad o beneficio que obtenga de los actos ejecutados por el mandatario en cumplimiento del encargo confiado. El mandatario no se obliga ante el mandante acerca del éxito de su cometido, sino sólo a efectuarlo como el buen hombre de negocios.

c) El mandante debe ser capaz. La persona titular de un negocio que está llevándose a cabo por otro sin su consentimiento, bien puede no serlo, puesto que las obligaciones que contrae han sido ajenas a su voluntad, no se obliga por un acto propio.

Pago de lo indebido

No es difícil inferir las circunstancias jurídicas del pago de lo no debido; falta la voluntad del que paga, porque para ser indebido, el pago debe ser fruto de un error. El sujeto tuvo la intención de abonar; pero no la de saldar una cuenta que no le era imputable, o desinteresarse a un acreedor que no era el suyo.

También hay ausencia de voluntad en quién recibe el pago para efectuar la restitución del mismo; sobre todo si es de mala fe, ya que seguramente va a carecer del propósito de devolver lo recibido incorrectamente.

Todo pago supone una deuda, una obligación destinada a extinguirse; por

tal razón, el que paga por error lo que no debe, tiene acción para repetir lo pagado. Cuando alguien puede ser impelido a reponer lo que recibió indebidamente; esa acción tiene su origen en un cuasicontrato. Adelantamos desde ya, que estamos frente un caso clarísimo de enriquecimiento sin causa, el que trataremos en el acápite próximo.

Cabe consignar que las reglas del pago de lo no debido no son aplicables cuando se declara resuelto o nulo un contrato. En tales casos, los actos destinados a que las partes se restituyan mutuamente, llevando las cosas al estado anterior a la celebración del contrato, se regirán por las disposiciones generales aplicables a dichas instituciones.

Los requisitos del pago de lo indebido son básicamente dos:

a) Inexistencia de una obligación: Sea porque jamás ha existido; sea, porque existiendo realmente una obligación, el deudor paga por error a otra persona, en lugar de al verdadero acreedor.

El pago equivocado no extingue la obligación; pero el deudor, sin perjuicio que deberá pagar nuevamente, y esta vez al verdadero acreedor, tiene derecho a repetir en contra de aquel que recibió el pago indebido.

Puede derivar tal situación porque, existiendo la deuda, no es pagada por el verdadero obligado sino por otra persona que, por error, creía ser el deudor. Cuando el acreedor, habiendo recibido el pago, destruye o cancela el título en el que consta su acreencia; el que pagó mal no podría obligarlo o forzarlo a cumplir con la restitución. Por ello, quien pagó por error creyendo ser deudor e indujo con ello al acreedor a destruir o cancelar el título, no podrá repetir contra dicho acreedor. En definitiva, la pérdida del título deberá soportarla quien pagó equivocadamente. No obstante, está habilitado para echar mano de cuanto medio de prueba esté al alcance del acto, para repetir contra el verdadero deudor, como resultado de haber obrado en calidad de gerente de una gestión de negocios en beneficio de aquel.

También, puede suceder que, al verificarse el pago, la obligación se hallara sujeta, en cuanto a su existencia, a una condición suspensiva pendiente. La facultad de repetir lo pagado sólo podrá ejercitarse antes que la condición se cumpla. Cumplida la condición con posterioridad al pago, no hay derecho para repetir lo abonado; dado que se ha convertido en una obligación cierta, en virtud del cumplimiento de la condición a la que estaba atada.

Por el contrario, tratándose de obligaciones cuya exigibilidad está sujeta a plazo, no existe la facultad para repetir, puesto que la obligación tiene existencia; estamos en realidad ante un caso de renuncia del plazo por parte del deudor.

Cabe señalar que si se abona una obligación natural, no estaremos frente

al pago de lo no debido. La obligación existe, aunque ella no confiera acción para exigir su cumplimiento; por lo tanto, el pagador no podrá solicitar su reintegro.

b) Pago por error: Debe suceder que, al pagar una persona una deuda ajena, por error, haya creído que se trataba de una obligación personal; o que al pagar una deuda inexistente, por error, haya creído que la deuda era una realidad.

Si el pago se hizo para extinguir una obligación existente; y quién la cancela, no era deudor, pero conocía todas las circunstancias de la obligación, debe concluirse que ha querido pagarla por cuenta del verdadero deudor; y se habrá puesto por fuera del cuasicontrato. De la misma forma, si la deuda no existía y quien pagó lo sabía, se entiende que su intención fue la de donar lo que dio en pago.

Tanto el error de hecho como el de derecho justifican invocar el pago de lo no debido y exigir repetir lo indebidamente pagado. A contrario sensu, si el pago tenía por fundamento una obligación natural, no habrá derecho a repetir. Por ello, el que cumple una obligación natural creyendo equivocadamente que la ley confiere al acreedor una acción para exigir el pago, entenderá luego que no tiene acción para pedir la restitución. La regla es del todo lógica, pues de lo contrario las obligaciones naturales se tornarían ineficaces, contraviniéndose además lo dispuesto en los artículos 515 y 516 del Código civil. En cuanto las obligaciones naturales, una vez cumplidas, autorizan a retener lo que se ha dado o pagado voluntariamente en razón de ellas.

El que realiza un pago indebido puede intentar la acción de restitución de lo dado. Para que la demanda prospere, debe probar, en principio, dos cosas: a) El hecho del pago; b) que el pago fue indebido. Es decir, que no existía ni siquiera una obligación puramente natural; o si existía, estaba sujeto su nacimiento al cumplimiento de una condición pendiente; o quien pagó no era el deudor; o si lo era, no pagó al verdadero acreedor.

Si la acción intentada, finalmente tiene éxito; el que recibió dinero u otra cosa fungible, siendo de buena fe, esto equivale a que también haya incurrido en error creyéndose acreedor equivocadamente; estará obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad. No responde de los deterioros o pérdidas de la especie o cuerpo cierto, indebidamente recibida, aunque tales deterioros o pérdidas se deban a su culpa. Si vendió la especie indebidamente recibida, sólo debe reintegrar el valor del precio de venta; o ceder las acciones que tenga contra el comprador que no le

haya pagado íntegramente.

Enriquecimiento sin causa

De alguna manera, en todos los cuasicontratos se distingue, como rasgo común, un enriquecimiento sin causa y, por ende, injusto. De allí que la mayoría de la doctrina señalara como fundamento de las obligaciones cuasicontractuales, el propósito del legislador de impedir o reparar un enriquecimiento sin causa, injusto.

El enriquecimiento de una persona en desmedro del patrimonio de otra, puede ser lícito o ilícito. Tendrá causa legítima, por ejemplo, cuando se produce por un resultado contractual. Pero puede acontecer que el enriquecimiento sea ilegítimo, que carezca de causa justificada, como ocurre cuando se paga lo que en realidad no se debe. En tal caso, se origina un enriquecimiento sin causa. Para reparar esta irregularidad, análoga a la ocasionada por un delito o cuasidelito, la ley proporciona a la víctima una acción para obtener la reparación contra el injustamente enriquecido. Esta acción se denomina “in rem verso”.

La doctrina ha enunciado en términos generales, las condiciones y los requisitos que hacen procedente la acción in rem verso:

a) Que una persona se haya enriquecido; El enriquecimiento puede ser material y también intelectual o moral. De igual forma, el incremento podrá consistir, no solamente en la obtención de una ganancia, sino también en la economía de un desembolso.

b) Que correlativamente, otra persona se haya empobrecido:

No se requiere acreditar una pérdida o empobrecimiento material, una efectiva disminución patrimonial será suficiente como para tener configurado un enriquecimiento. También experimentará un empobrecimiento el que prestó un servicio o efectuó un trabajo que no fue debidamente remunerado.

c) Que el enriquecimiento sea injusto, ilegítimo o sin causa: El aumento debe carecer de un título que lo justifique, como la venta, la donación o la asignación hereditaria. Como lo normal es que el enriquecimiento tenga una causa justificada, deberá probarse su ausencia por quien deduce la acción “in rem verso”.

d) Que la víctima no tenga otro medio que la acción in rem verso para obtener la reparación: La acción indicada tiene un carácter subsidiario. Sólo puede interponerse cuando la víctima carece de otro medio para obtener que se repare el perjuicio. En cuanto a los efectos de la acción, la finalidad que persigue, es la obtención del reembolso de aquello en que el demandado se

ha enriquecido. Con todo, puede suceder que el enriquecimiento sea mayor, pero en parte legítimo; la acción se encamina a obtener la reparación de lo que fuera obtenido de manera ilegítima.

Empleo útil

Ubicado en los últimos artículos de la gestión de negocios, está legislado el empleo útil. Existe cuando alguien, sin ser mandatario ni gestor de negocios, hiciese gastos en utilidad de otra persona.

La diferencia del empleo útil con la gestión de negocios radica en el hecho que, en el primer caso se da una disminución en el patrimonio de uno y aumento en el patrimonio de otro; en el empleo útil tal desequilibrio no verifica, ya que alguien gasta en utilidad de otro, y queda legitimado para resarcirse de las erogaciones efectuadas.

Asimismo; mientras que en la gestión de negocios, el dueño es responsable de una remuneración hacia el gerente, en la medida que le haya resultado un beneficio útil al titular del negocio. En el empleo útil, no se debe remuneración alguna, sino devolución de lo que se ha gastado en provecho del que está obligado a reponer el capital abonado.

El artículo 2306 del Código civil, dice; “cuando alguno sin ser gestor de negocios, ni mandatario hiciese gastos en utilidad de otra persona, puede demandarlos a aquellos en cuya utilidad se convirtieron”.

El 2307 expresa un ejemplo usado por casi todos los cuerpos legales que regularon este cuasicontrato, “entran en la clase de gastos del artículo anterior, los gastos funerarios hechos con relación a la calidad de la persona y usos del lugar, no reputándose tales gastos en bien del alma después de sepultado el cadáver, ni el luto de la familia, ni ningunos otros, aunque el difunto los hubiese determinado”. No sería razonable negar el derecho al reembolso de los gastos a la persona que corrió con tales erogaciones. Puede ocurrir que alguien fallezca y de momento no se encuentre cerca o en el lugar un pariente para hacerse cargo de los desembolsos por la inhumación. Tampoco puede asignarse la erogación a la gloria del alma del fallecido, según la última parte del artículo, porque no existiría deuda a favor del que hizo los desembolsos.

En este caso, la persona que se haga cargo de los gastos funerarios tendrá derecho al reembolso, y podrá repetir, según lo establece la normativa, de quienes estaban obligadas a prestar alimentos al causante. En este sentido, el 2308, indica; “No dejando el difunto bienes, los gastos funerarios serán pagados por el cónyuge sobreviviente, y cuando éste no tuviese bienes, por

las personas que tenían obligación de alimentar al muerto cuando vivía”; señalando que; “júzgase útil todo empleo de dinero que aumentó el precio de cualquiera cosa de otro, o de que le resultó una ventaja, o mejora en sus bienes, aunque después llegase a cesar la utilidad”.

BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo, Eduardo y Vélez Sarsfield, Dalmacio. *“Código de Comercio de la República Argentina”*. Buenos Aires. Ed. Zavalia, 2006.
- Aftalión E., García Olano F. *“Introducción al derecho”*. Buenos Aires. Ed. Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 11° edición, 1980.
- Alterini, A.A., *“Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo”*, Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 1998.
- Alterini J. y Gatti E. *“El derecho real- elementos para una teoría general”*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot, 1988
- Anaya, J. L. y otros, *“Contratos, Homenaje a Marco Aurelio Risolía”*, Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 1997.
- Argüello, L. R., *“Manual de derecho romano”*. Buenos Aires. Ed. Astrea, 1976.
- Aristóteles. *“Ética a Nicómaco”*. Navarra. Ed. Folio. 1999.
- Bachelard, G. *“La formación del espíritu científico”*. Buenos Aires. Ed. Siglo XXI, 1999.
- Borda, G., *“Manual de derecho civil”*. Buenos Aires. Ed. Perrot, 1974.
- Bossert G. y Zannoni E. *“Manual de derecho de familia”*. Buenos Aires. Ed. Astrea, 1993.
- Busso, Eduardo B. *“Apuntes de derecho civil”*. Buenos Aires. Ed. J. Méndez e hijo, 1922.
- Bustamante Alsina J. *“La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria del contrato y el principio de la buena fe”*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot, 1997.
- Calamandrei, Piero. *“La universidad de mañana”*. Buenos Aires; Ed. Ejea, 1961.
- Camacho López, M. E. *“Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana”*. Ponencia, 1er. Premio. Bogotá. Ed. Temis. 2010.
- Capitant, Henri. *“De la causa de las obligaciones”*. Madrid. Ed. Anacleto, 1998.
- Carbonnier, Jean. *“Droit civil”*. Paris, Ed. PUF, 1996, tome 4: Les obligations. 2004.
- Carbonnier, Jean. *“Droit et passion du droit sous la Vème République”*. Paris, Ed. Flammarion. 2006.

- Carlos, Eduardo B. *“Clínica jurídica y enseñanza práctica”*. Buenos Aires; Ed. Ejea, 1959.
- Castro de Cifuentes, Marcela. *“Derecho de las obligaciones y de los contratos”*. Bogotá. Ed. Uniandes/Temis, 2010.
- Castro y Bravo, Federico de. *“El negocio jurídico”*. Madrid. Ed. Civitas, 1985.
- Casas de Chamorro Vanasco M. L. y otros, *“Contratos, Homenaje a Marco Aurelio Risolía”*, Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 1997.
- Cifuentes. S. *“Elementos de derecho civil”*. Buenos Aires. Ed. Astrea. 1988.
- Constitución de la Nación Argentina. Ed. Depalma, 1999.
- Cooke, Elizabeth. *“The modern law of estoppel”*. Ed. Oxford University Press, 2000.
- Corchuelo Bernal, Claudia Patricia. *“Teoría de la imprevisión”*. Bogotá, Ed. Uniandes/Temis. 2009, t. I.
- Cossio, Carlos. *“Radiografía de la teoría egológica del derecho”*. Buenos Aires. Ed. Depalma, 1987.
- Cubides Camacho, Jorge. *“Los deberes de la buena fe contractual”* (en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*). Bogotá, Ed. Universidad Javeriana/Temis, 2010.
- Cueto Rúa J. C. *“Contratos homenaje a Marco Aurelio Risolía”*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot, 1997.
- De Los Mozos, José Luis, *“El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español”*. Barcelona. Ed. Bosch Casa Editorial, 1965.
- Díez Picazo, *“Sistema de Derecho Civil”* T° 2. Madrid. Ed Casa del libro, 2002.
- Domat, Jean. *“Las leyes civiles en su orden natural”*. Buenos Aires. Ed. Jurídica, 7° edición, 1973.
- Dórs, Álvaro. *“Una introducción al estudio del derecho”*. Madrid; Ed. Rialp, 1963.
- Ernst H. *“Elementos básicos en las contrataciones”*. Madrid. Ed. Bruquera, 1962.
- Etcheverry, Raul, *“Derecho Comercial y Económico”*. Buenos Aires. Ed. Astrea, 1977.
- Etchegaray P. N. *“Boleto de compraventa- Examen exegético de un boleto tipo”*. Buenos Aires. Ed. Astrea, 2006.
- Farina, Juan Manuel. *“Contratos comerciales modernos”*. Buenos Aires. Ed. Astrea, 2° edición, 1997.

- Fassi S. y Gebhardt M. *“Concursos”*. Buenos Aires. Ed. Astrea, 1993.
- Ferrucci R. *“Política Económica Contemporánea”*. Buenos Aires. Ed. Macchi, 2001.
- Flume, Werner. *“El negocio Jurídico”*. Tomo II. Madrid. Ed. Fundación Cultural del Notariado. 1998.
- Freitas, A.T de, *“Esboço de un Código Civil para Brasil”*. Buenos Aires. Ed Albatros, 1972.
- Galgano, Francesco. *“El Negocio Jurídico”*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 1992.
- García, Ricardo Ginés. *“Fundamentos del derecho”*, Ed. Lectio, 2^o edición, 2008.
- Garrido, F.G. y Zago, J.A., *“Contratos Civiles y Comerciales”*. Buenos Aires. Ed. Universidad, 1989.
- Gete Alonso y Calera, María del Carmen. *“Estructura y Función del Tipo Contractual”*. Barcelona, Ed. Bosch. 1979.
- Gregorini Clusellas, Eduardo Luis. *“La autonomía de la voluntad y los contratos”*. Buenos Aires. Ed. El jurista, 2005.
- Grondona, Mariano. *“Bajo el Imperio de las Ideas Morales”*. Buenos Aires. Ed. Sudamericana, 1988.
- Guzmán Brito, Alejandro. *“La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes”*. Chile. Ed. Universidad Católica de Valparaíso, 2004.
- Halperín I. *“Derecho comercial- Sociedades en general”*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1982.
- Herrera E. *“Práctica metodológica de la investigación jurídica”*. Buenos Aires. Ed. Astrea, 2002.
- Ihering R., *“El fin en el Derecho”* Caracas. Ed. Bolívar, 1960.
- Kant, Imanuel, *“Fundamentación de la metafísica de las constumbres”*, Capítulo Segundo - Mare Nostrum Comunicación. Traducción de Manuel García Morente. Madrid. Ed. Galerna, 1962.
- Kelsen H. *¿Qué es justicia?*. Barcelona. Ed. Planeta-Agostini, 1993.
- Kemelmajer de Carlucci A. *“Lobbies y contratos; reacción jurisprudencial”*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot, 1997.
- Kozolchyk, Boris. *“La contratación comercial en el derecho comparado”*. Barcelona. Ed. Dykinson S.L. 2006.
- Larenz, Karl. *“Derecho Civil, Parte General”*. Madrid. Ed. Edersa, 1978.
- Larroumet Christian. *“Apertura y liberación de los contratos”*. Bogotá. Ed. ACI. 2006.

- Leoni, Bruno. *“Lecciones de filosofía del derecho”*. Madrid. Ed. Unión, 2003.
- López Cabana, R. M. *“Contratos especiales del siglo XXI”*. Buenos Aires. Ed. Astrea, 1999
- López Mesa, Marcelo. *“La doctrina de los actos propios”*. Buenos Aires. Ed. Reus. 2005.
- Lorenzetti, R. L. *“Responsabilidad objetiva en materia de contratación”*. Buenos Aires; Ed. Depalma, 1991.
- Lorenzetti, R. L. y otro, *“Contratos de servicios a los consumidores”*. Buenos Aires. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
- Lorenzetti, R. L. *“Teoría de la decisión judicial-Fundamentos del derecho”*. Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Lorenzetti, R. L. *“Consumidores”*. Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Lottieri, Carlos. *“Lecciones de filosofía del derecho”*. Prefacio. Madrid. Ed. Unión, 2003.
- Machado, J. O., *“Exposición y comentario del Código civil argentino”*. Buenos Aires. Ed. Lajouane, 1899.
- Mantilla Espinosa, Fabricio. *“El solidarismo contractual en Francia”*. Revista chilena de derecho privado, N° 16, julio 2011.
- Martins Oliveira, Hiltomar. *“Augusto Texeira de Freitas, Monumento jurídico de América y del mundo”*. Sao Pablo, Brasil. 1999.
- Messineo Francesco. *“Derecho Civil y Comercial”*. México DF. Ed. Ejea, T. III, 3° edición, 1992.
- Messineo Francesco. *“Doctrina General del Contrato”*. Trad. De Fontanarrosa, Sentis Melendo. Buenos Aires. Ed. Volterra, tomo I, 1966.
- Messineo, Francesco. *“Manual de derecho civil y comercial”* . Buenos Aires. Ed. del país. 1954.
- Morelli, Mariano. *“Derecho, historia, lengua y cultura en el pensamiento de Savigny”*. Madrid. Ed. Planeta, 1987.
- Morello, Augusto. *“Contrato y proceso”*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot, 2° edición, 1990.
- Moisset de Espanés, Luis. *“Obligaciones naturales y deberes morales”*. España. Ed. Zavalía, 1996.
- Neme Villarreal. Marta Lucía. *“Comentarios acerca de los contratos en derecho privado”*. Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2005.
- Neme Villarreal, Marta Lucía , *“La buena fe en el derecho romano.*

- Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*". Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2010.
- Nozik, Robert, *"La naturaleza de la racionalidad"*. Madrid. Ed. Piados Ibérica S.A., 1995.
 - Nuñez García R. *"Aspectos esenciales del contrato de franquicia"*. Madrid. Ed. Civitas, 2000
 - Pereira y Eleta. L. *"Principios sociológicos del derecho civil"*. Madrid. Ed. Hijos de Reus. 1998.
 - Pizarro, R., *"Derecho de las Obligaciones"*. Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis, 2003.
 - Planiol, Marcel. *"Tratado elemental de derecho civil-conforme su programa de oficial de la facultad de derecho"*. Buenos Aires. Ed. Biblioteca Nacional de Maestros, 7° edición, 1958.
 - Pothier, Robert Joseph. *"Tratado de la obligaciones"*. Perú. Foro del derecho, 3° edición, 1997.
 - Prinz Von Sachsen Gessaphe, Karl August. *"Nuevas tendencias en el Código civil de la República Federal Alemana"*. Munich. Ed. CH Beck. 2005-
 - Rezzónico, L. M., *"Estudio de las Obligaciones en Nuestro Derecho Civil"*. Buenos Aires, Ed. A-Z Editora, 1961.
 - Ripert y Boulanger. *"Derecho Civil, tomo IV, N° 228"*. Buenos Aires. Ed. Jurídica, 1964.
 - Risolía, Marco Aurelio. *"Soberanía y crisis del contrato"*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 1958.
 - Rodríguez Saiach, Luis A. *"Cálculo de la acción civil por accidentes de trabajo, Doctrina de la Corte Suprema"*. Buenos Aires. Ed. Gowa. 2° edición ampliada, 2007.
 - Savigny, M.F.C., *"Sistema de Derecho Romano actual"*. Madrid. Ed. F. Góngora y Compañía, 1878.
 - Sofsky, Wolfgang. *"Defensa de lo privado"*, Valencia, Ed. Pretextos. 2009.
 - Tamayo Jaramillo, Javier, *"Análisis de la interpretación valorista del derecho de los contratos"*, (Fabricio Mantilla Espinosa coord.). Bogotá. Ed. Universidad del Rosario. 2009.
 - Vaccarezza A. *"Manual de sociedades de responsabilidad"*. Buenos Aires. Ed. Astrea, 1009.
 - Vaquer y Cucurull. *"Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo"*- Revista para el análisis del derecho N° 274.

Barcelona. Ed. Indret. Febrero 2005.

- Vázquez Ferreira, R. *“Responsabilidad Civil de los organizadores de espectáculos”*. Buenos Aires, 2008.
- Vélez Sarsfield. *“Código Civil de la República Argentina”*. Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis, 2003.
- Videla Escalada, Federico. *“Contratos, homenaje a Marco Aurelio Risolía”*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot. 2002.
- Vilanova, J., *“Elementos de Filosofía del Derecho”*. Buenos Aires. Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977.
- Von Ihering, Rudolf. *“El fin del derecho”*. Madrid. Ed. Akal. 1967
- Von Gierke, Otto. *“Beständigkeit und Wandel”*. (Trad. p/ esta obra Daniela Albano). Bonn. Ed. Lauf. 2006.
- Zago, Jorge. *“Biografías y vidas”*. Buenos Aires. Ed. Eudeba, 1982.

Este libro se terminó de imprimir en el mes de Julio 2014.
Diseño y diagramación: Natalia Minniti

TEORIA DE LOS CONTRATOS

No concebimos en la actualidad al abogado contractualista como un litigador que resuelve acusando o defendiendo en juicio, sino como un negociador que, junto a su par de la contraparte, lleva los intereses de su cliente a buen término, en la concepción ganar-ganar.

El letrado se sitúa frente al contrato con miras a que los derechos y obligaciones que en él se enmarcan, no lleguen, en la medida de lo posible, a dirimirse en sede judicial. Para ello, necesariamente, deberá entender que ambas partes deben beneficiarse con los logros de lo pactado y velar por ello. Si quiere más ventajas para su parte en desmedro de las del otro contratante, lo más probable es que el contrato llegue al juez en algún momento de su vida útil para dirimir problemas que los negociantes pudieron prever en época pre-convencional.

Acordar cláusula por cláusula es un sano ejercicio contractual que deben practicar los letrados. Llevar adelante un buen negocio es beneficioso para los intereses del mandante. La primordial tarea del abogado es prever conflictos al momento de la celebración del pacto. Los estipulantes no compran problemas, adquieren satisfacción al menor costo y en el menor tiempo posible. Es éste un trabajo de previsión que descansa en manos de los profesionales del derecho en la esfera previa a la confección del contrato, donde la etapa precontractual o negocial toma un cariz único y relevante de apreciación y depreciación de cada aspecto de los elementos que van integrando el futuro convenio de manera consensuada.

ISBN 978-987-9371-28-2



Tel.: (011) 4382 8505
Alsina 1535 1° "103" (1088)
C.A.B.A.
info@edicionesdyd.com.ar - www.edicionesdyd.com.ar