# Contratos

## Parte General

Gabriela M. Scolarici (directora)
Maximiliano L. Caia (coordinador)
Ezequiel J. Sobrino Reig (autor)

COLECCIÓN MORRAL DE APUNTES

EDUNPAZ
Editorial Universitaria

# Contratos

# Contratos

Parte General

Gabriela M. Scolarici (directora)
Maximiliano L. Caia (coordinador)
Ezequiel J. Sobrino Reig (autor)

Aportes de
Mariela Persico (capítulo 16)
Gabriela M. Scolarici,
Maximiliano L. Caia,
María de las Mercedes Domínguez
y Jorge I. Sobrino Reig (capítulo 19)

EDUNPAZ
Editorial Universitaria

COLECCIÓN **MORRAL DE APUNTES**

Sobrino Reig, Ezequiel Javier
Contratos : parte general / Ezequiel Javier Sobrino Reig ; coordinación general de Maximiliano Caia ; dirigido por Gabriela Scolarici. - 1a ed . - José C. Paz : Edunpaz, 2018.
376 p. ; 20 x 14 cm. - (Morral de apuntes)
ISBN 978-987-4110-14-5
1. Contratos. I. Caia, Maximiliano, coord. II. Scolarici, Gabriela, dir. III. Título.
CDD 346.02

1ª edición, diciembre de 2018
© 2018, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731
José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina
© 2018, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

**ISBN:** 978-987-4110-14-5

**Universidad Nacional de José C. Paz**
Rector: **Federico G. Thea**
Vicerrector: **Héctor Hugo Trinchero**
Secretario General: **Darío Exequiel Kusinsky**
Director General de Gestión de la Información y Sistema de Bibliotecas: **Horacio Moreno**
Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**
Diseño de colección: **Amalia González**
Arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

Publicación electrónica. Distribución gratuita

Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)
Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es

# Índice


Prefacio 13

Capítulo 1. Concepto de contrato 17

I. La teoría de los actos jurídicos y la teoría de los contratos 19
II. La noción de contrato 20
III. Elementos de los contratos 22
IV. Partes del contrato 24

Capítulo 2. Los principios que rigen la materia 25

I. Introducción 27
II. Libertad para contratar 28
III. La fuerza obligatoria del contrato 30
IV. La tutela constitucional del contrato 31
V. La buena fe 32
VI. Los nuevos principios y deberes contractuales 33
VII. Jerarquía de normas e integración del contrato 36

Capítulo 3. Clasificación de los contratos 41

I. Función y criterio para la clasificación de los contratos 43
II. Las clasificaciones legales 44
III. Clasificación de los contratos según el momento de su ejecución 55

## Capítulo 4. El consentimiento 57

I. Introducción 59
II. La declaración de la voluntad 60
III. La fase previa y la gestación del contrato 64
IV. La oferta 66
V. La aceptación 76
VI. Perfeccionamiento del contrato 78
VII. Formación del contrato plurilateral 81
VIII. Acuerdos parciales 82

## Capítulo 5. Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas 87

I. Introducción 89
II. Definición del contrato por adhesión 90
III. Ámbito de aplicación de esta categoría contractual 90
IV. Requisitos de eficacia de las cláusulas generales predispuestas 92
V. Cláusulas particulares 93
VI. Interpretación 93
VII. Cláusulas abusivas 94

## Capítulo 6. Tratativas contractuales 99

I. El proceso de negociación 101
II. Origen y escenario actual de la responsabilidad precontractual 102
III. La libertad de contratar o no hacerlo 103
IV. Las tratativas precontractuales 103
V. Deberes de conducta durante las tratativas precontractuales 104
VI. Presupuestos de la responsabilidad precontractual 109
VII. Documentación precontractual 117

Capítulo 7. Contratos preliminares 119

I. Concepto 121
II. Promesa de celebrar un contrato 123
III. Contrato de opción 124

Capítulo 8. Pacto de preferencia y contrato sujeto a conformidad 125

I. Pacto de preferencia 127
II. Contrato sujeto a conformidad 130

Capítulo 9. Incapacidad e inhabilidad para contratar 131

I. Capacidad para ser parte de un contrato 133
II. Inhabilidades para contratar 138

Capítulo 10. Objeto de los contratos 141

I. Introducción 143
II. El objeto del contrato en el código de Vélez Sarsfield y en el nuevo texto legal 143
III. Condiciones que debe reunir el objeto de los contratos 147
V. El cuerpo humano como objeto de los contratos 156
VI. Bienes futuros 157
VII. Bienes ajenos 159
VIII. Bienes litigiosos, gravados o embargados 160
IX. Herencias futuras 160
X. Contratos de larga duración 163

Capítulo 11. Causa de los contratos 167

I. Introducción 169
II. Causalismo, anticausalismo y neocausalismo en la doctrina 171

III. Noción de causa fin 173
IV. Presunción de causa en los contratos 175
V. Necesidad de causa 175
VI. Falsa causa en los contratos 176
VII. Causa ilícita en los contratos 176

Capítulo 12. Forma de los contratos 179

I. Metodología en el Código Civil y Comercial 181
II. Definición de forma 182
III. Principio general: la libertad de formas 183
IV. Contratos formales 186
V. Las modificaciones ulteriores al contrato 188
VI. La escritura pública 189
VII. Otorgamiento pendiente del instrumento 192

Capítulo 13. Prueba de los contratos 195

I. Conceptos preliminares 197
II. Metodología 198
III. La prueba de los contratos en el código de Vélez Sarsfield: el artículo 1193 199
IV. La prueba de los contratos en el Código Civil y Comercial 200
V. La prueba de los contratos formales 203
VI. Conflicto de prueba: instrumento público e instrumento privado 205
VII. Evolución de la valoración probatoria: de la prueba legal a la libre valoración del juez 206
VIII. La carga de la prueba 208

Capítulo 14. Efectos de los contratos 213

I. El efecto relativo de los contratos 215
II. Los terceros 217
III. Los sucesores universales y sucesores singulares 218

Capítulo 15. Incorporación de terceros al contrato 223

I. La regulación del Código Civil y Comercial 225
II. Contrato a nombre de un tercero 225
III. Promesa del hecho de un tercero 229
IV. Estipulación a favor de un tercero 231
V. Contrato para persona a designar 234
VI. Contrato por cuenta de quien corresponda 236

Capítulo 16. Suspensión del cumplimiento y tutela preventiva 239

I. Introducción 241
II. Suspensión del cumplimiento de los contratos 241
III. La tutela preventiva en el derecho de contratos 250

Capítulo 17. La obligación de saneamiento 257

I. Introducción 259
II. Responsabilidad por saneamiento en el Código Civil y Comercial 264
III. La garantía de evicción 267
IV. Responsabilidad por vicios ocultos 274

Capítulo 18. La señal, seña o arras 281

I. Noción 283
II. Caracteres que puede presentar la seña 283
III. La seña en el Código Civil y Comercial 284
IV. Qué puede darse como seña 284
V. Ejercicio de la facultad de arrepentimiento 285

Capítulo 19. La interpretación de los contratos 287

I. La regulación del Código Civil y Comercial 289
II. La tarea de interpretar el contrato 289

III. La intención de las partes como regla de interpretación 294
IV. El principio de buena fe 296
V. Supuestos de interpretación restrictiva 296
VI. El significado de las palabras 298
VII. Interpretación contextual 300
VIII. Fuentes de interpretación 301
IX. Principio de conservación 305
X. Los deberes de lealtad y de confianza. El reconocimiento legal explícito de la doctrina de los actos propios 307
XI. Las llamadas expresiones oscuras 309

Capítulo 20. Subcontrato y contratos conexos 313

I. Subcontrato 315
II. Contratos conexos 318

Capítulo 21. Extinción del contrato. Rescisión, resolución y revocación 323

I. Conceptos preliminares 325
II. Rescisión bilateral 328
III. Rescisión unilateral 329
IV. Resolución por incumplimiento 331
V. Reglas comunes para la extinción unilateral del contrato 342
VI. Reglas para la extinción por resolución implícita (pacto comisorio tácito) 346
VII. Efectos de la extinción del contrato 348

Capítulo 22. La frustración de la finalidad y la excesiva onerosidad sobreviniente 355

I. La frustración de la finalidad del contrato 357
II. La excesiva onerosidad sobreviniente 363

# Prefacio

Esta obra fue elaborada con excelencia y dedicación por su autor, el Dr. Ezequiel Sobrino Reig, no solamente para guiar el estudio de los estudiantes de la carrera de abogacía, sino también para orientar a los profesionales como fuente de consulta ante la normativa del actual Código Civil y Comercial.

El origen de los contratos se remonta a las sociedades más antiguas. Desde el trueque –contrato por excelencia en las antiguas civilizaciones, que permitía el intercambio de mercaderías– hasta la actual conformación económico-social que, mediante los contratos como herramienta cotidiana, no solamente nos facilita perseguir una finalidad lucrativa sino también la satisfacción de necesidades personales (alimentos, vestimenta, transporte, educación, esparcimiento, etc), puede observarse el sentido de la evolución de esta materia.

El Código Civil y Comercial de la Nación (Ley Nº 26994) es portador de nuevos paradigmas del Derecho Privado.Específicamente para los contratos, "nuevos paradigmas" contempla, entre otros destacados, la función social del contrato y el paradigma protectorio.

Los contratos, a la luz de la nueva normativa, ya no se ciñen a un fin económico en sí mismo, sino que su finalidad debe ser socialmente apreciable.

Esta nueva concepción impone una nueva mirada de la materia, superando antiguos obstáculos y esquemas legales rígidos que reducían las posibilidades de interacción de los contratantes, y encarar negociaciones en paridad de condiciones. Las normas del Código Civil y Comercial son los instrumentos adecuados para lidiar con las dificultades que se generan en las relaciones interpersonales, debido a los diferentes y desiguales intereses, los contextos

disímiles, las incertezas del entorno, la complejidad de la coyuntura económico social, etc., que trascienden pero también invaden al Derecho de los Contratos.

Ezequiel Sobrino Reig encara la obra sobre los principios rectores del Derecho Contractual como marco dentro del cual profundiza sobre variadas instituciones del derecho privado aplicadas a los contratos.

Agradecemos a la Universidad Nacional de José Clemente Paz la concreción de esta obra.

**Gabriela Mariel Scolarici y Maximiliano Caia**

Capítulo 1

# Concepto de contrato

# I. La teoría de los actos jurídicos y la teoría de los contratos

Los contratos en la actualidad son considerados como los instrumentos principales de acción del tráfico jurídico, trascienden las definiciones clásicas, pues no se limitan a la formulación usual o típica de los negocios jurídicos sino que se expanden hacia la calidad de las partes y al entorno social, económico y cultural en los que son generados con la finalidad de reducir la incertidumbre sobre su cumplimiento y la asunción de los riesgos derivados.

Spota, con una concepción tradicional, define al contrato como el *negocio jurídico bilateral (o plurilateral) y patrimonial*.[1] De allí que existe una histórica asimilación entre nosotros a los conceptos de acto jurídico y contrato que, en verdad, ostentan una relación de género-especie. No hay dudas, en cualquier caso, que el contrato se presenta como el acto jurídico bilateral por excelencia. Por lo tanto, como regla general se le aplicarán al contrato todas aquellas premisas que se vinculan con los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales.

El acto jurídico, según el artículo 259 del Código Civil y Comercial, "es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas". Recién cuando comprobamos que ese acto jurídico es bilateral o plurilateral y patrimonial podemos

1. Spota, A. G. (1975). *Instituciones de derecho civil. Contratos*. Buenos Aires: Depalma, p. 17.

estar en presencia de un contrato.Responden ambos, entonces, a una relación de género (acto jurídico) y especie (contrato).

A partir de estas cuestiones es que, como señala la doctrina, en numerosas legislaciones no aparece una teoría general de los actos jurídicos sino que directamente se regulan los contratos. Así se ubican, entre los más modernos, el Código Civil de Quebec (1994), el código peruano (1984), el italiano (1942), etc.[2]

En nuestro país ha predominado históricamente la idea de entender este aspecto del derecho civil desde una "parte general" que contenga la regulación de los elementos de la relación jurídica: los hechos y actos jurídicos. Tenemos en ese contexto al sujeto (personas físicas y jurídicas), al objeto (derechos sobre bienes y cosas) y a la causa. Luego, sí, nos encontramos con una regulación para la teoría general del contrato y para los contratos en particular. Esta metodología tan arraigada entre nosotros fue la sugerida por todos los proyectos integrales de reforma y la adoptada por el Código Civil y Comercial que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015.

La importancia de entender esta premisa radica en la constante interrelación que provoca en las disposiciones legales. De modo que muchas instituciones propias de la parte general se aplican en materia contractual: los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia), los vicios de los actos jurídicos (lesión, simulación, fraude) y las reglas relativas al objeto y a la causa.

## II. La noción de contrato

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

Se trata entonces de un acto voluntario lícito en el que actúan por lo menos dos partes que prestan su consentimiento, con la finalidad inmediata de establecer entre ellas relaciones jurídicas cuyo objeto es patrimonial. Además,

2. Rivera, J. C., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017). *Contratos. Parte general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 3.

como la propia definición legal lo demuestra, no se limita al ámbito de la *creación* de relaciones jurídicas sino también a su regulación, modificación, transferencia o incluso extinción.

El contrato, dice Messineo, es "el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica".[3] Se trata del centro de vida de los negocios, de un instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que requieren la composición de intereses inicialmente opuestos o no coincidentes.

Ahora bien, lo cierto es que más allá de la utilidad económica y social del contrato, estamos hablando en concreto de una institución jurídica. Como tal, debemos tener en cuenta que en general los ordenamientos jurídicos (y el de nuestro país no es la excepción) identifican la presencia de los elementos esenciales: consentimiento, objeto y causa. Otro tanto ocurre con las condiciones y reglas bajo las cuales el contrato debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse.

Entre otras cuestiones preliminares a tener en cuenta, sobre las que profundizaremos luego, corresponde tener presente la evolución de la teoría general de los contratos desde la visión clásica decimonónica del siglo XIX hasta la actualidad. En verdad, nos referimos a aquello que entre nosotros se ha denominado la *crisis del contrato* ya promediando el siglo XX y se refiere en verdad a la evolución que ha mostrado la materia desde entonces. Es impensado que una herramienta jurídica pueda permanecer estática a lo largo de las décadas sin alterar su sustancia y sin reconvertirse para adaptarse. El contrato ha dado muestra de eso para perfilarse, con sus matices propios, según las demandas sociales.

De esta forma, poco queda hoy del contrato histórico apoyado en los pilares de la autonomía de la libertad y de la libertad contractual. Hablamos en concreto de una idea de contrato clásica, paritaria, basada en la noción de que las partes negociaban en igualdad de condiciones sus términos, sus alcances y sus obligaciones y ese negocio jurídico era entonces fruto de su más plena ideación. Hoy en cambio asociamos la contratación a los fenómenos masivos y al contratante como un sujeto que en muchas ocasiones ve acotado o inclu-

3. Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato: tomo 1*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), p. 34.

so suprimido su margen de negociación y limita su actuación a aceptar o no aquello que fue previsto de antemano.

Aparecen así como factores destacables de este fenómeno:

- la masificación en la contratación pensada sobre todo a partir de la idea de empresa como sujeto de muchas de estas relaciones jurídicas, que en miras a una necesidad de uniformar o estandarizar los procesos de contratación, coloca a los contratantes en sujetos que se limitan únicamente a aceptar o no aquello que fue previsto;
- el rol estatal, que trae como consecuencia la regulación por ejemplo de los plazos mínimos de locación de inmuebles o la prohibición de indexar precios, en este último caso de claro tinte de orden público económico;
- las repetidas crisis económicas que han llevado a la necesidad de dejar de lado en varios momentos pilares fundamentales de la materia para resguardar el equilibrio contractual y adaptar el contenido convencional a los nuevos escenarios socioeconómicos.

# III. Elementos de los contratos

La doctrina distingue los elementos de los contratos en tres clases diferentes: esenciales, naturales y accidentales.

## 1. Elementos esenciales

Los elementos esenciales del contrato son aquellos sin los cuales no puede existir. Ellos son el consentimiento, el objeto y la causa. En pocas palabras, pues nos ocuparemos de cada uno de ellos luego, podemos decir que el consentimiento es el acuerdo que resulta de la voluntad declarada de las dos partes del negocio, el objeto es la prestación prometida por las partes y la causa es la finalidad perseguida por las partes, determinante para celebrar el contrato.

## 2. Elementos naturales

Quedan englobadas aquí todas aquellas consecuencias que siguen al contrato, aun cuando haya silencio de las partes sobre ese punto en particular. Por ejemplo, la gratuidad es un elemento natural del contrato de donación mientras que las garantías por evicción y vicios ocultos resulta un elemento natural de cualquier contrato a título oneroso.

## 3. Elementos accidentales

Son elementos accidentales del contrato todas las consecuencias nacidas por exclusiva voluntad de las partes. Tal es el caso de la condición, el cargo o el plazo.

## 4. Supuestos especiales que no califican como elementos de los contratos

Mucho se ha debatido en la doctrina respecto de la capacidad y de la forma: ¿son también elementos de los contratos? Seguimos a esta altura la postura consolidada que considera la respuesta negativa en ambos casos.

Con respecto a la capacidad, la respuesta se explica en tanto no constituye un elemento del contrato sino un presupuesto del consentimiento. Es que, como vimos, el consentimiento es un elemento esencial del contrato y no será válido si no es prestado por personas con capacidad para obligarse.

En lo que concierne a la forma, no puede faltar en ningún contrato y es también un presupuesto del consentimiento. El incumplimiento de la formalidad exigida por la ley solo será causal de nulidad del contrato cuando expresamente la ley así lo disponga, tal como lo prevé el artículo 969 del Código Civil y Comercial, en el supuesto de que no se cumpla la solemnidad exigida. Sin embargo, si la forma requerida es solo para que los contratos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos hasta que no se otorgue el instrumento pertinente, pero valen como contratos en los que las partes se obligan a cumplir la forma legal.

## IV. Partes del contrato

El artículo 957 del Código Civil y Comercial, al dar su definición de contrato, alude al concepto de *partes*. Supera así la noción que el código derogado efectuaba de *personas*, y eso se explica en la inteligencia de que no es relevante la cantidad de personas humanas o jurídicas que participan sino la presencia de dos o más *centros de interés*.

Luego sí, podemos señalar un concepto de parte y para eso tenemos que tener en cuenta lo que el propio artículo 1023 del código prevé:

> Se considera parte del contrato a quien: a) lo otorga a nombre propio, aunque lo haga en interés ajeno; b) es representado por un otorgante que actúa en su nombre e interés; c) manifiesta la voluntad contractual, aunque ésta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación.

- es *parte* del contrato aquella persona humana o jurídica cuya esfera jurídica es alcanzada por los efectos del negocio jurídico y
- es *otorgante* aquel que concluye el contrato sin que los efectos jurídicos luego lo alcancen.

Es decir, que cada parte del contrato puede estar conformada por más de una persona y son ellas y no otras las que cargarán con los efectos jurídicos del contrato. Habitualmente serán las propias partes quienes celebren el contrato pero, en muchos otros casos, lo harán a través de representantes que simplemente actúen en su nombre: tal es el ejemplo de un simple mandatario o de un socio gerente con relación a una sociedad de responsabilidad limitada.

Capítulo 2

# Los principios que rigen la materia

# I. Introducción

Históricamente la doctrina se ocupó de este tema con la atención puesta, sobre todo, en dos aspectos centrales: la autonomía de la voluntad y el efecto vinculante del contrato para las partes. No hay dudas de que esa concepción respondía a un contexto histórico propio de la codificación del siglo XIX que, en sus ideas liberales, integraba una suerte de trinomio en el derecho privado entre la propiedad privada, la autonomía de la voluntad y la responsabilidad por culpa. Esto equivale a decir que el eje estaba puesto en la persona, en el individuo. Sería la decisión individual la que determinaría cuándo obligarse y, por otro lado, solo habría responsabilidad civil cuando la actuación de esa persona no pudiera alcanzar lo que se esperaba de ella.

Luego, hoy en día, esos principios básicos se complementan y se perfilan junto con muchos otros. La intervención estatal en la materia tuvo lugar a lo largo del siglo XX con relativa frecuencia, sobre todo a partir de las distintas crisis económicas, y hoy aparece indiscutida para revertir desigualdades contractuales que se presentan, por ejemplo, en los contratos de consumo. Aparece también esta intervención, entre otros casos, para prohibir la indexación de precios mediante una norma de orden público o bien para fijar un plazo mínimo en la locación de inmuebles que no puede ser dejado de lado por las partes de un contrato.

Las partes tienen, a su vez, distintos deberes correlacionados que fueron fruto del desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia y hoy se encuentran arraigados entre nosotros: la cooperación, la buena fe, el no ejercicio abusivo de los derechos, la información, la doctrina de los actos propios, etc.

En cualquier caso, explicar hoy los fundamentos de la materia únicamente en función de la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato es insuficiente. De todo eso nos ocuparemos en este capítulo.

## II. Libertad para contratar

El artículo 958 del Código Civil y Comercial dispone: "Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres".

Esta norma carece de antecedentes similares en el código derogado pero reconoce, en cambio, una indudable fuente constitucional. Hablamos desde luego del artículo 19 cuando expresamente dispone en su parte final que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

De esta manera, la libertad contractual comprende tres supuestos diferentes: a) el derecho a contratar o no hacerlo, b) el derecho a contratar con determinada persona o no hacerlo y c) el derecho a contratar sobre cualquier prestación lícita.[1]

### 1. Derecho a contratar o no contratar

El derecho a contratar o no hacerlo indudablemente aparece como la mayor expresión de este principio. Claro que, no obstante, en muchos casos se presenta visiblemente disminuido en función de la intervención estatal sobre distintas materias. Así, el caso del seguro obligatorio previsto en el artículo

1. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Disposiciones generales. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 44.

68 de la Ley Nacional de Tránsito para la circulación de vehículos por la vía pública da cuenta de eso.

## 2. Derecho a contratar con una persona determinada o no hacerlo

Por otro lado, el derecho a contratar con una persona determinada o no hacerlo también se encuentra ampliamente aceptado. Su contracara se vincula sin dudas a que el ejercicio de ese derecho no sea ni abusivo ni discriminatorio; pensemos por ejemplo en el denominado *derecho de admisión* en locales bailables, que se presenta como una demostración de este principio y también de su limitación en pos de resguardar derechos garantizados constitucionalmente.

A su vez, encontramos a lo largo del código distintas disposiciones que matizan también este principio. En materia de locación de inmuebles, por ejemplo, el artículo 1195 dispone lo siguiente:

> Es nula la cláusula que impide el ingreso, o excluye del inmueble alquilado, cualquiera sea su destino, a una persona incapaz o con capacidad restringida que se encuentre bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble.

## 3. Derecho a contratar sobre cualquier prestación lícita

La explicación de este principio de libertad contractual se cierra con esta idea: las partes son absolutamente libres para determinar el contenido del contrato. Dotar de contenido al contrato importa la creación de reglas negociales de carácter individual, lo que significa que en principio solo son aplicables a las partes de ese contrato y oponibles a los terceros que no han estado involucrados.[2]

2. Stiglitz, R. S. (15/10/2014). Un nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley*, 1.

Sin embargo, esta idea se ve verdaderamente puesta en crisis a partir de las distintas categorías contractuales que reconoce la legislación actual y que no responden a la histórica idea de contrato negociado del siglo XIX. Hablamos en concreto de los contratos de consumo y los contratos de adhesión, ya que en estos casos la idea de las partes ideando libremente el contenido del negocio aparece desvirtuada cuando no totalmente ausente. Es decir, hay en estos casos una parte, la más débil de la relación contractual, que carece de poder de decisión en lo que tiene relación con el contenido sustancial de ese contrato.

De esta manera, compartimos que este aspecto de la libertad contractual ha quedado restringido a los contratos negociados o paritarios. En los otros casos apuntados, los contratos de consumo y los de adhesión, se ve verdaderamente intervenida por la actividad estatal tendiente a buscar un equilibrio en esas relaciones.

## III. La fuerza obligatoria del contrato

El artículo 959 del Código Civil y Comercial dispone lo siguiente: "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé".

Tal como explica Lorenzetti, la seguridad jurídica es esencial al funcionamiento del contrato. Al celebrar un contrato, las partes se obligan libremente a hacer algo y esa importante decisión requiere, como contrapartida, la autorresponsabilidad, es decir, que se cumpla con lo pactado y que no se cambien las reglas.[3]

Por esta razón, la fuerza obligatoria del contrato abarca en definitiva dos facetas diferenciadas: a) que la contraparte cumpla la palabra empeñada y b) que no se cambien las reglas que regulan lo pactado.

3. Lorenzetti, R. L. (2010). *Tratado de los contratos. Parte general*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 143.

## 1. Efecto vinculante del contrato

Es largamente reconocido este principio según el cual el contrato válidamente perfeccionado es obligatorio para las partes como la ley misma. No es otra cosa que el respeto por la palabra empeñada y que desde antaño encuentra contención en la regla *pacta sunt servanda,* una alocución latina que se limita a decir simplemente eso: que lo pactado, obliga a las partes.

## 2. Previsibilidad de las reglas contractuales

El otro componente de la fuerza obligatoria aparece ligado a lo que podemos llamar "las reglas de juego". Las partes del contrato, cuando lo celebran, programan su futuro y con esa decisión administran sus recursos, evalúan riesgos, necesidades, etc. Si se cambian las reglas en el devenir de esa relación jurídica indudablemente se verá desequilibrado ese negocio jurídico.

De hecho, en materia de responsabilidad civil por incumplimiento, el artículo 1728 del Código Civil y Comercial también consagra expresamente esta regla al establecer pautas para valorar la relación de causalidad. Así dispone expresamente:

> En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

# IV. La tutela constitucional del contrato

La Constitución Nacional asegura la inviolabilidad de la propiedad en su artículo 17, de la cual solo se puede privar a su titular en razón de sentencia fundada en ley o en una expropiación por causa de utilidad pública; y por otro lado, en su artículo 14, reconoce las libertades de trabajar, ejercer toda industria lícita, de comerciar y de usar y disponer de la propiedad.

El derecho de propiedad al cual alude la norma constitucional no se limita al derecho real de dominio sino que, conforme le interpretación acuñada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) desde hace casi un siglo, comprende todo derecho que el hombre tiene fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad. Se trata del caso "Bourdieu", del año 1925, donde el máximo tribunal explicó que el término propiedad comprende

> todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos) a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra en concepto constitucional de "propiedad"[…] El principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurada en términos amplios por el art. 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones.[4]

Esta regla se ve ahora incluso ratificada por el propio Código Civil y Comercial. Expresamente, el artículo 965 dispone que "Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante".

## V. La buena fe

El artículo 961 del Código Civil y Comercial prevé:

> Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

4. CSJN (16/12/1925). "Bourdieu, Pedro E. c/ Municipalidad de la Capital Federal". *Fallos* 145:307.

Esta regla, pese a la transcripción del artículo, no es exclusiva del derecho de los contratos sino que consagra un verdadero principio general del derecho aplicable a absolutamente todas las materias. Así lo revela su recepción en el artículo 9 del código dentro de su título preliminar. No es fácil, en cambio, definir qué es la buena fe. La mejor manera de sistematizar el principio es simplemente decir que se aplica a todas las fases del contrato: la negociación, la celebración, la interpretación, el cumplimiento y la extinción.

La doctrina se ha encargado de distinguir entre la buena fe "subjetiva" o "creencia" y buena fe "objetiva" o "lealtad".[5]

La primera es prácticamente ajena al campo de los contratos y aparece vinculada a los derechos reales, las relaciones de familia y las obligaciones en general. Se presenta como la apariencia que lleva a los terceros que actúan diligentemente a confiar en la declaración de voluntad y de esa manera atenuar cualquier ausencia de derecho o legitimación.

En cambio, la buena fe objetiva o lealtad exige que las partes se comporten con lealtad y probidad durante la etapa preparatoria, celebratoria y ejecutoria del contrato, de aquí que se le impongan deberes de comunicación de claridad, de obligaciones implícitas, de hacer o no hacer lo que impida el logro del resultado buscado por medio del contrato, etcétera. El marco de proyección de esta regla es muy amplio y diversificado; en su vigencia está interesada la misma sociedad política, y el intérprete determina derechos y deberes sin olvidarla.[6]

## VI. Los nuevos principios y deberes contractuales

Vamos a enumerar a continuación varios principios y deberes que al solo efecto metodológico calificamos como *nuevos* pero que en verdad distan de serlo en su mayoría. La novedad, antes bien, radica en que muchos de ellos nacieron como deberes colaterales o secundarios y han obtenido, gracias a la

5. Gastaldi, J. M. (2004). La buena fe en el derecho de los contratos. En M. Córdoba (dir.), *Tratado de la buena fe en el derecho: tomo I*. Buenos Aires: La Ley, p. 308.

6. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 53.

labor de la doctrina y la jurisprudencia, carta de ciudadanía propia para convertirse en verdaderos pilares del derecho de los contratos.

## 1. El deber general de información

El deber de informar constituye una obligación legal fundada en una regla de conducta que consiste, en pocas palabras, en cooperar desde las tratativas con la otra parte que se halla disminuida con relación a la persona que dispone de esa información. Sucede que principios morales como la buena fe, la lealtad, la honestidad en el obrar, la cooperación, la sinceridad, entre otros, son reglas de indudable contenido ético que aparecen recibidas, por esa razón, como verdaderos deberes jurídicos y, por lo tanto, son ineludibles en el ámbito de los contratos.[7]

La noción de este principio, y podríamos decir su hábitat natural, aparece ligado al derecho del consumidor a partir de la regla contenida en el artículo 42 de la Constitución Nacional y también de la Ley N° 24240. Sin embargo, en tanto lo entendamos como una derivación ética del principio de buena fe, es indudable que su aplicación no se agota solo en esos contratos sino que abarca también cualquier otra relación contractual aun cuando no califique como de consumo.

La cuestión pasa por determinar cuál será en cada caso la intensidad de ese deber de información, porque lógicamente será mayor en esos contratos específicos, los de consumo o incluso los de adhesión, pero de ninguna manera nos debe llevar a concluir que se encuentre presente únicamente en aquellos y no en cualquier otra relación contractual.

Cabe agregar que la información debe ser suministrada objetivamente. Solo aquella proporcionada de manera completa, adecuada y veraz es la que permite dar por cumplido este deber, y por lo tanto libera a la parte que está obligada a brindarla de cualquier responsabilidad en este punto. Señalamos, por último, que la información exigible es la que se vincula a las cuestiones verdaderamente trascendentes y que inciden en los elementos del contrato

7. Stiglitz, R. S. (16/12/2016). El deber general de información contractual. *Revista del Código Civil y Comercial*, 3.

(consentimiento, objeto y causa), o bien en los efectos específicos de esa relación contractual.

## 2. El solidarismo contractual

Los imperativos de previsibilidad y de estabilidad contractual, a los que antes hicimos referencia, deben acompañarse con las exigencias de equidad, de proporcionalidad, de coherencia, de lealtad, de colaboración y de solidaridad entre las partes del contrato.

Lo que la doctrina de la solidaridad contractual propone, dice Rubén Stiglitz, es simplemente una lectura menos rígida de las reglas y principios que regulan el derecho de los contratos. Lo que esta doctrina rechaza, en cambio, son las injusticias contractuales y, dentro de estas, las que son inadmisibles, que son aquellas que no tienen otra justificación que una relación de fuerzas desigual o un cambio esencial en las circunstancias económicas existentes al tiempo de la formación del contrato.[8]

## 3. El principio de proporcionalidad

Como una derivación del principio de buena fe, debemos añadir el principio de proporcionalidad. Una primera aproximación nos lleva sin dudas a los contratos de consumo y al objetivo de proteger a los consumidores de las cláusulas que provoquen un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones emergentes del contrato.[9]

Sin embargo, este criterio de proporcionalidad no es exclusivo del campo del derecho del consumo. De hecho, es plenamente aplicable a la lesión que se da, como vicio de los actos jurídicos, cuando la norma habilita la nulidad del acto o el reajuste equitativo con relación a una ventaja patrimonial desproporcionada (art. 332 del Código Civil y Comercial).

8. Stiglitz, R. S. (2014), *op. cit*.

9. Stiglitz, R. S. (2014), *op. cit*.

## 4. El deber de coherencia

Ninguno de los sujetos de una relación jurídica sustancial puede verse favorecido por una conducta que contradice otra anterior en el tiempo. Este principio es largamente admitido en la doctrina y la jurisprudencia bajo la denominación de "doctrina de los actos propios".

El *venire contra factum* significa que un acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad que contradice el sentido que, conforme a la buena fe, ha de darse a la conducta anterior del titular, constituye una extralimitación; esa conducta, por lo tanto, resulta ilícita y debe ser desestimada por los jueces.

Para poder ser aplicado este instituto requiere que un sujeto haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante, no errónea y eficaz, que genere en otro sujeto una expectativa seria de comportamiento futuro. Luego, que esa misma persona ejercite una pretensión contradictoria respecto de un comportamiento precedente atribuible al mismo sujeto. Si se dan estos requisitos será viable la aplicación de esta regla de conducta.

El Código Civil y Comercial expresamente lo incorpora en el artículo 1067: "La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto".

# VII. Jerarquía de normas e integración del contrato

## 1. Introducción

La cuestión de la prelación normativa y de la integración del contrato se encuentra expresamente regulada en los artículos 963 y 964 del Código Civil y Comercial.

El primero de ellos, el artículo 963, dispone:

> Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

Luego, el artículo 964 prevé:

> El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

## 2. Prelación normativa

Es sabido que toda norma de derecho común debe ser valorada en primer lugar sobre la base de la Constitución Nacional y los tratados internacionales a los que adhiere la nación, lo que incluye tanto los que tienen jerarquía constitucional como los que no.

Luego, tenemos que tener en cuenta que la codificación de ninguna manera resuelve ni acapara toda la legislación sobre una determinada materia. En particular, en el derecho privado convive la regulación general del Código Civil y Comercial con una gran cantidad de leyes especiales que regulan distintas cuestiones. Sirve el ejemplo de la Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor o la Ley N° 22362 de Marcas y Patentes.

(i) Normas indisponibles:

Se establece, entonces, en el primer escalón de prelación normativa a las normas indisponibles contenidas en una ley especial o en el propio Código Civil y Comercial. Norma indisponible equivale a aquellas que las partes no pueden dejar de lado. Llambías señala que son normas imperativas aquellas que prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas. Su contenido se aprecia que es de orden público y consiguientemente

el comportamiento previsto se impone incontrastablemente, no obstante el deseo de alguien de quedar sujeto a una regulación diferente.[10]

(ii) Normas particulares del contrato:

El segundo supuesto contemplado es el de la autonomía de la voluntad. Su aplicación da por sentado que no existen normas indisponibles que limiten aquello que las partes del contrato pretenden establecer. Superado eso, será la decisión de las partes la que aparezca como primera fuente de aplicación normativa.

(iii) Normas supletorias de la ley especial:

Si ninguno de los dos supuestos anteriores se presenta, la siguiente pauta viene dada por las normas supletorias de la ley especial. En definitiva, las partes nada pactaron sobre una determinada cuestión y tampoco hay una ley indisponible que la regule.

(iv) Normas supletorias del Código Civil y Comercial:

En última instancia, si no se presentan ninguno de los supuestos anteriores, será necesario recurrir a las normas supletorias del propio código.

## 3. Integración del contrato

Ya citamos en los párrafos anteriores al artículo 964 del Código Civil y Comercial, donde se establece cuáles son las normas que integran el contenido del contrato.

Tenemos que tener en cuenta inicialmente sobre el tema que los jueces carecen de facultades para modificar el contrato. Expresamente dispone el artículo 960: "Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público".

Lo cierto es que en muchas ocasiones los jueces deben acudir a esa facultad. Tal es el caso, por ejemplo, de la nulidad parcial del contrato donde expresamente el artículo 389 prevé: "En la nulidad parcial, en caso de ser necesario,

10. Llambías, J. J. (1993). *Tratado de derecho civil. Parte general: tomo I.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 56-57.

el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes".

Como contrapartida, es necesario determinar a qué nos referimos con *contenido del contrato*; esto es, qué es aquello que se integra de la forma dispuesta en el artículo 964. Sobre este punto, Rivera explica con claridad que no constituyen "contenido" ni los sujetos ni el objeto, sino las reglas de conducta y los deberes previstos para las partes.[11]

Dilucidada esta cuestión, y del modo en que la explicamos también en el punto anterior, la regla del código es clara en cuanto a que el contenido del contrato está integrado, además de por lo pactado por las partes, por aquellas normas indisponibles que se aplican en lugar de las cláusulas que resulten incompatibles a ellas y luego por las normas supletorias de la voluntad de las partes.

Finalmente, el inciso c del artículo 964 dispone que se integra también el contrato con los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato. Esto, claro está, a menos que su aplicación resulte irrazonable.

11. Rivera, J. C. (2014). Disposiciones generales. En J. C: Rivera y G. Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tomo III*. Buenos Aires: La Ley, p. 417.

Capítulo 3

# Clasificación de los contratos

# I. Función y criterio para la clasificación de los contratos

Existen diversas formas de clasificar los contratos que persiguen una finalidad común: encontrar rasgos comunes y matices diferenciadores en todos ellos.

Mucho se ha discutido por décadas en la doctrina sobre la conveniencia o inconveniencia de efectuar clasificaciones legales en la materia. De hecho, Mosset Iturraspe afirma como una realidad innegable que las clasificaciones son impropias para la técnica legislativa, para destacar luego la evidente conveniencia práctica de esa decisión.[1] Lo cierto es que nuestro código histórico de 1869 contenía una clasificación legal que, con algún cambio, es mantenida como criterio metodológico en el nuevo cuerpo legal.

Es innegable en nuestra materia que las clasificaciones legales exceden la mera función dogmática: permiten identificar rasgos comunes en los distintos contratos e identificar a partir de eso los distintos efectos que pueden producir. Por ejemplo, todos los contratos onerosos son susceptibles de ser revisados sobre la base de una excesiva onerosidad sobreviniente, lo cual no sucede con los gratuitos; estos últimos, a su vez, pueden ser alcanzados por las acciones de colación y reducción que protegen la legítima sucesoria, lo que

1. Mosset Iturraspe, J. (2005). *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 57-58.

no ocurre con los primeros. Luego, los contratos bilaterales traen como consecuencia implícita la facultad de ser extinguidos por resolución (art. 1087). Son estos algunos fenómenos que explican la relevancia de mantener la clasificación como criterio de distinción legal de los contratos.

Veremos después, sin embargo, que estas no son las únicas clasificaciones posibles en la materia.

# II. Las clasificaciones legales

## 1. Contratos unilaterales y bilaterales

(i) Concepto

Según el artículo 966 del Código Civil y Comercial los contratos son unilaterales "cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada" y son bilaterales "cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra".

De modo que en los contratos unilaterales una sola de las partes queda obligada a satisfacer una o más prestaciones hacia la otra mientras que en los bilaterales ambas partes quedan recíprocamente obligadas. Como ejemplos de bilaterales encontramos la compraventa, la permuta, la locación; entre los unilaterales se destacan la donación, la fianza o el mandato gratuito.

(ii) Distinción con los actos jurídicos unilaterales o bilaterales

Es muy importante no caer en la confusión de asimilar esta clasificación con la homónima, que resulta de los actos jurídicos, que también pueden ser bilaterales o unilaterales.

Los actos jurídicos son unilaterales o bilaterales según sean fruto de una sola voluntad o de más de una. El testamento es un ejemplo evidente de acto jurídico unilateral; el matrimonio o el contrato importan en cambio un acto jurídico bilateral.

El caso del contrato, en tanto, ya explicamos que es siempre el de un acto jurídico bilateral o plurilateral. La clasificación entre unilateral o bilateral refleja entonces si una o ambas partes resultan obligadas a partir del consentimiento.

(iii) Requisitos para que un contrato sea bilateral

En definitiva para que un contrato sea bilateral, según las explicaciones dadas, deben darse las siguientes condiciones:

- ambas partes deben quedar obligadas;
- esas obligaciones deben ser *recíprocas*. Esto es, que debe mediar entre ellas una relación de interdependencia, en cuanto cada obligación debe encontrar su razón de ser en la existencia de la otra: es lo que recibe el nombre de *sinalagma* o de *correspectividad*. De modo que ese lazo de interdependencia entre las obligaciones se da a partir del propio nacimiento del contrato y se llama *sinalagma genético*. Ese vínculo se mantiene durante el período de ejecución y de ahí el hecho de que se hable de *sinalagma funcional,* en el sentido de que el cumplimiento de cada una de las obligaciones constituye el presupuesto lógico del cumplimiento de las otras.[2]

(iv) Efectos de la clasificación

El hecho de que el contrato sea bilateral produce importantes efectos prácticos. Podemos destacar entre ellos:

- la cláusula resolutoria por incumplimiento es implícita en los contratos bilaterales (art. 1087);
- la suspensión del cumplimiento hasta tanto la otra parte no cumpla con las obligaciones a su cargo lógicamente se aplica únicamente a los contratos bilaterales, pues en el otro caso una de las dos partes *nada debe* (art. 1031);
- el vicio de lesión solo puede existir en los contratos bilaterales (art. 332);
- la caducidad del plazo rige los contratos bilaterales (art. 353);
- existen supuestos de contratos unilaterales susceptibles de revocación (arts. 1329 y 1569).

(v) Contratos plurilaterales

El artículo 966 del Código Civil y Comercial prevé, en su último párrafo, que "las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales".

2. Aparicio, J. M. (2016). *Contratos. Parte general: tomo I*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 97.

Tenemos que tener presente que en el campo de la dogmática jurídica tiende a precisarse modernamente la noción de contrato plurilateral, ya sea como una subespecie de los contratos bilaterales o bien como una tercera categoría al lado de los unilaterales y bilaterales.

La nota que distingue a este tipo de contratos está dada por la presencia de la manifestación negocial de más de dos partes. Se ha dicho, así, que se considera contrato plurilateral al que tiene, originaria o potencialmente, más de dos centros de intereses diferenciados, sin que exista reciprocidad o interdependencia entre todas las prestaciones nacidas del contrato.[3]

De allí que ubiquemos a los contratos plurilaterales como una especie de los bilaterales, pero no sin dejar de destacar las notas relevantes que ameritan su estudio particularizado. Se trata de ciertos fenómenos que no encuentran una perfecta adecuación dentro de la noción tradicional de contrato bilateral.

Podemos destacar, entonces, en este sentido:

- las obligaciones no son correlativas para las partes sino que cada una adquiere derechos y obligaciones respecto de todas las demás;
- el vicio del consentimiento de uno de los contratantes afecta su adhesión pero no necesariamente anula el contrato;
- son contratos de tracto sucesivo;
- las obligaciones de las partes pueden ser de objeto diferente pero confluyen en un fin común;
- admite el ingreso de una nueva parte o el retiro de alguna de ellas;
- el incumplimiento de una de las partes no trae consigo necesariamente la resolución del contrato ni tampoco permite oponer la excepción de incumplimiento contractual.

## 2. Contratos onerosos y gratuitos

(i) Distinción entre ambos supuestos

Dispone el artículo 967 del Código Civil y Comercial:

3. La definición pertenece a la comisión 3° en el IV Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1990, citada y explicada por Mosset Iturraspe, J. (205), *op. cit.*, pp. 60 y ss.

> Los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo.

Un contrato es oneroso cuando la ventaja que otorga a una parte le es concedida por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Es, en cambio, a título gratuito cuando aseguran a uno u otro contratante alguna ventaja independiente de toda prestación a su cargo. De modo que, como señala Rivera, todo contrato bilateral es oneroso. Los unilaterales pueden ser gratuitos u onerosos.[4]

Resulta así de la propia naturaleza de los contratos onerosos que exista cierta equivalencia entre la prestación y la contraprestación. Demostrar esa existencia no resulta dificultoso en la generalidad de los casos, pues no se busca una equivalencia exacta y matemática sino una relación de equilibrio que contemple integralmente todas las obligaciones de las partes.

No existe, en cambio, esa correspondencia entre bilateral-oneroso frente a unilateral-gratuito. Sucede que, en el caso de los contratos unilaterales, se pueden presentar tanto casos de onerosidad como de gratuidad, tal como ocurre con un contrato de mutuo sobre el que pueden o no pagarse intereses.[5]

(ii) La regla es la onerosidad

Es posible afirmar que en nuestro derecho actual la regla es la onerosidad. Pocas dudas quedan de este principio, sobre todo a partir de la unificación civil y comercial y si se piensa en que nuestro sistema jurídico está íntimamente relacionado con la vida económica, y el contrato es el instrumento más ampliamente usado en este sentido.

De hecho, es evidente la mayor rigurosidad con que la ley recepta en muchos casos a los contratos gratuitos y que reafirma, en última instancia, lo que venimos diciendo. Puede verse en tal sentido desde la solemnidad absoluta en materia de donación de inmuebles hasta el hecho de que sean pasibles de

4. Rivera, J. C. (2014). Clasificación de los contratos. En J. C. Rivera y G. Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tomo III*. Buenos Aires: La Ley, p. 427.

5. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Clasificación de los contratos. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 77.

las acciones de reducción o colación. Se trata de reglas que verdaderamente desalientan su realización.

(iii) Efectos de la clasificación legal

Solo se aplica a los contratos onerosos el vicio de lesión. Lo mismo ocurre con la obligación de saneamiento (art. 1033) y los vicios redhibitorios (art. 1051). En materia de interpretación de los contratos, el artículo 1068 del Código Civil y Comercial, relativo a las expresiones oscuras, prevé que en el caso de los contratos gratuitos se la debe entender en el sentido menos gravoso para el obligado, mientras que si es oneroso en el sentido que produzca un mayor equilibrio para las partes.

Esta clasificación también puede ser relevante para el ejercicio de la acción revocatoria según lo prevé el artículo 339, inciso c, del Código Civil y Comercial, o por ejemplo para proteger a un subadquirente de buena fe y a título oneroso de cosas registrables frente a los efectos reipersecutorios de la acción de nulidad (art. 392).

## 3. Contratos conmutativos y aleatorios

(i) Concepto

Dispone el artículo 968 del Código Civil y Comercial: "Los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas. Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto".

Son contratos conmutativos aquellos en los cuales las obligaciones mutuas están determinadas de una manera precisa; estas contrataciones se suponen equivalentes desde el punto de vista económico. Encontramos como ejemplos que caben en esta clasificación la compraventa (salvo supuestos excepcionales), la permuta, la prestación de servicios, el contrato de obra, etc.

Los contratos aleatorios implican que las ventajas o las pérdidas dependen, para al menos una de las partes, de un acontecimiento incierto. Aplica para el caso el contrato de renta vitalicia, en el cual una de las partes entrega un capital a cambio de una renta que durará mientras viva la persona cuya extensión vital se ha tenido en cuenta.

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

(ii) Efectos

Como regla general solo los contratos conmutativos están sujetos a resolución o reducción de las prestaciones por causa de lesión, pues en los aleatorios las partes asumen el riesgo de que el contrato pueda resultar desventajoso. Por excepción, puede admitirse la aplicación de la lesión también a los contratos aleatorios cuando la diferencia de las contraprestaciones sea de tal carácter que ni el alea pueda justificarla. Se pone como ejemplo de este último caso un contrato oneroso de renta vitalicia y se trae a colación la transferencia de un inmueble cuyo precio se paga con una renta vitalicia, y el monto de ella es inferior al valor locativo del bien.[6]

Por su parte, tal como expresa la parte final del artículo 1091, el instituto de la imprevisión sólo se torna aplicable a los contratos aleatorios "si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia".

## 4. Contratos formales y no formales

(i) Concepto

En el capítulo respectivo nos ocuparemos en detalle de lo concerniente a la forma del contrato. Parece importante ahora, sin embargo, adelantar simplemente las primeras nociones que hacen a esta clasificación de los contratos entre formales y no formales.

Prevé el artículo 969 del Código Civil y Comercial:

> Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato.

6. Ver en este sentido, Aparicio, J. M. (2016), *op. cit.*, p. 12, nota 21.

La cuestión trascendental en el artículo viene dada porque, a diferencia de lo que sucede con las otras clasificaciones antes estudiadas, aquí el código no se limita únicamente a describir el contorno de la distinción sino que aborda de lleno sus efectos. Así, este artículo no solo es verdaderamente relevante para este aspecto de la materia sino también, como veremos luego, para el estudio sustancial de la forma de los contratos.

(ii) Los contratos no formales

Tal como surge de la última parte del artículo antes transcripto y también del artículo 1015 del código que sienta el principio rector en esta materia: "Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada". De modo que la regla es la libertad de formas y la libre elección por las partes de los modos de exteriorizar su voluntad.

(iii) Los contratos formales

- Los contratos formales deben ser clasificados sobre la base de las finalidades y efectos que den lugar a la exigencia de esa forma determinada. Es así que tenemos:
- los contratos sujetos a formas absolutas cuya inobservancia priva al acto de cualquier efecto jurídico;
- aquellos para los que se exigen formas relativas cuya omisión hace valer el contrato como un compromiso para las partes de cumplir con la formalidad pendiente;
- los contratos que tienen previstas formalidades con fines probatorios.

## 5. Contratos nominados e innominados

(i) Concepto

Son contratos nominados los que están previstos y regulados especialmente en la ley. Se trata de los contratos con mayor tradición y normalmente los más frecuentes, lo que les ha valido la atención del legislador. Ingresan dentro de este grupo los contratos especialmente regulados por el código y también otros disciplinados por leyes especiales como el contrato de seguro (Ley N° 17418).

Sin embargo, debe dejarse en claro que esta regulación tiene la única finalidad de facilitar el tráfico negocial y de cumplir con la función ordenadora

que le cabe a la ley en auxilio de los particulares. Sucede que, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en materia de derechos reales, en la esfera contractual rige el sistema de número abierto (*numerus apertus*). A partir de esta regla, es el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los particulares, basado en definitiva en sus propias necesidades, quien decide respecto de un contrato especialmente regulado por la ley y las adaptaciones que en todo caso se le quieran realizar.

(ii) Texto legal

Dispone el artículo 970 del Código Civil y Comercial:

> Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

(iii) Acerca de la calificación empleada por el legislador

La calificación empleada para formular la distinción puede inducir a engaño, pues lo nominado es lo que recibe nombre, y hay contratos–como el de garaje, el de hospedaje, el de publicidad, etc.– que pueden ser claramente conceptualizados a través de una denominación de aceptación social, aun cuando carecen de regulación legal específica.

Por ello, parte de nuestra doctrina empleaba el criterio de regulación normativa para distinguir entre contratos típicos y atípicos, según su régimen se encontrara o no disciplinado por ley. Pero los autores del código decidieron respetar nuestra tradición jurídica y emplear la distinción entre contratos nominados e innominados, ya contenida en el artículo 1143 del código derogado.[7]

(iv) Regulación de los contratos innominados o atípicos

No hay dudas, a partir de lo que fuimos explicando, que la regla que gobierna la materia es la atipicidad. Sobre todo en la consideración de que, aun cuando se parta de la base de las figuras tipificadas, la complejidad de las

7. Stiglitz, R. S. (2015). Clasificación de los contratos. En R. L. Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado; tomo V*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 596.

relaciones negociales modernas vuelve muy poco frecuente que un diseño contractual se presente absolutamente *puro*.

Desde este punto de partida es que el código establece entonces las fuentes del contrato innominado. El artículo 969 dice que en este caso rige: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

a) La voluntad de las partes

En su artículo 958, nuestro sistema normativo reconoce la libertad de las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. La disposición se integra además con la previsión contenida en el artículo 962, según la cual las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

La voluntad de las partes, que la norma razonablemente privilegia, debe ser interpretada con sujeción a las reglas contenidas en los artículos 1061 a 1068 del código. En caso de haber construido las partes una regulación completa del vínculo contractual innominado no será necesario desarrollar una labor de integración, reduciéndose la tarea a la interpretación del contenido y alcances de los enunciados normativos de autonomía.[8]

b) Las normas generales sobre contratos y obligaciones

Esta disposición conduce a una adecuada integración armónica de todo el sistema normativo. De modo que las disposiciones del contrato deben necesariamente sujetarse, por ejemplo, al principio de buena fe (arts. 9, 729, 961, 1061y conc.), evitar situaciones de abuso de derecho (art. 10) o de posición dominante (art. 11).

c) Los usos y prácticas del lugar de celebración

A partir de lo expresamente establecido en los artículos 10 y 964, inciso c, del Código Civil y Comercial, con los que necesariamente cabe vincular la norma, los usos, prácticas y costumbres del lugar de celebración del contra-

8. Stiglitz, R. S. (2015), *op. cit*., p. 597.

to, resultan un elemento integrador valioso para aquel. No hace falta aclarar que eso ocurre siempre que no sean contrarios a derecho o que su aplicación sea irrazonable.

El legislador presupone que la intención común de las partes ha sido la de ajustar la ejecución del contrato a lo que es de práctica en el lugar de su celebración, lo que puede permitir establecer pautas, desde cuestiones como los lapsos otorgados para el pago de lo debido hasta otras como los criterios constructivos y los materiales empleados en un contrato de obra. Esto también tiene relevancia, por ejemplo, en la norma específica del artículo 1019 del código.

d) Las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad

En caso de no haberse logrado completar la integración del contenido por las alternativas correspondientes a los estadios de evaluación anteriores, será necesario evaluar qué elementos de qué contratos nominados, compatibles con la finalidad perseguida por las partes, presenta el vínculo sometido a estudio.

En caso de advertir que prevalecen elementos de un determinado contrato, cabe aplicar el criterio de la absorción y adoptar sus normas para la integración. En cambio, de verificarse que existen varias prestaciones principales que corresponden a varios contratos nominados, se hará presente el criterio de combinación: permitirá entonces al juez construir las normas aplicables al caso y tomar los elementos de los distintos tipos contractuales aplicables.[9]

(v) Contratos con tipicidad social

Se presentan en la práctica numerosos casos de relaciones contractuales que no están nominadas en los códigos o las leyes especiales pero son conocidas por la propia realidad negocial y adquieren caracteres propios. Suele identificarse en este grupo, como ejemplo, al contrato de garaje; pero lo cierto es que, antes de ser reconocidos como *nominados*, muchos contratos transitaron este camino. Sirve el ejemplo de los bancarios o algunos de comercialización, como el de distribución, el *leasing* o la franquicia.

9. Stiglitz, R. S. (2015), *op. cit*., p. 598.

Lo trascendente del punto es la gran importancia de los usos y prácticas del lugar de celebración como norma integradora. Esta pauta va a jugar un rol central especialmente entre los contratantes habituales de un determinado rubro.

(vi) Contratos conexos

El Código Civil y Comercial define los contratos conexos en el artículo 1073 como aquellos contratos autónomos que se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para lograr el resultado perseguido.

Los contratos conexos tienen como característica la coexistencia de dos o más contratos con una finalidad económica común: un único negocio fraccionado jurídicamente. Intervienen normalmente más de dos sujetos pero uno de ellos tiene una posición dominante. Sirven como ejemplos los contratos de medicina prepaga, de tarjeta de crédito o de los denominados *paquetes turísticos*.

En estos casos, los contratos no pierden su individualidad en lo que estrictamente se ciñe a su régimen jurídico, pero la conexidad tiene verdadera relevancia en orden a la interpretación, responsabilidad por incumplimiento, etc. Todos estos temas los veremos más adelante en el capítulo respectivo.

## 6. La vieja clasificación legal entre contratos reales y consensuales

El Código Civil de Vélez Sarsfield regulaba en los artículos 1140 y 1141 esta distinción. Se sostenía así que los contratos *consensuales* eran aquellos que quedaban concluidos por el mero consentimiento mientras que los *reales* se perfeccionaban con la entrega de la cosa objeto del contrato.

De acuerdo con estas pautas, en los contratos reales el mero consentimiento era ineficaz para obligar a las partes: no había entonces posibilidad de reclamar el cumplimiento aun frente al acuerdo de voluntades previo. Esta categoría ha sido eliminada con razón del nuevo cuerpo normativo. A partir del imperio de la autonomía de la voluntad, basta el acuerdo de voluntades expresado en la forma señalada por la ley para que el contrato tenga fuerza obligatoria sin otro límite que el orden público y la legalidad de su objeto y causa.

# III. Clasificación de los contratos según el momento de su ejecución

## 1. Alcance de esta distinción

De acuerdo con el momento en que se ejecutan los contratos pueden ser de ejecución inmediata o diferida, de ejecución instantánea o de tracto sucesivo.

## 2. Contratos de ejecución inmediata o diferida

En los contratos de ejecución inmediata las partes cumplen con todos sus derechos y obligaciones en el mismo momento de la celebración del contrato. El ejemplo más evidente es el de la compraventa al contado de una cosa mueble donde, contra el pago del precio, se entrega una botella de gaseosa.

Los contratos de ejecución diferida, en cambio, son aquellos en los cuales las partes postergan el cumplimiento de sus obligaciones para un momento o varios momentos posteriores. Sucede con la compraventa de un mueble hecho a medida a pagar en un plan de cuotas; tanto el pago del precio como la entrega se difieren en el tiempo y pueden o no coincidir en el plazo estipulado.

Una de las consecuencias prácticas más relevantes que ha extraído la doctrina se vincula con que la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente (teoría de la imprevisión) solo puede alcanzar a los contratos de ejecución diferida. La aplicación del instituto de la lesión, en cambio, puede alcanzar ambos supuestos.

## 3. Contratos de ejecución instantánea y de tracto sucesivo

No debe confundirse esta distinción con la explicada anteriormente.

La ejecución instantánea implica el cumplimiento de una sola vez, de un modo único, suficiente para agotar el negocio. En este contexto, y según lo visto antes, esa circunstancia puede tener lugar de manera inmediata o diferida en el tiempo.

En el contrato de tracto sucesivo, en cambio, las prestaciones tienen lugar de modo continuado o periódico, tal como sucede por ejemplo con la locación de inmuebles. El inicio de las prestaciones puede tener lugar inmediatamente de celebrado el contrato (y en ese caso será de ejecución inmediata) o bien a partir de una fecha que tenga lugar un tiempo después de celebrado (y será entonces de ejecución diferida).

## 4. Contratos de larga duración

En este tipo de contratos, el vínculo que une a las partes, y por ende sus obligaciones, no debe entenderse como un vínculo aislado sino como un verdadero proceso destinado a durar en el tiempo asentado en los principios de buena fe y lealtad contractual. Sirven como ejemplo los contratos de suministro.

Es así que el artículo 1011 del Código Civil y Comercial prevé:

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

Como su propia lectura lo demuestra, la norma apunta a la importancia del factor tiempo en este tipo de contratos. Esto pone de especial manifiesto las dificultades que puede acarrear el hecho de que alguna de las partes pretenda tanto la extinción del contrato de forma abrupta e incausada como la inmodificabilidad absoluta de sus cláusulas; pues es esencial aquí la voluntad de renegociación sobre la base de los principios de buena fe y lealtad que gobiernan la materia. Más adelante, al tratar el objeto, nos ocuparemos de este tipo de contratos.

Capítulo 4

# El consentimiento

# I. Introducción

Tal como hemos dicho hasta ahora, el contrato es un acto voluntario lícito en el que actúan al menos dos partes que prestan su consentimiento con la finalidad inmediata de establecer relaciones jurídicas de contenido patrimonial. Un acto jurídico bilateral y patrimonial.

Debe tenerse presente también el concepto de relación jurídica que expone con claridad Molinario:

> La relación jurídica es el vínculo existente entre dos partes, integrada cada una de ellas por una o más personas humanas o de existencia visible, en virtud de la cual una puede exigir de la otra, o ambas sucesiva o simultáneamente, el cumplimiento de una prestación reglada por la ley, y cuya efectividad esta última asegura mediante la concesión de acciones o excepciones a deducirse u oponerse ante las autoridades jurisdiccionales competentes en forma y tiempo oportunos.[1]

Expone luego Molinario que las relaciones jurídicas pueden ser familiares o patrimoniales. En el caso de estas últimas, pueden tener su causa en un hecho o acto jurídico, siendo este segundo supuesto el de verdadero interés para nuestra materia.

1. Molinario, A. D. (1965). La enseñanza de las potestades y relaciones jurídicas. *Aequitas, 6*. Recuperado de http://www.leivafernandez.com.ar/Molinario_ens_potest.pdf

Luego, debemos recordar que la voluntad común que concurre a la formación del contrato debe ir precedida del estudio de la manifestación negocial, o sea, del conjunto de actos exteriores, sean declaraciones o comportamientos de hecho, dirigidos a la consecución de un fin e idóneos para producir tal efecto.

Puede afirmarse, entonces, que la voluntad que concurre a la formación del contrato es una verdadera *voluntad jurídica* y no aparece desorientada sino concretada a un fin, lo que equivale a decir provista de intención. De modo que, en definitiva, las voluntades que configuran el consentimiento tienen que existir con una dirección determinada –intención– y haber sido exteriorizadas; solo entonces podemos hablar de manifestación negocial.[2]

# II. La declaración de la voluntad

## 1. La declaración expresa y tácita de la voluntad

La *expresión positiva* es aquella que se exterioriza, según pregona el art*ículo* 262 del Código Civil y Comercial, "oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material"; mientras que la tácita, en palabras del artículo 264, "resulta de los actos por los cuales se puede conocer con certidumbre. Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa".

No presenta mayores complicaciones la expresión positiva oral o escrita. Pero se ha controvertido el carácter de manifestación de la voluntad que se infiere de los "signos inequívocos" o bien de todas aquellas situaciones de las cuales la ley deriva la existencia de una voluntad, ya que se asemejan bastante a la manifestación tácita de la voluntad, la cual, tal como surge del artículo 264 citado, y de conformidad a su naturaleza, requiere siempre de una inferencia interpretativa de un comportamiento o conducta.

En efecto, el concepto de la declaración tácita de la voluntad se explica en razón de que no es necesario que la declaración de voluntad se realice siempre mediante una actitud o conductas que tiendan directamente a la declaración

2. Mosset Iturraspe, J. (2005). *Contratos.* Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 98-99.

de tal voluntad; sino que puede declararse indirectamente, esto es, con palabras y actos que tengan otro fin próximo pero de los cuales pueda inferirse el sentido de la voluntad negocial.

Así es como toda la cuestión de la manifestación de la voluntad se reduce a un problema interpretativo de actitudes humanas, solo que en la exteriorización expresa la contundencia del gesto, de la palabra, la escritura, eximen de mayores especulaciones. En la declaración tácita, en cambio, su carácter indirecto requiere de una especial valoración, tarea que en ocasiones se asigna el legislador, otorgando determinada valía a determinadas actitudes o comportamientos. De este modo, el silencio puede a veces ser considerado como una expresión positiva de la voluntad y en otras, tácita: todo dependerá de las circunstancias que rodean al hecho de la exteriorización.[3]

## 2. El silencio como manifestación de la voluntad

En sentido lato el silencio consiste en abstenerse de hablar, pero el alcance jurídico de la palabra no se circunscribe a la ausencia de palabra oral y comprende también la ausencia de escritura y de cualquier otro acto capaz de interpretarse como una forma de expresión que permita inferir la voluntad de una persona. El lenguaje gestual no es silencio ni lo es ninguna expresión codificada (signos, etc.).[4]

El principio es que el silencio no es válido como manifestación de voluntad, aun cuando se oponga a un acto o una interrogación. Es decir, no vale ni como asentimiento ni rechazo salvo "en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes" (art. 263 del Código Civil y Comercial).

3. Santarelli, F. G. (2015). La formación del consentimiento contractual. Oferta y aceptación. En R. Stiglitz (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación: Contratos. *La Ley*, suplemento especial, pp. 84 y ss.

4. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Consentimiento, oferta y aceptación. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 146.

Es así, entonces, como en las relaciones contractuales el silencio puede producir una obligación cuando: (i) las partes le otorgan eficacia por un acuerdo anterior; (ii) el legislador le asigna un carácter de manifestación de voluntad cuando hay un deber de expedirse por la ley; (iii) cuando así resulta de los usos y prácticas; (iv) existe una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

(i) Acuerdo entre las partes.

El primer supuesto implica, en definitiva, una consecuencia lógica de la autonomía de la voluntad y la libertad para contratar de las personas. Son las propias partes del contrato quienes, de antemano, prevén efectos jurídicos específicos para el silencio.

(ii) La obligación de expedirse por la ley.

La obligación de expedirse por la ley, en tanto, existe cuando se impone una carga o una sanción que consiste específicamente en dar por presumido el consentimiento. Es lo que sucede, por ejemplo, con la denuncia de un siniestro por parte del asegurado frente a su compañía en el marco de un contrato de seguro y el artículo 56 de la Ley Nº 17418: "El asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado dentro de los treinta días de recibida la información complementaria prevista en los párrafos 2º y 3º del artículo 46. La omisión de pronunciarse importa aceptación".

(iii) El silencio frente a los usos y prácticas.

La referencia a usos y prácticas está prevista en el artículo 1 del Código Civil y Comercial que dispone: "los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho". Son los mismos a los que se refiere el artículo 1063 en orden a la interpretación del contrato y el artículo 964, inciso c, respecto a su integración. Se debe recurrir a los usos y costumbres del lugar de celebración del contrato, conocidos y regularmente observados.[5]

(iv) Relación entre el silencio y las declaraciones precedentes.

Luego, ya en lo que hace al otro supuesto, para constituir voluntad declarada, se requiere que el silencio implique conformidad a un acto o a una interrogación, debiendo existir un nexo entre ese acto o interrogación y las declaraciones

5. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit.*, p. 148.

precedentes. En suma, uno de los supuestos de la declaración indirecta de la voluntad se presenta cuando se guarda silencio si de este resulta, atendiendo las circunstancias exteriores o precedentes que lo acompañen, una voluntad declarada en forma inequívoca o con certidumbre. Por ello, siempre que medie relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes y, en general, cuando las circunstancias prueben que el silencio integra una declaración indirecta de voluntad, no es posible negar que media una voluntad declarada.[6]

## 3. La recepción de la voluntad declarada

Como principio general podemos decir que toda declaración requiere de cierta posibilidad de reconocimiento por parte de los terceros, pues de lo contrario serían irrelevantes. Algunas de ellas además necesitan que el comportamiento del declarante deba ser dirigido en la específica dirección del tercero, de modo tal que sea conocida por este último sin necesidad de que el destinatario la busque; de esta manera se sostiene que debe ser dirigida al destinatario para que la reciba o bien recaer bajo su esfera de control. Este tipo de declaraciones obtendrán eficacia tan pronto arriben al conocimiento del destinatario, o bien dentro de su ámbito de acción de modo de ser cognoscibles, de conformidad a las reglas de la buena fe.[7]

Tenemos entonces que la voluntad declarada llega a la otra parte mediante una recepción efectiva o una recepción ficta.

En el primer caso, se trata de una comunicación verbal que la otra parte reconoce recibir o que surge entregada en sus propias manos.

En el segundo, en cambio, puede ocurrir que la declaración llegue pero no sea efectivamente conocida por el receptor sin perjuicio de lo cual la norma le imputa igualmente sus efectos. Lo verdaderamente trascendente es que ingrese en la esfera del control del destinatario.[8]

---

6. Spota, A. G. (1975). *Instituciones de derecho civil. Contratos: volumen I y II*. Buenos Aires: Depalma, pp. 258-259.

7. Santarelli, F. G. (2015), *op. cit.*

8. Lorenzetti, R. L. (2010). *Tratado de los contratos. Parte general*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 264.

En este sentido, el artículo 983 del Código Civil y Comercial dispone:

> Recepción de la manifestación de la voluntad. A los fines de este capítulo se considera que la manifestación de la voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoce o debió conocerla, trátese de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil.

## III. La fase previa y la gestación del contrato

El artículo 1144 del código derogado disponía: "El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptación por la otra". El artículo 971 del actual Código Civil y Comercial prevé: "Formación del consentimiento. Los contratos se concluyen con la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo".

Debe connotarse que además del juego de oferta y aceptación también se recibe el concepto de "comportamiento concluyente", lo cual suministra una pauta de interpretación de ciertos actos con virtualidad expresiva de una actitud de asunción de un compromiso en particular.

Para edificar un contrato es menester formar la oferta y, en ocasiones, la consolidación de este proceso hacia el consentimiento requiere de contactos entre los interesados. En este terreno cobran gran valor las tratativas previas, pues comprenden todas las comunicaciones entre sujetos que, encaminadas a concertar un contrato, carecen aún de los elementos para ser consideradas ofertas; es decir, que se caracterizan por su inidoneidad para concluir por sí mismas el contrato, pero sin embargo se encaminan hacia su concreción. Su definición surge entonces desde una concepción negativa: la ineptitud para concluir el contrato.[9]

Estas tratativas, de las que nos ocuparemos luego en cuanto a sus efectos, no son una instancia necesaria pero se presentan en general en todos aquellos supuestos en los que las partes se aproximan para construir lo que será la oferta contractual. Los sujetos intentan determinar la oportunidad o con-

9. López de Zavalía, F. J. (1997). *Teoría de los contratos: tomo I*. Buenos Aires: Zavalía, p. 165.

veniencia de celebrar un contrato: no hay ánimo sino de discutir, averiguar, discernir; cuando no media aún una determinación clara, ni siquiera de la intención de contratar, las tratativas previas aparecen como instancia necesaria de construcción de un umbral básico de entendimiento de los sujetos que sirva de plataforma para la negociación futura.

Con las tratativas comienza un especial contacto social entre las distintas partes. Si bien ese acercamiento no entraña vínculo jurídico alguno, ciertos deberes generales van tomando cuerpo a medida que la relación se va estrechando. A la par del crecimiento de la faz social de la relación, se van tejiendo lazos con visos de juridicidad que merecen una doble atención: un punto en donde sostener la mira es la libertad de no contratar, lo que se explica por la posibilidad de poner fin a las tratativas; el otro impone observar la conducta de los involucrados y su capacidad de no generar expectativas excesivas respecto del carácter de la propia relación en curso. El punto de observación de ambas miradas se sitúa en la perspectiva de la buena fe.[10]

De todo lo dicho se extrae que en ocasiones oferta y aceptación constituyen actos que demandan negociaciones y tratativas que han de madurar conforme a los elementos esenciales que el contrato en vistas requiere. Otra veces, con una perspectiva clara sobre lo que pretenden, recurren a ofertar directamente. Frente a la oferta solo cabe la aceptación o su rechazo: en el primer caso habrá consentimiento; en el segundo, si no contiene una contraoferta que haga renacer la dinámica, el proceso de negociaciones concluye sin la celebración de un contrato.

Estos principios son ahora expresamente establecidos en el artículo 990, el cual reivindica la libertad de negociación: "Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento", y seguidamente, en el refuerzo de la regla de la buena fe:

> Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el

10. Santarelli, F. G. (2015), *op. cit*.

daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato (art. 991).

# IV. La oferta

## 1. Naturaleza jurídica de la oferta y aceptación: acto jurídico o acto prenegocial

La oferta es un acto jurídico unilateral y recepticio, porque su finalidad es ser dirigida para conocimiento de otra persona diferente de la que la emite. Esta declaración de voluntad de una persona, sea humana o jurídica, tiene por intención el promover la creación de un contrato.[11]

De modo que, obviamente, para ser eficaz, la oferta debe revestir los requisitos propios del acto voluntario que impone el artículo 260 del Código Civil y Comercial: discernimiento, intención y libertad.

Cabe decir, sin embargo, que esta opinión no es unánime. Así, se sostiene que la oferta como manifestación unilateral de voluntad encaminada a la celebración de un contrato no puede surtir efectos sin el concurso de la aceptación del destinatario y que, por tanto, no puede aspirar a revestir el carácter de negocio jurídico, lo que alcanza también a la aceptación. Desde este punto de vista, la oferta es un simple acto voluntario susceptible de producir los efectos previstos por la ley revistiendo entonces el ropaje de simple acto lícito y no de acto jurídico.[12]

## 2. La oferta contractual

(i) Concepto.

Dispone el artículo 972 del Código Civil y Comercial: "La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención

11. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 115.

12. Santarelli, F. G. (2015), *op. cit*. y notas 28 y 29.

de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada".

Enneccerus y Niperdey nos dan el concepto de oferta en los siguientes términos:

> Es una proposición unilateral que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato. No es un acto preparatorio del contrato sino que es una de las declaraciones contractuales. Así, pues, sólo hay oferta cuando el contrato puede quedar cerrado (perfeccionado) con la mera aceptación de la otra parte, sin necesidad de una ulterior declaración del que hizo la oferta.[13]

(ii) Recaudos de la oferta.

De acuerdo con el texto legal son requisitos de la oferta:

- que sea dirigida a persona determinada o determinable;
- que tenga intención de obligarse;
- que contenga las precisiones necesarias sobre los efectos que debe producir para ser aceptada.

a) Oferta dirigida a persona determinada o determinable.

De acuerdo con el primer requisito que aquí analizamos, la oferta es tal cuando se dirige a persona determinada o determinable.

La incorporación de la noción de oferta dirigida a persona determinable es una innovación del nuevo texto legal. Parece diferir, en este sentido, con el artículo 14, inciso 2 de la Convención de Viena, sobre compraventa internacional de mercaderías, que estipula: "Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario".

El tema de la determinación del sujeto a quien se realiza la oferta se vuelve fundamental si se considera el carácter recepticio que la doctrina le otorga. De modo que la declaración de voluntad destinada a crear un contrato debe estar dirigida a alguien en particular con quien se pretende hacer nacer esas relaciones jurídicas de carácter patrimonial.

13. Textual en Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., p. 114.

Luego, la noción de un cierto grado de indeterminación a la que hace referencia el artículo es propia de la flexibilización que aporta la contratación moderna. No podrá ser absoluto, como impone el artículo 973, pero sí, por ejemplo, ofrecer la celebración de un contrato a todos los presentes en un lugar determinado, como podría ser el aula de una facultad.

b) Intención de obligarse del oferente.

La intención de obligarse a la que hace referencia el artículo 972 hace a la seriedad de la declaración unilateral de voluntad emitida por el oferente e implica asumir las consecuencias obligacionales en caso de que sea aceptada.

Existen, sin embargo, declaraciones de voluntad que se realizan en broma (*animus jocandi*), o con la intención de enseñar (*animus docendi*), o con la mera finalidad de autoinformación, como un pedido de informes sobre la existencia de determinadas mercaderías que por carecer de este elemento –intención de obligarse– no constituyen oferta.[14]

c) Autosuficiencia de la oferta.

Doctrinariamente se habla, con razón, de completitud de la oferta. De este modo, solo bastará la aceptación para que el contrato quede perfeccionado. La oferta entonces deberá realizarse de una forma tal que el destinatario esté en condiciones de conocer el alcance de las obligaciones que surgen del acuerdo y decidir si quiere o no contratar.

La postura asumida en este aspecto por el artículo que estudiamos es más amplia que el artículo1148 de su antecesor, el código de Vélez Sarsfield. Se decía allí que debía contener la oferta "todos los antecedentes constitutivos de los contratos".

Ahora, en cambio, la solución concilia con el primer supuesto previsto en el artículo 14 de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías:

> La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente

14. Lorenzetti, R. L. (2010), *op. cit*., p. 269.

> precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

Los principios Unidroit ofrecen una solución similar a la de nuestro código. Se explica al respecto en el comentario al artículo 2.1.2:

> Dado que un contrato se perfecciona con la mera aceptación de una oferta, las cláusulas del futuro contrato deben ser indicadas en la oferta con suficiente precisión. No es posible determinar de manera abstracta si una propuesta cumple con estos requisitos. Aún términos esenciales, tales como la descripción de las mercaderías o servicios a ser entregadas o prestados, el precio que se pagará por ellos, el tiempo y lugar de cumplimiento, podrían quedar indeterminados en la oferta, sin que esto implique necesariamente que no ha sido lo suficientemente precisa. Todo depende de si el oferente al proponer la oferta y el destinatario al aceptarla tienen la intención de quedar vinculados por el contrato, como así también de que los términos indeterminados dejen de serlo mediante una interpretación del significado de los términos utilizadas en el contrato conforme a los Arts. 4.1 y siguientes, o mediante su integración conforme al Art. 4.8 o 5.1.2. La imprecisión también puede cubrirse mediante las prácticas comerciales establecidas entre las partes o por los usos (véase el Art. 1.9), o en base a disposiciones específicas que se encuentran en los Principios (v.gr. Arts. 5.1.6 (determinación de la calidad de la prestación), 5.1.7 (determinación del precio), 6.1.1 (momento del cumplimiento), 6.1.6 (lugar del cumplimiento) y 6.1.10 (moneda que no ha sido especificada).[15]

(iii) Integración de la oferta.

Sucede en determinados contextos que, pese a la ausencia de ciertos elementos de la oferta, la declaración de voluntad no pierde eficacia como tal sino que se integra con elementos externos a ella.

Podemos encontrar, sobre la base de las pautas brindadas por el código, los siguientes supuestos:

15. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) (2004). Principios sobre los contratos comerciales internacionales. Roma: Unidroit. Recuperado de http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf

- integración por los usos de las partes;
- integración por un tercero;
- integración legal.

a) Integración por los usos de las partes.

El código hace especial hincapié de forma recurrente en los usos entre las partes y las prácticas habituales para una rama de negocios en particular. Esta pauta cobra especial relevancia en materia comercial y lleva a que, en algún caso, la ausencia de determinados elementos en la oferta no la haga perder su eficacia vinculante.

Los principios Unidroit a los que antes hicimos alusión contienen este ejemplo:

> Desde hace años, "A" renueva anualmente un contrato con "B" para la asistencia técnica que este último presta regularmente para el uso de las computadoras de "A". "A" abre una segunda oficina con el mismo tipo de computadoras y solicita de "B" el mismo tipo de asistencia técnica para las nuevas computadoras. "B" acepta la propuesta a pesar de que la misma no precisa todos los términos del contrato. El contrato puede considerarse perfeccionado, porque los términos que faltan pueden ser integrados con aquellos incorporados a contratos anteriores, que constituyen prácticas establecidas entre las partes.[16]

b) Integración por un tercero.

Según prevé el artículo 1006 del Código Civil y Comercial, las partes pueden pactar que el objeto del contrato sea determinado por un tercero. Es así que la oferta no deberá determinar el objeto pero sí establecer con suficiente claridad quién será el tercero o, en su caso, cómo será determinado.

Por su parte, y a modo de ejemplo, los artículos 1133 y 1134 del código autorizan a delegar la determinación del precio de la compraventa, elemento esencial de ese contrato, en un tercero designado.

c) Integración legal.

Finalmente la integración puede tener origen en la ley. El artículo 1143 del Código Civil y Comercial estipula para la compraventa de cosas muebles que cuando no se ha señalado el precio ni se ha estipulado un medio para deter-

16. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) (2004), *op. cit*.

minarlo, se considera que las partes han hecho referencia al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato para tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico de que se trate.

(iv) Invitación a ofertar.

Dispone el artículo 973 del Código Civil y Comercial:

> La oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos.

La invitación a ofertar es entendida como la solicitud hecha a una o varias personas para que se hagan oferentes de un contrato. Se diferencia de la oferta en que no requiere ser completa, es decir, no debe referenciar todos los elementos esenciales del contrato en miras, aun cuando quien formula la invitación establezca los parámetros dentro de los cuales debe ofertarse. Se trata de una convocatoria y no de una proposición.

Luego, tal invitación carece de carácter vinculante para quien la efectúa reservándose el derecho a rechazarlas, de lo que se sigue que para que haya contrato quien formula la invitación a ofertar debe aceptar alguna de las ofertas realizadas de conformidad a su convocatoria. En definitiva, quien invita a ofertar se reserva el carácter de aceptante.[17] Ejemplifica Spota que cuando se consigna un cartel de "se alquila" se está ante una invitación a escuchar ofertas.[18]

Se ha advertido que cuando la invitación a oír ofertas sobreviene en remate, licitación o pública subasta, perfecciona el contrato la oferta más conveniente. Sobre esta tesitura importa considerar que más que una invitación a ofertar ha mediado una verdadera oferta. En tanto se verifica una intención seria de contratar que contiene los elementos esenciales del contrato (en el caso de la compraventa, si media fijación de precio y designación de la cosa, mediante la determinación de la base), corresponde considerar que existe una verdadera

17. Santarelli, F. G. (2015), *op. cit.*

18. Spota, A. G. (1975), *op. cit.*, p. 272.

oferta, de modo tal que las posturas de los licitantes constituyen aceptaciones de aquella, subordinadas a la condición de que no se ofrezcan condiciones más convenientes al oferente.[19]

Conviene señalar, por último, que el supuesto que aquí estudiamos difiere de los efectos de la publicidad que el artículo 1103 del Código Civil y Comercial dispone para el contrato de consumo. Sucede que, por la particular tutela constitucional que cabe a los usuarios y consumidores, la publicidad que el proveedor realiza de sus bienes, con las modalidades y precisiones que en ella se hayan establecido, lo obliga al integrar la etapa negocial previa a la celebración del contrato.

(v) Efecto vinculante de la oferta.

Dispone el artículo 974 del Código Civil y Comercial:

> La oferta obliga al proponente, a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso. La oferta hecha a una persona presente o la formulada por un medio de comunicación instantáneo, sin fijación de plazo, sólo puede ser aceptada inmediatamente. Cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación. Los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contenga una previsión diferente.

El tema propuesto por el artículo se reduce a establecer si emitida una oferta el oferente queda vinculado a ella, es decir, si está obligado a contratar con el aceptante salvo casos de retractación o caducidad. Es decir, que la declaración unilateral de voluntad emitida con los requisitos legales contenidos en el artículo transcripto pone al sujeto que la realiza frente a diversas consecuencias que se desatarán conforme a la posibilidad de respuesta inmediata y el plazo con que haya sido realizada.

Si se trata de contratación entre presentes no existen mayores complicaciones, puesto que la respuesta debe ser inmediata.

19. Santarelli, F. G. (2015), *op. cit*. y notas 49, 50 y 51.

Tres son las posturas mantenidas al respecto.[20]

- una postura clásica, según la cual la oferta carece de fuerza vinculante antes de la aceptación, por eso antes de ese evento puede caducar por muerte o incapacidad del oferente (art. 976) o ser retractada (art. 975);
- una postura moderna, que asume que la oferta reviste autonomía antes de la aceptación y es irrevocable;
- una postura intermedia, en la que si bien la oferta es susceptible de ser revocada o puede caducar, eso no libera al oferente de su responsabilidad por los daños que la revocación pueda ocasionar en el destinatario de la oferta (art. 991).

La solución adoptada por el código es una variante de la última postura, porque añade a la responsabilidad, en caso de que concurran sus requisitos, el efecto natural que consiste en que si la retractación es inválida la aceptación produce plenos efectos. Es decir que una retractación indebida no solo puede dar lugar a responsabilidad civil sino que el contrato quedará perfeccionado.

(vi) Retractación de la oferta.

El Código Civil y Comercial determina, en definitiva, que la oferta puede ser revocable o irrevocable. La regla es que la oferta con plazo es irrevocable a menos que se diga expresamente lo contrario. No obstante, y sobre la base de lo previsto por el artículo 975, la oferta es susceptible de ser retirada si esa decisión llega al destinatario antes o simultáneamente con la oferta.

Podemos resumirlo entonces de esta manera:

- Cualquier oferta, incluso concebida como irrevocable o con plazo de vigencia, dirigida a persona determinada, es eficazmente retirada si la comunicación llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta (art. 975). La norma se justifica a poco que se piense que mientras la oferta no llegue a conocimiento del destinatario no produce efectos jurídicos y, de ese modo, mal pudo haber creado una expectativa en su persona. De esta forma, quien la emitió podrá cambiar de idea y retractar la oferta.
- Después de la recepción de la oferta, y mientras esté vigente, solo puede ser retirada si ha sido concebida expresamente como revocable.

20. López de Zavalía, F, J. (1997), *op. cit.*, pp. 183 y ss.

(vii) Caducidad de la oferta.

Media caducidad de la oferta cuando, por circunstancias atinentes a la persona del oferente hacia la actitud del destinatario, pierde toda virtualidad. Ello ocurre cuando: a) es rechazada; b) vence el plazo fijado por el proponente; c) queda sin efecto la oferta sin plazo o d) muere o se incapacita el oferente.

a) Oferta rechazada:

El destinatario no la acepta o la rechaza de plano. También cuando realiza una nueva propuesta, pues muta en una nueva oferta.

b) Vencimiento del plazo de la oferta:

En ocasiones, el oferente fija un término demarcando el plazo dentro del cual debe producirse la aceptación. Su transcurso sin la correspondiente aceptación determina la caducidad de la propuesta (art. 974). La norma citada también precisa que "los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contenga una previsión diferente".

c) Oferta sin plazo.

Es lógico preguntarse cuál es el plazo que tiene el aceptante para manifestar su conformidad con la oferta. O en definitiva, más importante en esta instancia, cuál es el momento en que el oferente puede dar por rechazada la propuesta.

La modalidad del plazo, si bien en situaciones como estas otorga a la relación entre las partes una porción importante de seguridad, no es un elemento natural de este tipo de actos. Por lo tanto, como ya vimos, el nuevo régimen en el artículo 974 distingue el régimen de la oferta entre presentes y entre ausente, en estos términos: "la oferta hecha a una persona presente o la formulada por un medio de comunicación instantáneo, sin fijación de plazo, sólo puede ser aceptada inmediatamente". Mientras que "cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación del plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación".

En pos de otorgar una pauta para la determinación de cuál es el tiempo prudente para que el proponente aguarde la aceptación, la premisa sentada que propugna la mayor inmediatez posible entre el oferente y destinatario es la regla que mejor se adecua a las exigencias de la agilidad del tráfico y al

principio de buena fe, rector en la materia. Finalmente, cabe agregar que una oferta sin plazo no puede ser asimilada a una oferta perpetua, sino, por el contrario, impone la determinación razonable de su vigencia adecuada a las circunstancias del negocio propuesto.[21]

d) Fallecimiento o incapacidad del oferente.

Según lo prevé el artículo 976 del Código Civil y Comercial, la propuesta pierde eficacia si el oferente fallece o pierde su capacidad de contratar "antes de la recepción de su aceptación", a lo que agrega en orden al daño al interés negativo que quien "aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas tiene derecho a reclamar su reparación".

(viii) La oferta irrevocable.

Ya vimos que la oferta es por naturaleza revocable en tanto la comunicación de la retractación sea recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta (art. 975).

Sin embargo, esta cualidad puede ser sujeta a modalidad, o bien al establecer el oferente un término dentro del cual se compromete a mantener la oferta, o bien por renunciar a la facultad de revocarla dentro de determinado plazo o sin término para ello. Quiere decir que la regla es que el ofertante puede renunciar a la facultad de revocar y se transforma en una declaración de voluntad obligatoria en el sentido de que se obliga a mantener su oferta, y el aceptante puede, durante ese tiempo, aceptarla.[22]

El uso de estas modalidades acarrea la cuestión de determinar cuál es la consecuencia de la transgresión del oferente a su compromiso de mantener la oferta: si debe solo indemnizar o si la eventual revocación o desconocimiento de su compromiso debe ser ignorado con la consecuencia fundamental de tener por perfeccionado el contrato.

Parece ser la segunda la solución correcta sobre la base de dos reglas fundamentales: por un lado, la contenida en el artículo 974 que sienta el principio de la obligatoriedad de la oferta; y, por el otro, la expresada por el artículo 1800 del código que reconoce a la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones.

21. Santarelli, F. G. (2015), *op. cit*.

22. Lorenzetti, R. (2010), *op. cit*., p. 277.

# V. La aceptación

## 1. La aceptación de la oferta

El primer requisito de la aceptación para que sea idónea a los fines del perfeccionamiento del contrato es su identidad con la oferta. El artículo 979 del código prescribe que toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación. El aceptante puede únicamente responder afirmativamente o bien repetir todos y cada uno de los puntos de la oferta pues, aunque riesgosa, esa operación no agrega ni un punto a la oferta original.[23] En definitiva, como se ha dicho alguna vez, la aceptación es, a diferencia de la oferta, muy *parca*.[24] Mientras que a la oferta le caben los requisitos de completitud y autosuficiencia antes explicados, a la aceptación, en cambio, le basta un "sí, acepto".

Por el contrario, una aceptación que no coincida totalmente con la oferta, porque le introduce un aditamento o le efectúa cualquier variación, no produce efectos jurídicos como tal sino que se convierte en una nueva oferta.

Dispone el artículo 978 del Código Civil y Comercial:

> Para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante.

No obstante, la aceptación puede contener una oferta alternativa, sin que implique rechazo de la oferta originaria; en efecto, al aceptar, puede hacerse una contraoferta y si esta es rechazada, quedar firme el contrato en los términos de la oferta primigenia. Es el caso de quien acepta los términos ofertados, pero, por ejemplo, en cambio del pago al contado, ofrece financiación con mayor precio, pero para el caso de no ser aceptada esta variante deja firme la

23. Aparicio, J. M. (2016). *Contratos. Parte general: tomo I*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 215.

24. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 141.

condición de venta ofrecida originalmente. Esta situación también está prevista en el artículo mencionado:

> Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante.[25]

Por otro lado, y excepcionalmente, la aceptación puede implicar algo más que una simple conformidad a la oferta: ello sucede en las ofertas que deliberadamente dejan librado al aceptante la facultad de completar algún punto en forma expresa.

## 2. La aceptación como manifestación de la voluntad

La aceptación, como un modo de expresión de la voluntad, puede ser efectuada en forma expresa o tácita. Se aplica concretamente la regla del artículo 979 del código:

> Toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación. El silencio importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

Se aplica en este punto todo lo que estudiamos anteriormente en detalle al tratar lo vinculado al silencio en el punto II de este capítulo: "La declaración de la voluntad".

25. Santarelli, F. G. (2015), *op. cit*.

### 3. La retractación de la aceptación

El artículo 981 del Código Civil y Comercial dispone: "La aceptación puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que ella".

Como se ve, existe un fuerte paralelismo entre la oferta y la aceptación, pues ambas son actos jurídicos unilaterales y recepticios que deben concurrir sobre el mismo objeto y causa para que exista contrato.

De la misma manera, las circunstancias de retractación de la oferta que ya estudiamos con el análisis del artículo. 975 son idénticas a las previstas en el artículo 981 para la aceptación. Ambas deben llegar a conocimiento de la otra parte antes que la declaración de voluntad principal (oferta o aceptación, según el caso). Además, también es posible retractarse de la aceptación si es conocida al mismo tiempo.

Agregamos, finalmente, que las reglas de responsabilidad precontractual previstas en el artículo 991 del Código Civil y Comercial se aplican indistintamente para el supuesto de retractación de la oferta o de la aceptación.

## VI. Perfeccionamiento del contrato

### 1. Distintos sistemas para la formación del consentimiento

Una cuestión central para abordar el tema del consentimiento contractual viene dada por la necesidad de establecer cuál es el momento preciso en el que se produce la confluencia entre la oferta y la aceptación. La relevancia evidente de este interrogante se explica por cuanto desde ese momento hay un contrato celebrado y las partes podrán demandarse el cumplimiento de lo prometido.

Hasta fines del siglo XIX, cuando se inventó el teléfono, el concepto de distancia se correspondía con el de tiempo. A mayor distancia mayor tiempo, porque el correo así lo requería. Esta ecuación entre distancia y tiempo se rompió definitivamente con el invento y difusión del teléfono, porque se

tardaba lo mismo en conversar con alguien a cien metros que a cien kilómetros. El tema es que si contratar no es cosa de un instante sino de un proceso temporal, debe establecerse cuándo y dónde queda celebrado el contrato.[26]

Las derivaciones de esa conclusión, debemos decir, pueden en muchos casos no ser inocuas. Por ejemplo, frente a un cambio legislativo o tributario que ocurre durante ese proceso, ¿queda alcanzado el contrato?

Para dar solución a este tema en el código derogado se elaboraron cuatro teorías, dos "extremas" (teorías de la "información" y de la "declaración") y dos "intermedias" (teorías de la "expedición" y de la "recepción").

(i) Teoría de la declaración.

Según esta teoría, el contrato se perfecciona en el lugar y momento en que se verifica la exteriorización de la voluntad de aceptar la oferta. Demolombe, entre otros, la defiende con el siguiente razonamiento que le parece indiscutible: el contrato exige el concurso de dos voluntades, y estas han concurrido desde el momento en que la aceptación de la oferta tiene lugar; luego, desde ese momento, el contrato está formado.[27]

(ii) Teoría de la información.

En el polo opuesto se encuentra la doctrina de la información, percepción o conocimiento. Se sostiene en este caso que para que el contrato se encuentre perfeccionado es necesario que se tenga noticia de la aceptación. Así, por ejemplo, si la aceptación se exteriorizó mediante una carta, será necesario que esa carta sea leída. Se sostiene, como apoyo a esta teoría, que es recién entonces que concurren ambas voluntades, pues mal puede afirmarse que la voluntad del ofertante concurra con la *ignorada* voluntad del aceptante si nadie puede estar obligado a lo que no conoce.[28]

(iii) Teoría de la expedición.

La teoría de la expedición, o de la transmisión, se ubica entre las dos anteriores. Atenúa los defectos de la doctrina de la declaración y desestima la de la información.

26. López de Zavalía, F. J. (1997), *op. cit.*, pp. 210 y ss.

27. *Ibíd.*, pp. 215-216 y su cita a Demolombe en la nota 5.

28. *Ibíd.*, p. 216.

Según esta teoría es necesario, para que el contrato se perfeccione, que "… el aceptante se haya desprendido de su exteriorización de voluntad; en otros términos: que esa carta que ya está escrita y que pone en evidencia la voluntad del aceptante sea enviada o –para decirlo con una expresión gráfica– sea puesta en el buzón".[29]

(iv) Teoría de la recepción.

La teoría de la recepción exige que la declaración del aceptante llegue a poder del oferente sin que sea necesario que este tome conocimiento de ella. Lo fundamental entonces, siguiendo el ejemplo de la carta, es simplemente que haya sido recibida.[30]

## 2. Contrato entre presentes en el Código Civil y Comercial

En la contratación entre presentes, como la respuesta debe ser inmediata, pues de lo contrario la oferta perdería virtualidad jurídica (art. 974), la aceptación debe coincidir temporalmente con el perfeccionamiento del contrato.

El artículo 980 del Código Civil y Comercial lo regula de esta manera: "La aceptación perfecciona el contrato: a) entre presentes, cuando es manifestada; b) entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta".

## 3. Contrato entre ausentes o celebrado parte entre presentes y parte entre ausentes

Utilizamos este título a sabiendas de que, en puridad, no responda en un todo a la técnica empleada por el código, pero sí que refleje con claridad una situación en particular. Sucede que, a la hora de contratar, las partes no están obligadas a comunicarse de una forma determinada durante todo el proceso de negociación. Nada impide entonces que una oferta se efectúe a través de

29. Spota, A. G. (1975), *op. cit*., p. 292.

30. López de Zavalía, F. J. (1997), *op. cit*., p. 217.

un catálogo enviado por correo electrónico y la aceptación tenga lugar por vía telefónica. Así lo señalaba López de Zavalía:

> Si de algo debe hablarse, es, más que de contratos entre presentes, de declaraciones entre presentes y entre ausentes, pues bien puede acontecer que la oferta sea entre ausentes con arreglo a todas las doctrinas, y la aceptación asuma las características de entre presentes también según todas las doctrinas.[31]

Lo que queremos graficar, en definitiva, es que lo único trascendente para que el contrato sea entre presentes o entre ausentes es el modo en que se comunica la aceptación. Si el medio de comunicación (por ejemplo, oral o telefónico) permite comunicar la aceptación en forma inmediata, el contrato se perfeccionará en ese instante según lo prevé el artículo 980, inciso a del código.

En cambio, si el aceptante recurre a un medio de comunicación extendido en el tiempo (por ejemplo, correo postal, correo electrónico, etc.), la celebración del contrato se produce en el momento en que recibe la aceptación el oferente, según lo prescribe el inciso b del citado artículo 980.

De modo que, como vemos, en el caso del contrato entre ausentes la solución legal se afilia al criterio de la recepción entre las distintas doctrinas que antes explicamos. Se aparta así del código de Vélez Sarsfield que en su artículo 1154 adoptaba la teoría de la expedición.

# VII. Formación del contrato plurilateral

## 1. Texto legal

Prescribe el artículo 977 del Código Civil y Comercial:

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

31. López de Zavalía, F. J. (1997), *op. cit.,* p. 213.

autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido.

### 2. Concepto de contratos plurilaterales y formación del consentimiento

En la medida que se inscribe en la categoría de acto jurídico bilateral, el contrato siempre necesita del consentimiento de dos o más partes para su celebración. Ese concepto de parte debe ser interpretado sobre la base de la noción de *centros de interés*, tal como lo explicamos oportunamente, de donde se sigue que por ejemplo en una compraventa habrán intereses perfectamente diferenciados entre parte compradora y vendedora.

Luego, en los contratos plurilaterales lo esencial es la presencia de más de dos centros de interés. En este tipo de contrato, que se suele identificar con el asociativo, lo característico además de lo ya apuntado es un esfuerzo conjunto para el desarrollo de una actividad teniendo en miras un fin común.

Frente a lo dicho, aun cuando la regla sigue siendo que no hay consentimiento sin todos los interesados, esta categoría de contratos presenta como excepción que, frente a la oferta de contrato y en función de la existencia de más de dos centros de interés, la no concurrencia de uno de ellos no afecta al perfeccionamiento del contrato en la medida que la ley o la voluntad de las partes así lo admita.

## VIII. Acuerdos parciales

### 1. Noción general

La conclusión del contrato suele ir precedida de dos momentos que pueden diferenciarse con alguna nitidez en los contratos de mayor complejidad. Inicialmente se verifican tratativas destinadas a dilucidar la existencia de intereses afines en la contratación mediante actos sin relevancia jurídica autónoma y que solo trasuntan cierto contacto. Luego, una vez fijada la posibilidad mínima de consensos, la relación madura y produce actos susceptibles de cierta

calificación jurídica típica. Así, sin llegar a haber oferta y aceptación del modo en que hasta ahora las estudiamos, pueden producirse verdaderos actos negociales anteriores al contrato que se pretende formar.

En efecto, el consentimiento puede avanzar paso a paso y llevar a lograr entendimientos en cuestiones puntuales del acuerdo general. Esos avances producen sus manifestaciones y esta progresividad en la formación del consenso suscita básicamente dos órdenes de cuestiones: por un lado, la calificación del producido de tales acuerdos parciales; por otro, la determinación del momento a partir del cual existe contrato, cuestionándose si debe mediar acuerdo total sobre todos los puntos del contrato en miras, aun cuando solo reste la consideración de cuestiones secundarias.[32]

## 2. La solución legal

El artículo 982 del Código Civil y Comercial le reconoce virtualidad a los acuerdos parciales de esta forma:

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

## 3. La formación progresiva del contrato: las minutas, borradores, cartas de intención

Las negociaciones suelen producir "papeles de trabajo" cuyo contenido y finalidad resulta de variado alcance. En general, puede decirse que suelen testimoniar los avances obtenidos en aspectos parciales de la negociación, pues para la continuidad en el proceso consensual es esperable que las partes pretendan pisar en firme para avanzar hacia la siguiente etapa.

32. Santarelli, F. G. (2015), *op. cit*.

Recuerda Rivera que el diccionario de la Real Academia define a la minuta como el "extracto o borrador que se hace de un contrato, y otra cosa, anotando las cláusulas o partes esenciales, para copiarlo después y extenderlo con todas las formalidades necesarias para su perfección", mientras que al borrador como "escrito provisional en que pueden hacerse modificaciones".[33]

También se utiliza con el significado de minuta la expresión francesa *aide-* mémoire (ayuda memoria) y, aunque originada en los círculos diplomáticos, hoy también extendida a los particulares, la expresión *non paper*, para identificar a un documento que no compromete a las partes por no ser todavía más que un borrador.[34]

El elemento común a todos estos supuestos es su provisoriedad. De allí que el código les niegue carácter vinculante, con independencia del valor interpretativo que puedan tener llegado el caso.

Luego, la solución debe ser también concordada con lo previsto por el artículo 993 y las cartas de intención, nominación que comprende a los "instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato". Se les asigna un carácter limitado a partir de aconsejar una interpretación restrictiva a la hora de asignar efectos vinculantes y se agrega: "sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta, si cumplen sus requisitos".

## 4. Momento del perfeccionamiento del contrato en la formación progresiva

Durante la negociación contractual, entendida como el período de exploración durante el cual los futuros contratantes intercambian sus puntos de vista, formulan y discuten las proposiciones mutuas a fin de determinar el contenido del contrato, lo característico es que las partes no estén seguras de la conclusión del contrato. Es así que es fundamental determinar cuándo se perfecciona el contrato de modo de determinar los efectos de los significati-

33. Rivera, J C. Formación del consentimiento. En Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tomo III.* Buenos Aires: La Ley, p. 454.

34. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 162.

vos acuerdos a los que se va arribando. En Francia, fue la jurisprudencia la encargada de determinar el criterio a seguir al respecto, la cual ha mantenido el esquema de inspiración voluntarista de su código civil, siguiendo en particular el texto del artículo 1583 que, relativo a la compraventa, indica que se perfeccionará dicho contrato tan pronto como haya acuerdo respecto del precio y de la cosa objeto de aquel contrato. De allí el principio que establece que habrá contrato a partir del momento en que las partes logran acordar respecto de los elementos esenciales del convenio de que se trate.[35]

La determinación de lo esencial puede ser definido por los negociantes: subordinar el perfeccionamiento al acordar cierta modalidad de pago, al otorgamiento de garantías, o cualquier otro condicionamiento. Por ello es que si bien es cierto que el principio es que se perfeccionará el contrato tan pronto como haya recaído acuerdo sobre los elementos esenciales, son las propias partes quienes pueden diferir el perfeccionamiento hasta tanto estén definidas todas las modalidades. La conclusión de estos acuerdos parciales, además, debe ser valorada con criterio restrictivo.

Se destaca además como origen de nuestra novedosa solución la teoría de la *punktation.* Esta teoría se originó en Alemania luego de la sanción de su código civil, el BGB en el año 1900. Según ella, para formar el consentimiento basta con que haya acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato aunque no exista sobre los secundarios.[36]

Esta última es la solución del nuevo código, que sigue la dirección del proyecto de 1998 y prescribe que el contrato se considerará perfeccionado si las partes han arribado a un acuerdo respecto de los "elementos esenciales particulares"; esos elementos, o bien surgen de la reglamentación típica de cada figura, o bien de la convención que las partes efectúen al encarar las negociaciones.

35. Santarelli, F. G. (2015), *op. cit*.

36. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., p. 111.

Capítulo 5

# Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas

# I. Introducción

El Código Civil y Comercial destina la Sección Segunda del Título II a los "Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas".

Para todos nosotros es evidente que la figura del contrato clásico, fundado en la igualdad de conocimientos entre las partes y fruto de su libre negociación, hoy aparece totalmente superada por las nuevas formas de contratación. Decimos *nuevas* y en verdad no lo son tanto: las condiciones generales de contratación como fenómeno del tráfico masivo de bienes son una consecuencia de la evolución técnica y económica posterior a la Revolución Industrial del siglo XIX.

Evidentemente la sofisticación del desarrollo industrial, y especialmente la aparición de la informática, han potenciado estas prácticas y llevado a que las legislaciones se deban ocupar de esta modalidad de contratación. La legislación comunitaria europea es en este sentido una referencia insoslayable, pues, a los beneficios que trajo de por sí la regulación de estos contratos, agregó la ventaja de unificar criterios en los distintos países que la integran con la lógica repercusión positiva para el tráfico de bienes.

En nuestro país, la primera referencia sobre el tema indudablemente nos lleva a la Ley Nº 24240, regulatoria del régimen del consumidor. También encontramos otras normas específicas que continúan vigentes, como la Ley Nº 20091 en materia de seguros, o bien la Ley Nº 22320 sobre capitalización

y ahorro previo. No había, sin embargo, una regulación específica sobre la materia como ocurre a partir del nuevo código.

## II. Definición del contrato por adhesión

Dispone el artículo 984 del Código Civil y Comercial: "El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

Resultan muy ilustrativas las distinciones que efectúa Diez-Picazo, para quien contratos por negociación son aquellos en que las partes debaten, discuten o, por lo menos, se encuentran en posición de debatir y discutir el contenido del que el futuro contrato ha de ser dotado. Son, en cambio, contratos por adhesión aquellos en que existe una previa pre-redacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, por medio de formularios, impresos, pólizas o modelos preestablecidos y a la otra solo le es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo.[1]

## III. Ámbito de aplicación de esta categoría contractual

Puede decirse que

> la modalidad de los "contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas" constituiría un "tercer género de contrato" –como sostiene un sector de la doctrina italiana– que se ubicaría a mitad de camino entre la "regla general", identificada con los "contratos discrecionales", "paritarios" o "negociados" (regulados principalmente por la autonomía de la voluntad, comprensiva de la libertad de celebrar un contrato y de configurar su contenido, con los límites impuestos por el orden público de "dirección" y de "coordinación" que intervienen para asegurar un consentimiento pleno (ausencia de error, dolo,

1. Díez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos del derecho civil patrimonial: tomo I.* Madrid: Civitas, p. 139, citado por Leiva Fernández, L. F. P. (2016). En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V.* Buenos Aires: La Ley, p. 170.

> violencia, fraude, lesión) y por la sociabilidad del contrato en el sentido de su compatibilidad con el funcionamiento colectivo (buena fe, abuso del derecho, etc.), y la otra "categoría especial" de los negocios contractuales constituida por los "contratos de consumo", caracterizados por la primacía de la búsqueda de la igualdad sobre la libertad y regidos particularmente por un orden público de "protección" con fundamento en el principio de defensa del consumidor de rango constitucional.[2]

Es verdaderamente trascendente entender que no necesariamente la existencia de un contrato por adhesión da lugar a que hablemos de un contrato de consumo: eso explica, en definitiva, la existencia de esta categoría. En este sentido, es absolutamente habitual que el régimen de adhesión tenga lugar también entre empresas (por ejemplo, para contratar un transporte de mercaderías o un seguro) que distan de presentar las condiciones de vulnerabilidad propias del consumidor constitucionalmente tutelado. La adhesión es en definitiva una caracterización de cómo tiene lugar el acto unilateral de aceptación que integra el consentimiento.

Con la presentación por parte de la comisión que elaboró el proyecto del Código Civil y Comercial se acompañaron sus *Fundamentos.* En ellos se explica que el sistema queda ordenado de la siguiente manera:

> a.- Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada. b.- Contratos celebrados por adhesión: cuando se demuestra que hay una adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen. c.- Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el Título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante.[3]

2. Esborraz, D. F. (2014). Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el Proyecto de Código Civil y Comercial (algunas reflexiones comparativas con el derecho italiano). *RCyS*, *2014-VII*, 15.

3. Lorenzetti, R. L., Highton de Nolasco, E. y Kemelmajer de Carlucci, A. (2015). *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado dehttp://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

## IV. Requisitos de eficacia de las cláusulas generales predispuestas

Dispone el artículo 985 del Código Civil y Comercial:

> Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes.
> La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.
> Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.
> La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.

Las cláusulas generales normalmente se redactan para ser utilizadas en todos los contratos de la misma especie. El ejemplo más claro se ve con los contratos de seguros: contienen disposiciones que son aplicadas a todos los contratos de la misma naturaleza, como por ejemplo de responsabilidad civil por accidentes de automotores. Su carácter de *predispuestas*, desde ya, se entiende desde que son determinadas unilateralmente por una de las partes.

Son requisitos exigibles a estas cláusulas para que sean válidas: a) ser comprensibles; b) ser autosuficientes; c) contener redacción clara; d) lucir completas y e) ser fácilmente inteligibles. Se penalizan, en cambio, con nulidad aquellas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente previa o simultáneamente a la celebración del contrato.

A estos requisitos se agrega la cuestión vinculada a la redacción y el idioma. Con buen criterio, la doctrina señala que la redacción canónica –sujeto, verbo y predicado en idioma español– es la indicada para lograr la fácil inteligibilidad requerida por la norma. A esto se agrega evitar la redacción en negativo, poner el sujeto al inicio de la frase y cerca del verbo.[4] Se trata de

4. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V.* Buenos Aires: La Ley, p. 177.

reglas básicas de redacción que, en verdad, deben acompañar todas las facetas del ejercicio profesional.

La sanción para aquellas cláusulas que infrinjan estas reglas es la nulidad parcial, prevista en el artículo 389 del Código Civil y Comercial.

## V. Cláusulas particulares

Prevé el artículo 986 del Código Civil y Comercial: "Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas".

Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas comprenden la negociación e inclusión de una cláusula particular que complementa aquellas generales que recién explicamos.

Puede ocurrir, en este contexto, que algún aspecto de la cláusula particular se contraponga con lo estipulado en las condiciones generales. En ese escenario, la solución del código es clara y surge del artículo 986: siempre prevalecerá la cláusula particular. La explicación para esta regla parece clara pues, sin valorar su contenido, la propia esencia de unas y otras hace prevalecer a aquella que en definitiva fue fruto de la negociación entre las partes.

## VI. Interpretación

El artículo 987 del Código Civil y Comercial dispone: "Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente".

La regla de interpretación contra el autor del contrato tipo o sometido a cláusulas predispuestas o condiciones generales, implica que cuando el contrato revela ambigüedad u oscuridad, debe ser entendido en favor del adherente a las condiciones predispuestas.[5]

5. Rivera, J. C. (2014). Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas. En J. C. Rivera y G. Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado:*

# VII. Cláusulas abusivas

## 1. Texto legal

Una de las novedades del Código Civil y Comercial es la de regular la presencia de este tipo de cláusulas en contratos que no sean de consumo. En efecto, la única previsión legal sobre el tema se encontraba en el todavía vigente artículo 37 de la Ley Nº 24240.

Dispone así el artículo 988 del código:

> En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

La solución legal se inclina por una fórmula abierta y evita así una enumeración taxativa a modo de *lista negra,* tal como prevén algunas legislaciones extranjeras. El método es en general compartido por la doctrina argentina y se encuentra largamente arraigado entre nosotros a partir del ya mencionado artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Veremos en detalle cada uno de los supuestos contemplados.

## 2. Cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente

Este tipo de cláusulas son aquellas que excluyen del plan prestacional la obligación esencial que caracteriza al contrato. Los ejemplos que la doctrina y la jurisprudencia señalan de este tipo de cláusulas son, por caso, aquellas que liberan al propietario del garaje de su obligación de custodia o bien al banco que ofrece el servicio de cajas de seguridad.[6]

*tomo III*. Buenos Aires: La Ley, p. 464.

6. Rivera, J. C. (2014), *op. cit.*, p. 466.

## 3. Cláusulas que importan renuncia o restricción de los derechos del adherente o amplían los derechos del predisponente que provienen de normas supletorias

Este tipo de cláusulas, comprendidas dentro del inciso b del artículo 988, aplica a todos aquellos supuestos en los que se actúa en agravamiento de las circunstancias del no predisponente. Por ejemplo, a través de la renuncia de defensas, de la imposición de una cláusula arbitral, de la restricción de los medios probatorios de los que podrá valerse en un hipotético juicio, de la prórroga de jurisdicción a un domicilio lejano del adherente, etc.[7]

## 4. Las cláusulas sorpresivas

En última instancia, el artículo 988 del código prevé el carácter abusivo de aquellas cláusulas que "por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles". Como explica la doctrina, el texto supone la apertura a la categoría de cláusulas sorpresivas largamente arraigada en el derecho comparado. Así, su incorporación es plausible por dos motivos centrales: a) es la culminación de un proceso con diferentes antecedentes nacionales que las preveían y nunca habían sido finalmente sancionados y b) constituye una pauta de descalificación éticamente irreprochable, desde que no se comprende de qué modo podría ingresar al contrato una cláusula inesperada y ser admitida judicialmente.[8]

Como dijimos, el tema de las cláusulas sorpresivas se encuentra largamente arraigado en el derecho comparado. Vale la pena destacar la previsión del artículo 2.1.20 de los principios Unidroit bajo el acápite "Cláusulas sorpresivas":

7. Leiva Fernández, L. F. P (2016), *op. cit*., p. 189.

8. Hernández, C. A. (2015). El contrato por adhesión en el Código Civil y Comercial de la Nación. En R. Stiglitz (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación: Contratos. *La Ley*, suplemento especial, pp. 59-60.

> (1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

En los comentarios de estos principios aparece bien definida la calificación de *sorpresiva* de una cláusula contractual:

> Lo sorpresivo o inesperado de una cláusula en particular incorporada a cláusulas estándar puede resultar, en primer lugar, del contenido mismo de dicha cláusula. Este sería el caso cuando una persona razonable de la misma condición que la parte adherente no hubiera podido esperar dicha estipulación dentro del tipo de cláusulas estándar de que se trate. Para determinar si una estipulación es inusual, debe tomarse en cuenta, por un lado, las estipulaciones regularmente utilizadas dentro del sector comercial de que se trate y, por el otro lado, las negociaciones individuales entabladas entre las partes. Por ejemplo, para determinar si una estipulación destinada a excluir o limitar la responsabilidad contractual del proponente es o no "sorpresiva", y por lo tanto carecer de efectos en un supuesto determinado, dependerá de si este tipo de estipulaciones son comunes en el ramo comercial de que se trate y si son coherentes con las negociaciones mantenidas por las partes.[9]

## 5. Control de las cláusulas abusivas

El artículo 989 del Código Civil y Comercial dispone, en lo pertinente, sobre el tema: "La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial…".

Normalmente este tipo de cláusulas reciben un control administrativo y uno judicial. El primero de ellos ocurre de manera previa a la contratación y muchas veces previsto por distintas normas. Sirve el ejemplo de los contratos de seguros a partir de las facultades otorgadas por las leyes Nº 20091 y 17418

9. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) (2004). Principios sobre los contratos comerciales internacionales. Roma: Unidroit. Recuperado de http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf

a la Superintendencia de Seguros de la Nación. Luego, sí, tiene lugar el control por parte de los jueces en el caso concreto que es sometido a su conocimiento.

Es importante destacar que el citado artículo 989 contempla una solución largamente arraigada entre nosotros: el control administrativo previo no impide que los jueces declaren abusiva esa cláusula ya *revisada* con anterioridad. Sirve nuevamente el ejemplo de los contratos de seguro de responsabilidad civil, donde la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil decretó a través del fallo plenario "Obarrio" que no es oponible a la víctima la franquicia preestablecida en los seguros de responsabilidad civil de transporte automotor, aun cuando haya sido previamente aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación.[10]

Cabe destacar, finalmente, que en el año 2016 la Ley Nº 27266 modificó el artículo 38 de la Ley de Defensa del Consumidor y dispuso la siguiente redacción:

> La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.
>
> Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir.
>
> Asimismo, deben entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite. En dichos locales se exhibirá un cartel en lugar visible con la siguiente leyenda: "Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que propone la empresa a suscribir al momento de la contratación.

10. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno (13/12/2006), "Obarrio, María Pía c/ Microomnibus Norte S.A. s/ daños y perjuicios".

## 6. La nulidad como sanción para las cláusulas abusivas

La sanción ante la presencia de una cláusula abusiva es su nulidad. La última parte del citado artículo 989 del código prevé: "Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad".

De la propia lectura del precepto legal se advierte que la solución en este punto difiere de la consagrada en el artículo 389 para el régimen general de nulidades. Allí se prevé:

> Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.

Es así que en materia de cláusulas abusivas, en cambio, el artículo 989 prescinde de la valoración de la separabilidad y requiere en todo caso la integración judicial si al invalidarse la cláusula abusiva el contrato quedase afectado en su finalidad. La inteligencia de la solución legal es, en todo caso, la subsistencia del contrato.[11]

11. Rivera, J. C. (2014), *op. cit*., p. 469.

Capítulo 6

# Tratativas contractuales

# I. El proceso de negociación

Ya determinamos en las páginas anteriores que el contrato se perfecciona con el consentimiento que tiene lugar, como regla, con la recepción de la aceptación de la oferta. Ese proceso en el normal devenir de la vida de todos nosotros suele producirse de la manera más simple: al realizar una compra en el supermercado, pagar en una cabina de peaje para acceder a la autopista o bien acceder a un medio de transporte público.

Sin embargo, en muchos otros supuestos el camino a transitar hasta que tenga lugar el consentimiento comienza a ser más arduo. Basta pensar por ejemplo en la celebración de un contrato de locación de un bien inmueble para establecer allí la vivienda familiar, que implica desde encontrar el lugar adecuado hasta cumplimentar las garantías que exija el locador, como así también las negociaciones que pueden preceder a la renovación de un contrato de ese tipo. El denominador común generalmente será el transcurso de algún período de tiempo, que será de menor o mayor extensión según el caso, durante el cual las partes negociarán y producirán acercamientos sobre las distintas cuestiones inherentes al contrato que piensan celebrar.

Luego, nos ubicamos en el escenario de acuerdos verdaderamente complejos donde las tratativas contractuales adquieren su real dimensión. Es habitual que en los contratos entre empresas que involucran transferencias de tecnología, licencias de marcas o patentes, transferencias de paquetes accionarios,

contratos para la construcción de grandes obras, las partes negocien durante un considerable lapso de tiempo hasta arribar finalmente al consentimiento. Ese período durante el cual las partes negocian, antes del perfeccionamiento del contrato, es el que se denomina *tratativas precontractuales* y que el código regula a partir de su artículo 990.

Estas tratativas preliminares formarán parte de la etapa precontractual, pero de ninguna manera serán indiferentes. Si el contrato finalmente se celebra, servirán como una pauta interpretativa de ese negocio jurídico. En cambio, si luego ocurre que ese acuerdo se frustra y el contrato no se celebra, podrán generar responsabilidad civil por la actuación de cada parte en esa instancia previa en función de los daños causados a la otra.

## II. Origen y escenario actual de la responsabilidad precontractual

El tema relativo a las tratativas contractuales y la eventual responsabilidad civil derivada de ellas no estaba específicamente regulado en el Código Civil de Vélez Sarsfield, aunque sí largamente desarrollado por la doctrina.

Cuando en el año 1860, Rudolph Von Ihering publicó su obra *De la culpa* in contrahendo *o de los daños e intereses en las convenciones nulas o que quedaron imperfectas* buscaba la solución para determinar qué régimen de responsabilidad se aplicaba al resarcimiento derivado de la nulidad de un contrato. El interrogante pasaba por concluir que el contrato declarado nulo ya no existía y por ende no podía ser considerado causa fuente de responsabilidad.[1]

Ese tema, sin embargo, nunca fue un problema para la regulación nacional, pues desde la sanción del Código Civil estaban claramente previstas las reglas a seguir en caso de nulidad de actos jurídicos. De modo que la cuestión hoy pasa por determinar si existe responsabilidad precontractual, y en qué supuestos, a consecuencia de la ruptura de las negociaciones que podrían haber concluido en la celebración de un contrato. Por añadidura, discernir quién

1. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Tratativas contractuales. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 201.

debe cargar con el pago de los gastos realizados y daños sufridos durante la negociación del contrato que finalmente no se celebró.

## III. La libertad de contratar o no hacerlo

El sistema de responsabilidad precontractual se funda en la premisa básica de la existencia de libertad para contratar o no hacerlo. Su explicación no es ni más ni menos que la letra constitucional del artículo 19: "ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Luego, a nivel legal, el artículo 958 del Código Civil y Comercial recepta esa misma idea al decir que las partes "son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres".

Sin embargo, de ninguna manera debe caerse en el error de afirmar que la libertad para no contratar puede derivar en que nunca exista responsabilidad civil por la decisión final de no celebrar un contrato que se estuvo negociando.

De modo que las tratativas precontractuales no conducen necesariamente a la celebración del contrato, pero si se quiebran, deben concluir con buena fe, tal como expresamente lo requiere el artículo 991 del código:

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

## IV. Las tratativas precontractuales

La tratativa precontractual puede ser definida como todo acto voluntario lícito realizado por alguna de las partes de un contrato futuro que está encaminado a su celebración. Son en definitiva aquellos actos que preceden a la formación de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad. Por el marco que hasta aquí explicamos, es claro el porqué de la ubicación de estas tratativas dentro de la categoría de simples actos voluntarios lícitos y no de

actos jurídicos: las meras conversaciones, e incluso las negociaciones, carecen del fin directo de producir efectos jurídicos.[2]

En la doctrina se ha recurrido al concepto francés de *pourparler*, que en definitiva puede ser traducido como una charla o conversación informal. En la negociación este concepto no necesariamente se circunscribe al medio oral sino que abarca fundamentalmente intercambio de correos electrónicos, mensajes, papeles de trabajo, etc.

Como lo explica Messineo, es claro que las negociaciones no son vinculantes en el sentido de que el resultado de ellas no es todavía el contrato sino un esquema meramente hipotético que llegará a serlo únicamente en caso de que sobre cada una de sus partes se produzca el consentimiento. Pero también es claro que las negociaciones *obligan en otro sentido:* esto es que, cuando han llegado a tal punto que permitan prever que el contrato debería poder formalizarse y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo, la contraparte tendrá derecho al resarcimiento por el daño al interés contractual negativo.[3] Se tratará de probar en definitiva que, en función de la confianza inspirada en el estado de las negociaciones, el damnificado incurrió en gastos que no hubiera hecho en caso de prever que el contrato finalmente no concluiría.

## V. Deberes de conducta durante las tratativas precontractuales

El contacto social que tiene lugar entre quienes proyectan ser partes de un futuro contrato genera deberes de conducta que emergen de los propios principios generales del derecho. Encontramos entonces allí el *neminem laedere* (art. 1710 del Código Civil y Comercial), el principio de buena fe (art. 9), así como el no abuso del derecho (art. 10) ni de la posición dominante (art. 11), entre otros.

2. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 205.

3. Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato: tomo I.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), p. 309.

Estos grandes principios se traducen en deberes específicos de conducta según cada contrato en particular, y no impiden la existencia de otros distintos según proyecte cada relación jurídica en particular.

## 1. Deber de cooperación

El deber de cooperación se traduce en colaborar con la otra parte en todas aquellas cuestiones, procedimientos y detalles que hacen al proceso de negociación y que se orientan a procurar arribar al acuerdo final. Sin duda que su manifestación más clara la constituye la obligación de comunicar e informar, pero también es cierto que el deber de cooperación trasciende esas fronteras y comprende un espectro más amplio. Así, por ejemplo, abarca la obligación de evitar que la otra parte realice gastos innecesarios durante el proceso de negociación.[4]

En definitiva, el deber de cooperación, como toda negociación colaborativa, implica asumir conductas activas frente a la otra parte de la negociación.

## 2. Deber de información

El deber de comunicación e información es una especial manifestación del deber de buena fe que el ordenamiento jurídico impone a quienes entablan una negociación tendiente a celebrar un contrato.

Este principio implica la obligación de dar a la contraparte en la tratativa la información relevante que se conozca sobre el objeto del contrato. En suma, se trata de brindar la información necesaria, relevante y clara para que la otra parte pueda tomar una decisión adecuada a sus intereses.

Tal como destaca la doctrina, la cuestión de la obligación de informar a la contraparte es una de las más antiguas del derecho de los contratos, pues se discute su existencia y alcance nada menos que desde Cicerón. Este filósofo plantea en su *Tratado de los Deberes* el caso de un comerciante de Alejandría que envía un cargamento de granos que llega a Rodas, por entonces sumida en una gran

4. Rovira, A. L. (2015). Tratativas preliminares al contrato y ruptura en el nuevo Código. *La Ley, 2015-C*, 906.

penuria de alimentos. En Rodas, el precio del cereal era excesivamente elevado debido a la escasez, de modo que el conflicto moral a resolver radicaba en determinar si el comerciante alejandrino estaba o no obligado a revelar que detrás de su barco venían otros que él mismo había visto zarpar. Las respuestas a lo largo de los siglos fueron variadas, pues algunos consideraron que efectivamente debía el comerciante dar toda la información, mientras que otros, entre los que se incluye nada menos que Santo Tomás de Aquino, sostuvieron que era legítimo guardar silencio, pues solo existía la obligación de revelar lo que constituyera un vicio oculto que pudiera dañar al comprador.[5]

Varios siglos después, la jurisprudencia de los Estados Unidos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema en un famoso caso para la literatura jurídica: "Laidlaw v. Organ".[6] Un vendedor de tabaco se negó a cumplir un contrato de venta con fundamento en que el comprador gozaba de una información determinante para modificar el precio de la mercadería: nada menos que el fin de la guerra con Inglaterra. El máximo tribunal estadounidense, con voto del renombrado juez Marshall, respaldó en general la postura del comprador y afirmó que la parte no tiene la obligación de revelar información extrínseca al contrato cuando los medios para adquirirla son igualmente accesibles para ambos.[7]

En definitiva, en el estado actual de la materia, el deber de colaborar implica proporcionar la información sobre todos los aspectos conducentes a la celebración del contrato, tales como la experiencia del precontratante, las obras realizadas o su presencia en el mercado. De igual modo, abarca también todo aquello vinculado a las garantías que ofrece, el servicio posventa, etc. Por otro lado, también alcanza a lo que específicamente se refiere al producto en sí, que será objeto de ese contrato, tal como ocurre con el material que lo compone.

No puede pasarse por alto, finalmente, que hay una serie de contratos donde este deber de información adquiere en el período precontractual una relevancia verdaderamente suprema. Nos referimos lógicamente a los contratos

5. Rivera, J. C., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017). *Contratos. Parte general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 180 y su cita a Manuel Conthe.

6. United States Supreme Court (15/03/1817). "Laidlaw v. Organ".

7. Rivera, J. C., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017), *op. cit*., p. 180.

de consumo, sobre los cuales nada menos que el artículo 42 de la Constitución Nacional se encarga de tutelar el derecho a *una información adecuada y veraz* para el consumidor. Además, el artículo 4 de la Ley Nº 24240 de Defensa del Consumidor establece que

> el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.

Lo propio hace también el artículo 1100 del Código Civil y Comercial al disponer que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato.

## 3. Deber de custodia

Este deber no se encuentra específicamente previsto en el Código Civil y Comercial pero emerge del principio de buena fe contemplado en su artículo 991. Esta obligación tiene que ver con que una de las partes envíe a la otra alguna cosa a fin de que la examine o pruebe: a partir de ese momento surgirá el deber de custodia. Se ha dicho que, a pesar de no haber contrato alguno, la obligación del receptor se juzgará, en esos casos, bajo las reglas del contrato de depósito.[8]

## 4. Deber de buena fe

El deber de buena fe se halla expresamente consagrado en el artículo 991 del Código Civil y Comercial, al que ya hicimos referencia, de la siguiente manera:

> Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El in-

8. Rovira, A. L. (2015), *op. cit.*

> cumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.

Este artículo agrupa a todos los supuestos de responsabilidad precontractual que tengan un factor de atribución subjetivo. Se excluye así, por ejemplo, el artículo 976 que abarca a los gastos efectuados por el aceptante con desconocimiento de la muerte o incapacidad del oferente.

## 5. Deber de confidencialidad

El deber de información exigido a las partes durante la etapa de negociación trae consigo una obvia consecuencia: la obligación de protegerla y no divulgarla, sobre todo cuando pueda llegar a afectar los derechos de aquel que informó.

Este deber cobra además especial relevancia en muchos contratos donde el objeto es casi únicamente información: el llamado *know how.* Lo habitual allí, al igual que en muchos otros casos, es que se establezcan precisos pactos de confidencialidad al inicio de las negociaciones. En cualquier caso, en ausencia de acuerdo sobre el punto, regirán las reglas del citado artículo 992.

Una ley especial, más allá de las disposiciones del código mencionadas, se encarga de regular el citado deber de confidencialidad. Lógicamente que esto no hace más que remarcar su trascendencia. Se trata de la Ley de Confidencialidad que lleva el número 24766 y que en su artículo 3 prevé que toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios tenga acceso a una información considerada secreta, que tenga un valor comercial y haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta, debe abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada o sin el consentimiento del usuario autorizado.

A esos fines, prevé el artículo 1 de la citada Ley Nº 24766:

> Las personas físicas o jurídicas podrán impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, mientras dicha información reúna las siguientes condiciones:

> a) A, sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración, reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y c) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla, secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.
> Se considerará que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o no, por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas.

Vale destacar finalmente en cuanto a este deber, aunque en puridad no se refiera a las negociaciones preliminares, que mantendrá idéntica trascendencia en lo que hace a la llamada etapa *poscontractual*. Así, si un ingeniero durante el desarrollo de una actividad laboral –no importa bajo qué figura contractual ni tampoco si lo hace en relación de dependencia– tomó conocimiento por su empleador de un proceso industrial, y luego de concluida su relación contractual pone ese conocimiento al servicio de un competidor, debe ser condenado a responder por daños.[9]

## VI. Presupuestos de la responsabilidad precontractual

A modo de síntesis, diremos que no hay responsabilidad precontractual sin la presencia de los cuatro presupuestos básicos de la responsabilidad civil. A saber: a) antijuridicidad; b) factor de atribución; c) daño y d) nexo de causalidad adecuada.

### 1. Antijuridicidad

Según el artículo 1717 del Código Civil y Comercial *cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.* En-

9. Boffi Boggero, L. M. (1981). *Tratado de las obligaciones: tomo V.* Buenos Aires; Astrea, pp. 392-394.

tendemos por acción el comportamiento humano, comisivo u omisivo, que provoca un resultado en el mundo exterior. Esta antijuridicidad debe ser valorada con una perspectiva de *unidad*,lo cual determina que una conducta que viola determinado precepto legal es antijurídica si no encuentra una causa de justificación en otra norma.[10]

Con lo cual, y con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, basta simplemente que una persona sufra un daño (sea o no patrimonial) para que exista antijuridicidad por parte de quien lo produjo, en tanto y en cuanto su conducta no se encuentre justificada.

A modo de sistematización creemos que es útil, tal como lo hace buena parte de la doctrina, fijar sus caracteres. Así, según explicaremos luego en forma breve, diremos que la antijuridicidad es objetiva, sustancial, única y atípica.

(i) Objetiva:

Para uno de los criterios, prácticamente superado, la noción de antijuridicidad necesariamente implica subjetividad porque exige voluntariedad y culpabilidad. Así, los actos ilícitos son una clase de actos voluntarios, por oposición a los voluntarios lícitos, y no sería posible hablar de un obrar antijurídico de inimputables. Boffi Boggero explica esta tendencia bajo el nombre "doctrina de la predominancia de la culpa".[11]

La tesis moderna, en cambio, concibe la antijuridicidad como una noción objetiva referida a la acción y, por eso, independiente de la voluntariedad del agente. El centro de interés de este presupuesto no se apoya entonces en la desobediencia de un precepto jurídico, sino en la nocividad de su conducta a raíz de los efectos desfavorables. Se desaprueba el hecho, aunque eventualmente no se reproche a su autor. El juicio de desvalor apunta a la acción y no al agente. Como lo afirman, entre otros, Orgaz y Alterini: puede haber ilicitud con o sin culpa.[12]

10. Pizarro, R. D. (2015). *Tratado de la responsabilidad objetiva: volumen 1*. Buenos Aires: La Ley, pp. 120-121.

11. Boffi Boggero, L. M. (1981), *op. cit*., pp. 359 y ss.

12. Zavala de González, M. (2015). *La responsabilidad civil en el nuevo código*: *tomo I*. Córdoba: Alveroni Ediciones, pp. 393-394.

(ii) Sustancial:

La antijuridicidad es sustancial. Como explica Zavala de González, no se decide por oposición de la conducta con un precepto determinado, sino atendiendo a la totalidad del ordenamiento, integrado no solo por normas, sino también por valores y principios.[13]

De allí que, en el ámbito de la responsabilidad civil, la antijuridicidad no se agota en la ilegalidad. Lo expuesto es evidente por ejemplo en el abuso al ejercer derechos: una persona puede activar sus prerrogativas dentro de límites legales y, aun así, contravenir el contenido axiológico del ordenamiento jurídico (art. 10 del Código Civil y Comercial). Esto se explica porque el sistema vigente se encuentra cimentado sobre el propio preámbulo constitucional que destaca como objetivo de toda la comunidad el de *afianzar la justicia*. Por esa razón, el presupuesto que aquí comentamos no se agota con la violación de una prohibición prevista de antemano por el legislador sino en los términos de amplitud que fueron hasta aquí explicados.

(iii) Única:

Coincidimos en que el ordenamiento jurídico es uno solo: *el hecho es antijurídico para todo el derecho*. No hay ilicitud penal, civil, laboral o administrativa, sino lisa y llana ilicitud. No es posible fragmentar la antijuridicidad pues, según el principio de no contradicción, no se permite en un sector lo vedado en otro.

Lo expuesto no obsta condicionar los efectos jurídicos a presupuestos específicos según el sector de que se trate; así sucede con el requisito de ley previa para la responsabilidad penal, o la causación de un daño para la resarcitoria. De allí que, con total claridad, un hecho antijurídico puede producir consecuencias en alguna rama y no en otras.[14]

(iv) Atípica:

La atipicidad es un carácter exclusivo de la antijuridicidad como presupuesto de responsabilidad por daños. Mientras que en el derecho penal impera el recaudo de la tipicidad, porque solo se reprimen las conductas descriptas como ilícitas por la ley, la responsabilidad resarcitoria surge por transgredir la prohibición genérica de perjudicar injustificadamente a otro.

13. Zavala de González, M. (2015), *op. cit.*, pp. 398-400.

14. *Ibíd.*, pp. 400-401.

## 2. Factor de atribución

El factor de atribución es el *elemento axiológico* o bien *valorativo* en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito a una determinada persona.[15] De allí que la necesidad de un factor de atribución constituye uno de los principios fundamentales del derecho de daños. El artículo 1721 del nuevo código lo define de esta manera: "la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos".

Los factores subjetivos de atribución son la culpa y el dolo. El primero de ellos, la culpa, es además la *norma de cierre* de nuestro sistema de responsabilidad civil tal como expresamente prevé en su parte final el citado artículo 1721. Requiere además necesariamente de la presencia de un acto que califique como voluntario, esto es, con discernimiento, intención y libertad. Es el propio artículo 1724 el que define la culpa como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. El dolo, por su parte, se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Es imprescindible en el ámbito de la responsabilidad precontractual la presencia de un factor de atribución subjetivo por parte de quien interrumpe las expectativas de celebración del negocio jurídico. La conducta imputable es, entonces, el quiebre repentino e injustificado de las expectativas.

Vale destacar el importante aporte que hace el profesor Julio C. Rivera sobre la imputación de responsabilidad precontractual en función de la ruptura injustificada. El acento recae justamente en el término *injustificadamente* que adopta el artículo 991 del código, pues a criterio de este autor muchas veces la decisión de interrumpir las negociaciones puede no ser objetivamente justa, pero sí serlo para aquel que simplemente dejó de tener interés en el negocio porque apareció una mejor opción, porque tiene la intuición de que el negocio no funcionará, o por cualquier otra razón que pueda ocurrir en el mundo de los negocios. En concreto, propone que el acento no debe ponerse en la

15. Pizarro, R. D. (2006). *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa. Contractual y Extracontractual: tomo I.* Buenos Aires: La Ley, pp. 11 y ss.

presencia o ausencia de una razón que justifique la ruptura sino en verdad en la mala fe con que ocurre la interrupción.[16]

Tal es la fórmula que, en definitiva, propone el artículo 2.1.15 de los principios Unidroit y que presupone una mayor flexibilidad para su valoración:

> Negociaciones de mala fe: (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

## 3. Daño

La doctrina elaborada sobre el viejo artículo 1068 del Código Civil permite concluir que, para nuestro derecho, existe daño siempre que se cause a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. Para que el daño sea resarcible ha de ser cierto y no eventual o hipotético, esto es, real y efectivo. Debe haber certidumbre en cuanto al daño actual, o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, de que el mismo llegue a producirse como previsible prolongación o agravación de un perjuicio en alguna medida ya existente; en el supuesto de daño futuro no es indemnizable el daño puramente hipotético, que no puede dar lugar a indemnización sin riesgo de que esta represente un enriquecimiento sin causa si en definitiva la eventualidad no tiene lugar.[17]

El nuevo texto legal, por su parte, regula la cuestión en los artículos 1737, 1738 y 1741. Las tres normas requieren una interpretación integral y con-

16. Rivera, J., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017), *op. cit*., p. 172.

17. Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. A. (dirs.) (2003). *Código Civil: doctrina, jurisprudencia, bibliografía: responsabilidad civil parte general artículos 1066 a 1136.* Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 34 y citas allí indicadas.

textualizada y distinguen entre daño (art. 1737) y la indemnización de sus consecuencias (arts. 1738 y 1741).[18]

Dispone el artículo 1737: "Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva".Se trata de una fórmula que, por su amplitud, se proyecta hacia todas las facetas de la responsabilidad civil: la preventiva, la resarcitoria y la punitiva.

Por su parte, el artículo 1738 prevé:

> Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Tal como lo señala Pizarro, el nuevo texto legal atribuye un significado específico a la expresión *daño* al considerarlo como elemento o presupuesto de la responsabilidad civil: se trata del renombrado *daño resarcible*. En este caso, el daño resarcible ya no se identifica con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es presupuesto de aquel, sino que es la *consecuencia* perjudicial o menoscabo *que se desprende de la aludida lesión*. Entre esta y aquel hay una relación de causa a efecto: el daño resarcible es esto último.[19] La noción del daño extrapatrimonial o moral contenida en el artículo 1741 complementa este concepto.

La dificultad interpretativa se presenta en la medida que el artículo 991 del Código Civil y Comercial no se encarga de especificar qué daño es reparable en el marco de la responsabilidad precontractual. El proyecto de 1998, base en muchos aspectos del actual código, se encargaba de aclarar con precisión que

18. Pueden leerse críticas valiosas a la técnica empleada por el código en este tema en Bueres, A. J. (2013). La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. *RCyS*, 11-12 y también en Pizarro, R. D. (2015), *op. cit*., pp. 157 y ss.

19. Pizarro, R. D. (2015), *op. cit*., pp. 158 -159.

únicamente se reparaba *el daño al interés negativo.* De hecho, tal es la solución que pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia sostienen desde hace décadas.

Creemos, sin embargo, que la solución se encuentra fácilmente en el plano de la causalidad. No es entonces necesario que el código se encargue de limitar *ex ante* que únicamente se reparará el daño al interés negativo y eventualmente el daño no patrimonial derivado de la ruptura. Esa conclusión se extrae, en definitiva, de que son *esos* y no otros los únicos daños que por definición pueden estar vinculados causalmente de manera adecuada con la conducta reprochada a quien interrumpió intempestivamente una negociación.

De modo que se extenderá la reparación a los gastos incurridos (a título de daño emergente), a un negocio que se avizoraba como una posibilidad concreta que fue dejada de lado en mérito de las negociaciones finalmente frustradas (a título de pérdida de chance) y, eventualmente, de encontrarse acreditado, a la reparación de las consecuencias no patrimoniales.

## 4. Factor de atribución

El marco de este capítulo lógicamente no permite abordar las distintas teorías elaboradas a lo largo de los siglos relativas a este tema de amplio debate en todas las ramas del derecho. Vale destacar, a título ilustrativo, la teoría de la equivalencia de las condiciones atribuida a John Stuart Mill, la teoría de la causa próxima, cuyo origen se debe al filósofo Francis Bacon o las famosas teorías alemanas de la condición preponderante y la condición eficiente.[20]

Nuestra doctrina y jurisprudencia admiten pacíficamente que la teoría de la causalidad adecuada era la que mejor se adaptaba al Código Civil derogado. Tal conclusión se vio fortalecida luego de la reforma que introdujo la Ley Nº 17711 al artículo 906. El Código Civil y Comercial, en tanto, consagra esta teoría de forma inequívoca con la redacción del artículo 1726: "Son reparables las consecuencias dañosas que tienen un nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles".

20. Recomendamos para este tema: Goldenberg, I. H. (1984). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil.* Buenos Aires: Astrea.

La causalidad adecuada está, de esta forma, estrechamente ligada a la idea de regularidad, al curso normal y habitual de las cosas según la experiencia de la vida, a lo que normalmente acostumbra a suceder. En este orden de ideas, podemos decir que la relación de causalidad adecuada jurídicamente relevante es la que existe entre el daño y el antecedente que lo produce normalmente, conforme con el curso natural y ordinario de las cosas, pues no todas las condiciones son equivalentes, sino la que, entre todas las que concurren, ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado.

Así es que para determinar la causa del daño se debe hacer *ex post facto* un juicio o cálculo de probabilidad. Con lo cual, prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente, será dicha acción u omisión adecuada al daño sufrido.[21] Si en cambio no puede trazarse una relación causal, el damnificado deberá soportar el perjuicio sufrido, pues no puede obtener resarcimiento de quien no se halla unido al daño por un nexo adecuado de causalidad. La imputación causal debe ser claramente establecida y no puede quedar sujeta a dubitaciones o conjeturas.

Cabe efectuar además una distinción que suele llevar a errores interpretativos, y es la existente entre causalidad y culpabilidad. Es que si bien ambas se asientan sobre el concepto común de previsibilidad, la diferencia entre ellas radica en su apreciación: en la causalidad se debe hacer el examen en abstracto, según las normales consecuencias del hecho, mientras que en la culpabilidad se lleva a cabo en concreto y teniendo en miras al autor del hecho.[22]

Conviene destacar, finalmente, un criterio de valoración de suma importancia en materia de responsabilidad precontractual: es que nuestro Código Civil y Comercial, al igual que lo hacía su antecesor en el artículo 902, toma en cuenta en su artículo 1725 aquellos supuestos en los cuales la previsibilidad

21. Trigo Represas, F. A. y López Mesa, M. J. (2011). *Tratado de la responsabilidad civil: tomo VI*. Buenos Aires: La Ley, p. 440 y sus citas.

22. Ver en este sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C (20/2/2014), "Barainca Silvia y otro c/ PAMI Instituto Nac. de Serv. Soc. Para Jubilados y Pensionados y otros s/ daños y perjuicios" (expte. nº 16.625/2011), primer voto del Dr. Álvarez Juliá.

del agente es superior a la habitualmente exigida. Dice textualmente el artículo citado: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con cuidado y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias". En definitiva, la teoría de la causalidad adecuada considera a las condiciones en abstracto y selecciona como causa a aquella que, además de ser condición necesaria, tiene aptitud para generar el resultado según las reglas habituales de experiencia.

## VII. Documentación precontractual

Las cartas de intención son comunes en los negocios de cierta complejidad y en aquellos en los que los procesos de negociación son prolongados. Como apunta Rivera, resulta difícil caracterizarlos, pues pueden tener contenidos sumamente variados, desde la mera expresión de las partes de estar en diálogo para evaluar la posible celebración de un contrato, hasta el establecimiento de bases para las negociaciones: personas habilitadas para llevarlas a cabo, información suministrada o a suministrar, pactos de confidencialidad, plazos o etapas, etc.[23]

Dice sobre el tema el artículo 993:

> Los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos.

Queda claro, entonces, que estas cartas no tienen como regla general fuerza obligatoria y, de hecho, así lo remarca normalmente el código, incluso a riesgo de sobreabundar, dada la previsión legal al respecto. Sin embargo, en muchas ocasiones son también un elemento de suma importancia a fin de valorar la configuración de responsabilidad precontractual.

23. Rivera, J. C. Tratativas contractuales. En J. C. Rivera y G. Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tomo III*. Buenos Aires: La Ley, pp. 477-478.

Capítulo 7

# Contratos preliminares

# I. Concepto

El contrato preliminar ha recibido variadas denominaciones en la doctrina: antecontrato, precontrato, contrato de primer grado, contrato preparatorio, promesa de contrato, *pactum de contrahendo,* etc.[1] Tal como leemos en su artículo 994, el Código Civil y Comercial ha optado por la denominación de *contrato preliminar* y en ese género encontraremos la promesa de celebrar un contrato y al contrato de opción.

El citado artículo 994 del Código Civil y Comercial prevé:

> los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo. El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.

Scognamiglio sostiene que hay contrato preliminar

> cuando ambas partes o una de ellas (según que se trate, respectivamente, de un contrato preliminar bilateral o unilateral) se obligan a estipular luego un contrato, que por contraste se suele llamar definitivo. En este caso los estipulantes se comprometen irrevocablemente desde un comienzo a la celebración

1. Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato: tomo 1*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), p. 354.

> de un contrato futuro, cuyo contenido debe ser determinado en el contrato preliminar. Esta circunstancia explica la perplejidad de la doctrina sobre la posibilidad y oportunidad de distinguir entre el contrato preliminar y el definitivo, siendo así que desde el primer momento existe el acuerdo sobre el contenido esencial, cosa que es suficiente para la celebración del contrato y que constituye la más grave dificultad de la figura".[2]

No hay razón para el desdoblamiento entre el contrato preliminar y el definitivo para este autor pues, en definitiva, el contenido en ambos casos es idéntico.

Cualquier tipo contractual es susceptible de contrataciones preliminares aunque su uso más frecuente, como apunta Messineo con vigencia actual, se encuentra en los contratos traslativos de propiedad.[3]

Cabe la referencia en particular al llamado boleto de compraventa que cuenta con su regulación propia en los artículos 1018, 1170 y 1171 del Código Civil y Comercial. Se lo distingue así del contrato de cumplimiento o de segundo grado que tendrá lugar con el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio del inmueble, el pago del precio, la tradición y la inscripción registral, a fin de otorgarle publicidad frente a terceros.[4] Claro que mucho se ha discutido, todavía hasta el día de hoy, en orden a cuál es la verdadera naturaleza jurídica del boleto de compraventa. En cualquier caso, la ventaja práctica radica obviamente en que el contrato preliminar no está sujeto a cumplir las mismas formalidades que el contrato futuro debe satisfacer.

Josserand proporciona tres ejemplos de utilidades para los contratos preliminares que han tenido gran aceptación en la doctrina: a) una persona tiene necesidad urgente de un terreno o de un local que desea adquirir y que corre el riesgo que se le escape si espera demasiado, pero no tiene actualmente fondos necesarios para su adquisición; si obtiene del propietario actual una promesa de venta, conciliará dicha contradicción y sus recursos y les dará

2. Scognamiglio, R. (1996). *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 116, citado por Leiva Fernández, L. F. P. (2016). En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 239.

3. Messineo, F. (1952), *op. cit.*, p. 354.

4. Spota, A. G. (1975). *Instituciones de derecho civil. Contratos: volumen II*. Buenos Aires: Depalma, pp. 9-12.

plena seguridad para el futuro; b) o bien, supone que el futuro adquirente no quisiera cerrar el trato sin conocimiento de causa, teme que la casa o el departamento presenten inconvenientes que se habrán de revelar con su uso, por lo que comienza un arrendamiento con una promesa de venta que decidirá si utiliza luego de su experiencia en el lugar; o c) se puede suponer igualmente que la decisión del candidato vinculada a la adquisición esté subordinada a un acontecimiento futuro o incierto, como un matrimonio, y con ese fin será de suma utilidad un contrato de promesa de venta.[5]

Otro ejemplo recurrente sobre su utilidad se explica de la siguiente manera: un especulador puede, en previsión de un alza de precios o en aprovechamiento de una buena oportunidad, fijar mediante un contrato preliminar el precio de un inmueble y, mientras tanto, intentar su venta a través de otro contrato preliminar por un precio superior. Además de la obvia ventaja del precio, obtendrá también la de evitar el doble traspaso de dominio con los gastos que ello implica.[6]

Cabe agregar que si bien el contrato preliminar puede estar referido a cualquier tipo contractual, el contenido de las prestaciones que de él nacen siempre serán de hacer. No hay contrato preliminar cuya prestación sea de dar o de no hacer.

Por último, se señala que el propio artículo 994, al que antes hicimos referencia, contempla una limitación temporal a este tipo de contratos: su vigencia será de un año, o el menor que convengan las partes, quienes podrán renovarlo al momento de su vencimiento.

## II. Promesa de celebrar un contrato

La promesa de celebrar un contrato futuro está prevista en el artículo 995 del Código Civil y Comercial: "Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los

5. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Contratos preliminares. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 241 y su cita a Josserand, L. (1951). *Derecho civil: tomo II*. Buenos Aires: EJEA-Bosch y Cía, p. 48.

6. Messineo, F. (1952), *op. cit*., p. 358.

cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer".

No cualquier contrato definitivo puede ser objeto de una promesa de contrato, tal como el propio texto del artículo 995 se encarga de aclarar: quedan fuera de esta posibilidad todos aquellos que exigen una forma determinada bajo sanción de nulidad. De modo que quedan excluidas de esta modalidad las donaciones de inmuebles, de cosas muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias en las cuales el artículo 1552 exige la forma bajo pena de nulidad.

## III. Contrato de opción

El artículo 996 del Código Civil y Comercial dispone lo siguiente:

> el contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Puede ser gratuito u oneroso, y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo. No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipule.

Bajo estas premisas, diremos que el contrato de opción es aquella especie de contrato preliminar por el cual una de las partes se obliga a la celebración de un contrato futuro si la otra parte manifiesta su voluntad de perfeccionarlo.[7]

El contrato de opción debe cumplimentar idénticas formalidades que las exigidas para el contrato definitivo. Además, el ejercicio de la opción es irrevocable.

Cabe agregar finalmente que la opción regulada en el artículo 996 como regla no es transmisible a terceros, salvo que específicamente las partes convengan lo contrario. A esos efectos, debe tenerse presente que no tendrán tal calidad aquellos terceros que continúen los derechos de alguna de las partes a título universal, como un heredero. Esa solución se extiende a las personas jurídicas en los casos, por ejemplo, de fusión, según prevén los artículos 82 y ss. de la Ley Nº 19550.

7. Mosset Iturraspe, J. (2005). *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 229.

Capítulo 8

# Pacto de preferencia y contrato sujeto a conformidad

# I. Pacto de preferencia

## 1. Noción y texto legal

El artículo 997 del Código Civil y Comercial regula el pacto de preferencia de la siguiente manera:

> El pacto de preferencia genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra o las otras partes. Si se trata de participaciones sociales de cualquier naturaleza, de condominio, de partes en contratos asociativos o similares, el pacto puede ser recíproco. Los derechos y obligaciones derivados de este pacto son transmisibles a terceros con las modalidades que se estipulen.

La regulación en el código derogado se encontraba en los artículos 1368, 1392 y 1393 destinados a la regulación del contrato de compraventa y, por esa razón, las definiciones en el ámbito de la doctrina se dieron inicialmente acotadas a ese escenario. Rezzónico, en esa línea, propone la siguiente definición:

> Pacto de preferencia es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, teniendo el vendedor preferencia sobre cual-

> quier otro, a igualdad de precio y ventajas que ofreciere otro interesado, en caso de querer el comprador venderla o darla en pago.[1]

López de Zavalía sostuvo ya que el pacto de preferencia excedía el ámbito exclusivo del contrato de compraventa y lo definió en estos términos:

> el pacto de preferencia es una variedad del pacto de prelación, y éste no es otra cosa que un contrato con fisonomía propia, en cuya virtud el promitente, con relación a uno o más contratos previstos, se obliga, para el caso de estar dispuesto a celebrarlo con un tercero, a concluirlo, en cambio, con el estipulante con el mismo contenido (salvo las variantes previstas), si así éste lo decidiera.[2]

Es claro en la regulación actual que el pacto de preferencia excede con creces el contrato de compraventa. Bajo estas pautas, Leiva Fernández propone definirlo de esta manera:

> Contrato de preferencia es aquel por el cual, unilateral o recíprocamente, una parte determinada otorgante, se obliga frente a otra denominada beneficiario, a que en caso de celebrar un contrato determinado con un objeto también determinado, lo preferirá respecto de cualquier oferente en igualdad de precio y ventajas, cuyos términos le comunicará.[3]

## 2. Preferencias recíprocas

El código autoriza las preferencias recíprocas cuando se trata de negocios de caracteres asociativos, como la sociedad propiamente dicha, los contratos de colaboración empresaria y los condominios.

1. Rezzónico, L. M. (1958). *Estudio de los contratos en nuestro Código Civil: tomo I*. Buenos Aires: Depalma, pp. 311-312.

2. López de Zavalía, F. J. (1997). *Teoría de los contratos: tomo II*. Buenos Aires: Zavalía, p. 246.

3. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Pacto de preferencia y contrato sujeto a conformidad. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 259.

## 3. Efectos y transmisibilidad

Aclara con buen tino el artículo 997 que el pacto de preferencia genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes. Asimismo, el código toma como norma general la posibilidad de transmitir a terceros el pacto de preferencia, aunque lógicamente acotado a todas aquellas modalidades que las propias partes hayan oportunamente establecido.

## 4. Ejercicio de la opción

Dispone el artículo 998:

> El otorgante de la preferencia debe dirigir a su o sus beneficiarios una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar el nuevo contrato, en su caso de conformidad con las estipulaciones del pacto. El contrato queda concluido con la aceptación del o de los beneficiarios.

La decisión del otorgante de celebrar un contrato del tipo previsto en el pacto de preferencia desencadena una serie de actividades en cabeza de las partes que, cumplidas correctamente, satisfacen ese acuerdo y lo extinguen por cumplimiento.

En definitiva, transcurrirá el ejercicio de este modo:

- notificación al beneficiario de la preferencia por parte de quien la otorgó para comunicarle que tiene intenciones de celebrar el contrato previsto en el pacto y que ha recibido una oferta, con indicación del precio y las demás circunstancias relevantes;
- el beneficiario, una vez recibida la comunicación, puede omitirla, en cuyo caso el silencio operará como una falta de interés por el solo hecho de contrastarlo con las declaraciones contractuales precedentes, tal como propone el artículo 263 del código. Si decide ejercer la atribución contractual, deberá igualar el precio dentro del plazo fijado en el contrato o aquel que indiquen los usos, prácticas y costumbres;

- luego de lo dicho en el punto anterior, en caso de que el beneficiario iguale o supere la oferta, el otorgante para cumplir con la prestación a su cargo deberá aceptar la propuesta y celebrar el contrato definitivo.

## II. Contrato sujeto a conformidad

El artículo 999 del Código Civil y Comercial prevé: "El contrato cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva".

Para comprender el contrato sujeto a conformidad tenemos que tener en cuenta que se trata de un negocio *ad referendum* en el cual la declaración de voluntad de uno de los contratantes, o en su caso de ambos, requiere ser integrada con la declaración de voluntad de un tercero ajeno al acto. Este tercero tiene que dar su asentimiento o aprobación para que el negocio jurídico quede concluido.[4]

Como explica Leiva Fernández, lo que la norma prescribe es totalmente lógico; si el contrato se celebra sin contar con esa conformidad, asentimiento o autorización judicial, no producirá sus efectos hasta tanto satisfaga el requisito. Su cumplimiento opera como condición suspensiva y supedita a que finalmente ocurra la producción de cualquier efecto del contrato, pero produce efectos hacia el futuro. Esto diferencia al concepto del principio que opera en materia de representación, donde contrariamente a lo aquí previsto, la ratificación en un acto llevado a cabo sin apoderamiento tiene efectos retroactivos (art. 369 del código).[5]

4. Rivera, J. C., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017). *Contratos. Parte general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 238.

5. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 272.

Capítulo 9

# Incapacidad e inhabilidad para contratar

# I. Capacidad para ser parte de un contrato

## 1. El concepto de capacidad

La capacidad es la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas y ejercerlas por sí misma. Se la puede apreciar desde dos ángulos: la capacidad de derecho que el código la define como la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos y la capacidad de ejercicio que significa la facultad de poder ejercer el propio sujeto los derechos y deberes jurídicos de los cuales es titular.

En cuanto a la capacidad de derecho, dice el artículo 22 del Código Civil y Comercial: "Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados". De eso se sigue que en nuestro sistema jurídico no existe la incapacidad de derecho absoluta.

Por su parte, en lo vinculado a la capacidad de ejercicio, el artículo 23 prevé: "Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial". Agrega luego el artículo 24 que son incapaces de ejercicio: a) las personas por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, de acuerdo al artículo 26 del código, y c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial con el alcance que surja de esa decisión.

## 2. Los menores de edad

La mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años. Sin embargo, el código contempla también la categoría de *adolescente* para los menores de edad que han cumplido los 13 años.

En función de esto, nuestro sistema normativo consagra la llamada *capacidad progresiva*, y su comprensión en materia contractual es fundamental. Así es que el artículo 26, luego de establecer como regla general que los menores actúan a través de sus representantes, agrega que la persona "que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico".

Por otro lado, hay normas puntuales que amplían la capacidad del menor para ejercer por sí mismo sus relaciones contractuales. Vale el ejemplo del mayor de 13 años para ser representante, pues el artículo 364 exige únicamente el discernimiento y el artículo 261 lo atribuye para los actos lícitos a quienes ya han cumplido esa edad.

Otro tanto sucede con el menor de edad que cuenta con título habilitante. Dispone así el artículo 30 del código:

> La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.

Finalmente, el artículo 684 regula lo atinente a los contratos de escasa cuantía: "Los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores". Se dio respuesta con esta norma a la vieja cuestión que se planteaba con los denominados *pequeños contratos,* tales como la compra de un menor de edad de un kiosco o el viaje en colectivo para ir a la escuela.

## 3. Las personas incapaces o con capacidad restringida

La ratificación por parte de nuestro país de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tuvo lugar mediante la Ley Nº 26378 en el año 2008. Además, posteriormente y a través de la Ley Nº 27044 del año 2014, se le otorgó jerarquía constitucional a dicha convención. Esas directivas internacionales impusieron al país la necesidad de reformar su régimen de capacidad y eso ocurrió a través de la Ley de Salud Mental que lleva el número 26657; dicha norma, junto con su decreto reglamentario, continúan vigentes incluso luego de la sanción del Código Civil y Comercial.

A través del artículo 31 del Código Civil y Comercial se asientan las reglas generales para el ejercicio de la capacidad jurídica:

> a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Luego, el propio código en el artículo 32 distingue entre las personas con capacidad restringida y las personas incapaces. Dispone la primera parte de dicho artículo:

> El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos

> designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

De modo que, como vimos, la regla es la restricción de la capacidad y no la incapacidad. El juez debe además, luego de una evaluación interdisciplinaria, especificar concretamente para qué actos restringe la capacidad de ejercicio. Lo normal es que eso ocurra, con variaciones en cada caso en función del cuadro de la persona, con aquellos actos de disposición de sus bienes.

Luego, la parte final del citado artículo 32 consagra el régimen de incapacidad previsto como una decisión excepcional. Dice en concreto:

> Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

## 4. Los inhabilitados

El régimen actual limita la categoría de inhabilitados únicamente para los llamados "pródigos". Su finalidad es la protección del patrimonio familiar y por esa razón no hay legitimación estatal a través del Ministerio Público para pedir la inhabilitación.

Dice en concreto el artículo 48 del código:

> Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.

Los efectos de la declaración de inhabilitación son relevantes en materia contractual. Tal como lo dispone el artículo 49 del código, la decisión judicial

que declara inhabilitada a una persona implica la designación de un apoyo que debe asistirlo necesariamente en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos que el juez fije en la sentencia.

## 5. La capacidad de las personas jurídicas

La definición de persona jurídica la encontramos en el artículo 141 del Código Civil y Comercial: "Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación". De esa definición se sigue, con toda lógica, el denominado principio de especialidad: la persona jurídica carece de capacidad para realizar actos jurídicos que resulten extraños a su finalidad.

El fundamento del principio de la especialidad radica en que, precisamente, el fin u objeto de la persona jurídica es la razón de ser tenida en cuenta por el Estado para reconocerla como una persona independiente para el derecho; por lo tanto, actuar de manera contraria a esa finalidad, importaría cambiar el objeto de ella, lo cual no es posible hacer sino en las condiciones y casos previstos en los estatutos.[1]

Esta solución aparece consagrada también en el artículo 58 de la Ley Nº 19550, ahora rebautizada como Ley General de Sociedades. Dice dicho artículo: "El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social".

## 6. Efectos de la declaración de nulidad

La sanción frente a la celebración de un contrato con ausencia de capacidad es la nulidad. Esa nulidad, sin embargo, será relativa, pues la ley impone la sanción únicamente en protección del interés de esa persona. Solo excepcionalmente podrá invocarla la parte capaz si obró de buena fe y

1. Salvat, R. M. (1954). *Tratado de Derecho Civil. Parte general: tomo I*. Buenos Aires: Tipográfica Editorial Argentina (TEA), p. 974.

experimentó un perjuicio importante. Tal es la regulación del artículo 388 del Código Civil y Comercial:

> La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo.

Por su parte, ya en el marco del estudio de los contratos, el artículo 1000 dispone:

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

# II. Inhabilidades para contratar

## 1. Inhabilidades para contratar previstas en disposiciones especiales

Dispone el artículo 1001 del Código Civil y Comercial:

> No pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona.

Encontramos aquí una fórmula abierta que establece en qué casos no pueden contratar determinadas personas. Se trata, en definitiva, de una remisión a las distintas normas especiales –tanto dentro del código como fuera de él– limitativas de la capacidad para contratar en función de circunstancias especiales.

Citamos a modo de ejemplo:[2]

- el mandato entre cónyuges para prestar el asentimiento previsto en el artículo 456;
- el artículo 689 dispone que los progenitores no pueden contratar con el hijo bajo su responsabilidad, salvo para las donaciones sin cargo. Esta prohibición alcanza a los tutores (art. 120) y a los curadores (art. 138);
- la prohibición del artículo 1341 para el consignatario de vender para sí las cosas comprendidas en la consignación;
- la prohibición del artículo 1348 para los corredores de tener participación o intereses en la negociación de los bienes que son objeto de ese contrato;
- el artículo 1535 prohíbe a los tutores, curadores y apoyos celebrar contrato de comodato respecto de los bienes de las personas a su cargo;
- el artículo 1550 impide recibir bienes en donación a los tutores y curadores por parte de quienes han estado bajo su tutela o curatela, antes de la rendición de cuentas y el pago de cualquier suma que hayan quedado adeudándoles;
- el artículo 1646 prohíbe a los padres, tutores o curadores realizar transacciones respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial. Esa limitación alcanza también a los albaceas sin autorización del juez de la sucesión;
- el artículo 1676, en el marco del contrato de fideicomiso, prohíbe al fiduciario adquirir los bienes fideicomitidos.

## 2. Inhabilidades especiales previstas en el artículo 1002

El artículo 1002 del Código Civil y Comercial dispone una serie de inhabilidades especiales. Dice en concreto que no pueden contratar en interés propio:

2. La recopilación fue consultada en: Rivera, J. C., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017). *Contratos. Parte general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 126-127 y Colombres, F. M. (2014). Incapacidad e inhabilidad para contratar. En J. C: Rivera y G. Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tomo III*. Buenos Aires: La Ley, pp. 495-496.

> a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados; b) los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido; c) los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido; d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí. Los albaceas que no son herederos no pueden celebrar contrato de compraventa sobre los bienes de las testamentarias que estén a su cargo.

Los supuestos aquí enunciados conforman en definitiva una incapacidad de derecho relativa en función de las circunstancias particulares que rodean a cada caso. Es evidente que su finalidad es moralizadora y está fundada en las ventajas que en cada caso ostentan los sujetos con relación a los bienes objeto de la prohibición.

Cabe hacer una diferenciación, sin embargo, en lo que atañe al inciso d, vinculado a la gestión de bienes entre los cónyuges. A diferencia del régimen anterior, el código actual flexibilizó el régimen patrimonial del matrimonio y recogió la opinión de la doctrina nacional acerca de la conveniencia y necesidad de adecuar las relaciones económicas entre cónyuges al cambio de circunstancias experimentado por la sociedad. En función de esto, los cónyuges pueden optar por el sistema de comunidad de gananciales o bien por el régimen de separación de bienes, con la particularidad de que el primero operará como régimen subsidiario si no se ha formulado la opción de separación prevista por el ordenamiento (arts. 446 y 463 del Código Civil y Comercial).[3] Es decir que la prohibición contemplada en el artículo 1002 no tendrá lugar si los cónyuges han ejercido la opción de separar sus bienes.

3. Garrido Cordobera, L. (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos en general.* Buenos Aires: Hammurabi, p. 86.

Capítulo 10

# Objeto de los contratos

# I. Introducción

Tal como hemos reiterado en varias ocasiones, la necesidad de entender diversos aspectos de la teoría general de los contratos nos lleva una y otra vez hacia la regulación de los actos jurídicos en la parte general del Código Civil y Comercial.

Es así que el artículo 1003 del código que regula el objeto de los contratos prescribe con claridad: "Se aplican al objeto del contrato las disposiciones de la Sección 1ª, Capítulo 5, Título V del Libro I de este Código". Esa tesitura de remitir a la regulación general del objeto de los actos jurídicos se repite luego al tratar la causa de los contratos.

De modo que, sin perder de vista esa cuestión, entraremos en el estudio de este elemento esencial de los contratos.

# II. El objeto del contrato en el código de Vélez Sarsfield y en el nuevo texto legal

## 1. Principios generales

El concepto de objeto de los contratos hasta la sanción del Código Civil y Comercial ha sido largamente discutido y mereció extensas líneas con diversas teorías.

En nuestro derecho, como se encargó de explicar la doctrina, la confusión partió desde el propio texto legal, porque se legisló sobre las obligaciones nacidas del contrato. Esto, como explica Mosset Iturraspe,[1] llevó a confundir el objeto de la obligación (la prestación) con el objeto del contrato. En efecto, el artículo 1167 del Código Civil derogado preveía: "Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos". Luego, decía el artículo 1168 que

> toda especie de prestación puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligación de hacer, sea que consista en la obligación de dar alguna cosa; y en este último caso, sea que se trate de una cosa presente, o de una cosa futura, o bien de la propiedad, el uso, o de la posesión de la cosa.

Finalmente, el artículo 1169 preveía 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".

El hecho de legislar sobre el objeto de las obligaciones nacidas del contrato, siguiendo la línea del código francés de 1804, llevó a que incluso se afirmara que el contrato carece de objeto. Ripert y Boulanger afirman que "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".[2] En esa línea también se ubicaron Colin y Capitant[3] y, en general, buena parte de la doctrina francesa desde la primera idea de Planiol.

Para algunos, el objeto son las cosas y los servicios que se prestan. Responde a la pregunta qué se contrata y se diferencia de la causa en que se refiere a la pregunta por qué se contrata. Para esta teoría, en la locación, el objeto sería el bien locado o los servicios contratados. Esta postura guardaba relación con el

1. Mosset Iturraspe, J. (2005). *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 223.

2. Ripert, G.y Boulanger, J. (1964). *Tratado de Derecho Civil: tomo IV.* Buenos Aires: La Ley, p. 163, citado por Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*.

3. Colin, A. y Capitant, H. (1915). *Cours* élémentaire *de droit civil français.* París: Dalloz, p. 307.

artículo 953 del Código Civil, pero fue considerada insuficiente por un sector de opinión por cuanto no explica cuál es el objeto en aquellos contratos que fijan conductas o terminan un conflicto, como el contrato de arbitraje o aquellos que tienen por objeto negociaciones. Para quienes se hacen esas preguntas, la respuesta es que el contrato podría estar constituido por las relaciones jurídicas que crea, modifica o extingue. Vale decir, no habría un objeto real sino jurídico, pues lo que importa es el lenguaje normativo, es decir, la definición que las partes dieron a la cosa mediante las cláusulas y no la cosa en sí misma.[4]

Para otra postura, en cambio, el objeto es la prestación. Se la ha criticado con lógica por entender que la prestación es el objeto de la obligación; es el plan o proyecto de una conducta futura y consiste en la conducta del deudor como medio instrumental para el logro de la satisfacción del interés del acreedor. No se puede confundir el objeto del contrato con el objeto de las obligaciones, es decir, con las prestaciones. La prestación puede ser objeto de una obligación contractual, pero también puede serlo de una obligación extracontractual o de una declaración unilateral de voluntad: no es exclusiva del contrato. Por otro lado, puede existir ilicitud en el contrato y no en el objeto de la obligación, tal como ocurre con el pacto de herencia futura; en ese caso, existe ilicitud en el objeto del contrato, pero la obligación que asume el heredero de transmitir derechos no es ilícita.[5]

Otros autores como Boffi Boggero[6] o López de Zavalía,[7] en tanto, diferencian entre el objeto inmediato (regulación de intereses concretada por las personas) y mediato (las cosas, hechos o derechos). Según explica el segundo autor citado, el objeto inmediato del contrato está constituido por las relaciones jurídicas, los derechos sobre los que este incide, creándolos, transfiriéndolos, extinguiéndolos. Esas relaciones, a su vez, tienen un objeto que constituye el objeto mediato del contrato que está constituido por las prestaciones. Y luego,

4. Benavente, M. I. (2015). El objeto del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación. En. R. Stiglitz (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación: Contratos. *La Ley*, suplemento especial, pp. 103 y ss.

5. Benavente, M. I. (2015), *ibíd*.

6. Boffi Boggero, L. M. (1979). *Tratado de las obligaciones: tomo I*. Buenos Aires: Astrea, p. 359.

7. López de Zavalía, F. J. (1997). *Teoría de los contratos: tomo I*. Buenos Aires: Zavalía, p. 237.

al examinar el objeto de dichas relaciones se puede distinguir entre un objeto directo y otro indirecto. En la compraventa, ejemplifica, el objeto inmediato está constituido por las obligaciones que contempla (de pagar el precio por el comprador, dar la cosa para el vendedor), mientras que el mediato por el objeto de estas obligaciones, donde el objeto directo consiste en el*doble dare*(las prestaciones) y el indirecto en el dinero y la cosa.

Mosset Iturraspe sigue a los hermanos Mazeaud y considera que el objeto del contrato es "la operación jurídica considerada, el contenido concreto e integral del acuerdo, variable hasta el infinito gracias al principio consensualista".[8] Se asemeja en definitiva a una razón de ser objetivada y puede tratarse, por ejemplo, de la transferencia del bien, la prestación de un servicio o de poner fin a un litigio a través de una transacción. Corresponde señalar, en este punto, que la reforma del Código Civil francés que entró en vigencia el 1° de octubre de 2016 omite en su artículo 1128 la referencia al objeto y la causa de la obligación que contenía el antiguo 1108. Menciona así en su inciso 3 la necesidad de "un contenido lícito y cierto".

Bueres ha concluido que, en resumen, el objeto de los actos jurídicos está constituido por su materia, es decir, por los hechos (positivos o negativos) y los bienes (cosas y derechos).[9]

## 2. El objeto del contrato en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial, por un lado, refiere a los supuestos de falta de objeto del acto jurídico en el artículo 279:

> El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea.

8. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., p. 225.

9. Bueres, A. J. (1986). *Objeto del negocio jurídico.* Buenos Aires: Hammurabi, p. 203.

Luego, al tratar específicamente el objeto de los contratos, establece en el artículo 1003 sus requisitos "Debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial", y en el artículo 1004 reitera prohibiciones:

> No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56.

Por lo tanto, a partir de estas precisiones, queda absolutamente clara la idea del legislador de suprimir en este marco toda referencia tanto a la prestación como a la finalidad tenida en miras por los contratantes. El objeto del contrato, en definitiva, está constituido por los *bienes* y *hechos* (conductas).[10]

No debe confundirse, entonces, el objeto del contrato con el de la obligación. La obligación es un efecto del acto jurídico y su objeto es la prestación (dar, hacer o no hacer). De modo que en un contrato de compraventa de inmuebles la cosa vendida y el precio constituyen su objeto, mientras que la entrega del inmueble y el pago del precio en dinero configuran las prestaciones.

## III. Condiciones que debe reunir el objeto de los contratos

### 1. Texto legal y enunciación previa

Ya hicimos referencia, al explicar la noción del objeto del contrato, a los artículos 1003 y 1004 que regulan la cuestión. De modo que, para no caer

10. Ver en este sentido, Benavente, M. I. (2015), *op. cit*. La autora explica que triunfó así la postura sostenida en la doctrina nacional por Bueres, Compagnucci de Caso y Videla Escalada, entre otros. También este concepto es sostenido por Rivera al comentar los arts. 1003 y 1004. Ver Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tomo III*. Buenos Aires: La Ley, pp. 499 y ss.

en reiteraciones, enunciaremos los elementos del objeto que abordaremos a continuación.

Es así que sobre la base de los artículos 279, 1003 y 1004 del Código Civil y Comercial llegamos a la conclusión de que el objeto del contrato debe ser:

- lícito;
- posible;
- determinado o determinable;
- susceptible de valoración económica;
- debe corresponder a un interés de las partes;
- no debe ser contrario a la moral y a las buenas costumbres;
- no debe afectar la dignidad de la persona humana.

## 2. La licitud del objeto

Un requisito esencial del objeto del contrato es la licitud, exigida explícitamente por los artículos 279 y 1004 del Código Civil y Comercial. Los bienes o hechos objeto del contrato, integralmente considerado, deben ser lícitos.

Mucho se ha considerado en la doctrina respecto de la diferenciación entre los distintos elementos que integran el contrato, y la repercusión que eso puede traer aparejado en materia de licitud o ilicitud. Nos referimos puntualmente al binomio objeto-causa y a la repercusión que conlleva la distinción en materia de ilicitud; esto es, si debe ser estudiada en forma idéntica, cualquiera sea el elemento del contrato afectado, o si se debe analizar separadamente para identificar en forma particular cuál de los elementos es el que revela la ilicitud.[11]

La doctrina y la jurisprudencia de nuestro país se han inclinado, con buen tino, hacia la identificación precisa en orden a si la ilicitud recae en el objeto o en la causa.[12] De modo que debe distinguirse en todo momento si la ilicitud

11. Cariota Ferrara expresa que el concepto de ilicitud es idéntico cualquiera sea el elemento afectado (puntualmente, causa u objeto). Para el autor italiano, esta premisa explica que la doctrina trate la figura general del negocio ilícito en forma conjunta sin referirse por separado al negocio con causa ilícita o con objeto ilícito. Ver Cariota Ferrara, L. (1956). *El negocio jurídico: tomo II*. Madrid: Aguilar, p. 515.

12. Ver en este sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, expedientes acumulados "Padilla Ioana Mercedes c/Alliata Di Montereale Paolo y otros s/ simulación

se desprende del propio contenido del contrato cuando la inteligencia de lo pactado lo revele inmediatamente; o si, por el contrario, la ilicitud recae en el móvil o finalidad perseguido por las partes, a pesar de que el contrato se presente como ajustado a los requisitos legales de licitud, en cuyo caso el elemento afectado será la causa.

Los hechos ilícitos tampoco pueden ser objeto de los actos jurídicos. La licitud, por definición, forma parte de la esencia de este tipo de actos, porque el ordenamiento legal no puede tutelar aquellos que son contrarios a sus disposiciones o principios. La licitud del acto es, entonces, una exigencia primaria. Por tanto, el objeto de un acto jurídico no puede consistir en la formación de una sociedad para cometer delitos o para vender influencias, ni para solicitar rendición de cuentas por el resultado económico de una sociedad formada para efectuar préstamos a quienes asisten al casino fuera de la línea de cajas, en infracción a la Resolución Nº 138/94 de Lotería Nacional; como así tampoco en la celebración de un contrato de servicios profesionales con un sujeto que carece de título habilitante.[13]

## 3. Posible

Tenemos que decir, en principio, que la posibilidad debe ser tanto material como jurídica.

La lectura del artículo 1003 del Código Civil y Comercial solo nos debe llevar a la noción de hecho posible y de bien de existencia materialmente posible. Es decir que, para ser imposible, el hecho no debe ser factible de realizar para ninguna persona; si otros pueden pero el deudor no, será incumplimiento y no imposibilidad.

Entonces, así entendido, cuando el compromiso es abstractamente posible, aunque la parte no tenga la posibilidad de cumplir, no debe hablarse de impo-

---

o fraude". Expte. N° 1160187/2008 y (22/9/2015) "Padilla Ioana Mercedes c/ Alliata Di Montereale Paolo y otros s/ daños y perjuicios" Expte. N° 40.857/2009. Y esa misma Sala (3/12/2013) "Sierra Leona SACIFA c/ Morales, María Alejandra s/ cumplimiento de contrato". L.627.538. Recuperado de www.cij.gov.ar.

13. Benavente, M. I. (2015), *op. cit*.

sibilidad jurídica o material. En tal caso, la ineptitud de la parte se traduce en un incumplimiento de la prestación.

De modo que, bajo estos parámetros, la doctrina asimila la posibilidad a casos tales como tocar el cielo con las manos (imposibilidad física) o constituir una hipoteca sobre un bien mueble en lugar de un inmueble (imposibilidad jurídica).[14]

## 4. Determinable

(i) Regla general.

El objeto del contrato debe ser determinado o determinable, pues así lo dispone expresamente el artículo 1005 del Código Civil y Comercial.

Es determinado cuando las partes, al momento de celebrar el negocio jurídico, precisan con total exactitud cuál es su objeto: un inmueble ubicado en la calle Padua N° 10.160 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Será en cambio determinable cuando estén identificados su especie o género aunque no lo esté su cantidad. Señala Bueres, sobre este punto, que es nulo el contrato por carecer de objeto determinado cuando se acuerda genéricamente *la venta de un animal*, porque puede ser un perro, una vaca o un gato; pero es eficaz la venta de un caballo, pues la cosa en este caso está determinada en su especie.[15]

(ii) Bien determinado por su especie o género.

A falta de precisiones sobre el objeto del contrato, como en el apuntado caso del caballo, corresponde determinar concretamente cómo se culmina con ese proceso a fin de que el deudor cuente con la certeza de que el cumplimiento de su obligación cumple con los requisitos de identidad e integridad para que su pago sea eficaz.

14. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Objeto. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p, 309.

15. Bueres, A. J. (1986), *op. cit*., p. 165.

En ese caso, señala la doctrina, resultan aplicables las siguientes reglas:[16]

- si la obligación es de género, y no resulta otra cosa de lo acordado entre las partes, la elección será hecha por el deudor y recaerá en una cosa de calidad media (art. 762 del Código Civil y Comercial);
- si la obligación es de género limitado (art. 785), se aplican las reglas de las obligaciones alternativas y puede el deudor elegir entre cualquiera de ellas (art. 779).

(iii) Determinación por un tercero.

Las partes pueden delegar la determinación del objeto en cabeza de un tercero. Dispone el artículo 1006 del código:

> Las partes pueden pactar que la determinación del objeto sea efectuada por un tercero. En caso de que el tercero no realice la elección, sea imposible o no haya observado los criterios expresamente establecidos por las partes o por los usos y costumbres, puede recurrirse a la determinación judicial, petición que debe tramitar por el procedimiento más breve que prevea la legislación procesal.

Si por alguna hipótesis, el tercero designado no llegara a determinar el precio, por ejemplo por su muerte o la restricción de su capacidad, y las partes no previeron ni tampoco acordaron sobre un modo de sortear esa imposibilidad, cualquiera de ellas podrá recurrir al proceso judicial más abreviado para determinar el objeto contractual.[17]

## 5. Conforme a la moral y a las buenas costumbres

El Código Civil y Comercial acude en múltiples ocasiones al estándar de valoración *moral y buenas costumbres.* La jurisprudencia ha hecho reiteradamente uso de esta fórmula para, por ejemplo, reducir tasas de interés usura-

16. Rivera, J. C., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017). *Contratos. Parte general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 269.

17. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 327.

rias y que implicaban un excesivo beneficio económico para el acreedor en desmedro de la otra parte del contrato.

Hay autores que vinculan las buenas costumbres con aquellos hábitos o comportamientos observables en una comunidad, que se encuentran legitimados por ser los mayoritariamente practicados por sus miembros, en un momento determinado de su evolución histórica. Moral y buenas costumbres será en este caso un límite cuyo contenido dependerá de las transformaciones que experimente un pueblo en el tiempo y en el espacio. Concepto mutable, de contenido variable y sujeto a una permanente revisión. Serán buenas costumbres aquellas conductas reputadas como deseables por ser las que comparte y practica la mayoría. Se prescinde, dentro de esta tendencia, de criterios objetivos, trascendentes e inmutables.

En el extremo opuesto, con un criterio axiológico, aparecen autores que cuestionan el inmanentismo de la corriente sociológica en materia de moral y buenas costumbres. Evidentemente, constituye una alternativa de fuerte contenido ético. Coinciden quienes suscriben esta posición en afirmar que la moral y las buenas costumbres no dependen de apreciaciones subjetivas –ni siquiera siendo las mayoritariamente compartidas–, sino de un criterio objetivo y trascendente, perdurable en el tiempo y ligado a una ponderación axiológica.

A fin de identificar ambas posiciones extremas, podríamos incluir dentro de la primera a Machado, Salvat, Spota y Orgaz. En la segunda corriente de pensamiento se enrolan, entre otros, López Olaciregui, Borda, Llambías, Alsina Atienza, Colombo, Quinteros y Mosset Iturraspe.[18]

## 6. No debe afectar la dignidad humana

Bajo estos conceptos cabe encuadrar a todos los contratos en los cuales se menoscabe al ser humano, como los que impliquen el sometimiento a alguna forma de servidumbre o esclavitud, los que impliquen el aprovechamiento económico de personas con disminuciones físicas, etc.

18. Lapalma, J. C. (2004). Moral y buenas costumbres: ¿un límite poco delimitado? Recuperado de SAIJ: DASF070038.

De Lorenzo se ocupa en un interesante trabajo de esta problemática y, en particular, hace una referencia a los llamados "contratos deshumanizantes".[19] Se trae a colación allí que en Francia tuvo lugar el famoso caso de Manuel Wackenheim, relativo a un contrato de espectáculo de lanzamiento de una persona con enanismo, práctica habitual en muchos locales nocturnos de Francia y el Reino Unido, invalidado sobre la base de que la dignidad es un valor objetivo inderogable sustraído a la libre disponibilidad del individuo.

Los detalles del caso: Wackenheim, que sufría de enanismo y se ganaba la vida ofreciendo un show en discotecas en el cual era lanzado –debidamente protegido con un traje especial– por asistentes del lugar, denunció, luego de quedar desempleado, que la prohibición del show afectaba su dignidad, su privacidad y su derecho al trabajo, acusando a Francia de haberlo discriminado con relación a otras ocupaciones semejantes. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas rechazó la demanda de discriminación por entender que la diferencia entre las personas alcanzadas por la prohibición, principalmente enanos, y aquellos a los que no se les aplica, básicamente personas que no sufren de enanismo, está basada sobre una razón objetiva que no es discriminatoria en sus propósitos. El comité consideró que el Estado francés demostró que la prohibición del lanzamiento de enanos, tal como era practicada, no constituía una medida abusiva sino que era necesaria a fin de proteger el orden público, lo que pone en juego consideraciones sobre la dignidad humana que son compatibles con los objetivos de la convención. Por tanto, concluyó que la diferenciación entre el actor y las otras personas a las que no se les aplica la prohibición, estuvo objetiva y razonablemente fundada.

## 7. No debe ser contrario al orden público

El objeto del contrato no debe ser contrario al orden público. Desde ya advertimos que la noción de orden público es quizás una de las que más difí-

19. De Lorenzo, M. F. (2011). Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana. *La Ley 2011-E*, p. 1258. Los detalles del caso citados a continuación pertenecen también al autor y el texto completo del fallo se puede consultar en http://hrlibrary.umn.edu/undocs/854-1999.html

ciles de identificar, y de eso se sigue lógicamente el problema de determinar cuándo ingresa o no esta prohibición a jugar en materia contractual.

Intentaremos, sin embargo, desarrollar este concepto. Dejaremos de lado para ello la vieja discusión en orden a si las alocuciones "imperatividad" y "orden público" responden a conceptos unívocos o si, por el contrario, conforman una relación de género-especie. Solo diremos con Llambías que el orden público apunta a la razón, fundamento y causa que da origen a la categoría, mientras que en la imperatividad agrega el efecto de imponer la aplicación normativa.[20]

En ese sentido, la caracterización del llamado orden público implica de por sí cierta abstracción y contenido incierto, lo que ha dado lugar a la formulación de variados conceptos y doctrinas. Destacamos entre ellas la del profesor español Luis Díez-Picazo, quien lo define de la siguiente forma: "El orden público es una organización social de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores que quedan sustraídos a la disponibilidad de los particulares".[21] Concordantemente, Eduardo Pérez Llana, en una valiosa ponencia sobre el tema, definió al orden público como "la protección inviolable que el Estado dispensa a un ordenamiento jurídico para asegurar su integral vigencia en vista de una particular apreciación del bien común, la seguridad y la justicia".[22]

A su vez, dentro de este concepto se acuñó en las últimas décadas el del llamado "orden público económico", que implica reconocer la facultad estatal para regular, por vía de jurisdicciones excluyentes de la voluntad privada, ciertos aspectos de la economía que normalmente estaban remitidos a la voluntad de las partes.[23] Cabe agregar que para identificar una norma de este tipo pueden darse dos posibilidades: que su texto expresamente lo disponga o que las cualidades antes descriptas se le hagan presentes al juez a partir del

20. Llambías, J. J. (1973). *Tratado de derecho civil. Parte general: tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 162.

21. Díez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos del derecho civil patrimonial: tomo I*. Madrid: Civitas, p. 139 129.

22. Pérez Llana, E. A. (1956). La noción de orden público en el derecho privado positivo. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, XVIII (86-87), 280.

23. Rivera, J. C. (2013). *Instituciones de derecho civil. Parte general: volumen 1*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 126 y sus citas.

espíritu de la legislación.[24] En este último caso, debe tenerse en cuenta que en materia contractual las normas de orden público son necesariamente la excepción y no la regla, criterio que se agudiza en el marco del orden público económico, donde la doctrina fundamenta su admisión restrictivamente y ceñida históricamente a situaciones de emergencia.[25]

## 8. Debe ser susceptible de valoración económica y responder a un interés de las partes

El artículo 1003 establece que el objeto del contrato debe ser susceptible de valoración económica. Recoge así la idea del artículo 1169 del Código Civil derogado que establecía que la prestación objeto de un contrato podía consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo, susceptible de apreciación pecuniaria.

Sin embargo, la controversia en el derecho nacional surgió a raíz de la nota que el propio Vélez Sarsfield agregó a ese artículo. Decía en concreto:

> Si la prestación objeto del contrato, aunque susceptible en sí de apreciación pecuniaria, no presentara para el acreedor ninguna ventaja apreciable, en dinero, no estaría éste autorizado a pedir la ejecución de la promesa hecha. Un simple interés de afección no sería suficiente para darle una acción, a menos que la estipulación determinada por tal móvil, no hubiese tenido al mismo tiempo por fin el cumplimiento de un deber moral.

Es decir que, según ese criterio, se exigía no solo que el objeto tuviera un contenido patrimonial sino que también debía estar presente esa cualidad en el interés perseguido por el acreedor.

Esa tesis fue fuertemente resistida en nuestra doctrina.[26] La educación de los hijos, el sostenimiento de los hospitales, escuelas, bibliotecas, etc., consti-

24. Martínez Paz, E. (1942). El concepto de orden público en el derecho privado positivo. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, XX* (4), 665.

25. Salerno, M. U. (1998). El orden público en el sistema jurídico. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 58*(VI), 26.

26. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., p. 235.

tuyen el fundamento de contratos frecuentes y muy valiosos. No se exige que el acreedor tenga un *interés pecuniario*, pero ello no quiere decir que las obligaciones puedan ser ajenas al patrimonio. La cuestión se aclara con solo distinguir entre la *prestación* de la obligación, que siempre debe tener contenido patrimonial, y el *interés protegido*, que puede ser humano, científico, cultural, etc., y siempre será, en definitiva, digno de tutela.[27]

La idea explicada ha sido consagrada en el citado artículo 1003 del Código Civil y Comercial cuando expresa que el objeto debe ser "susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial".

## V. El cuerpo humano como objeto de los contratos

El artículo 1004 del Código Civil y Comercial, al enunciar los objetos prohibidos, deja a salvo lo siguiente: "… cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los arts. 17 y 56". El artículo 17 establece que"los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tiene valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de sus valores y según lo dispongan las leyes especiales". En tanto, el artículo 56 prevé que

> están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.

27. Borda, A. (2016). *Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: La Ley, pp. 122-123.

Tal como apunta Benavente,

> tradicionalmente se ha sostenido que el derecho al cuerpo es un derecho personalísimo y, como tal, está fuera del comercio. La vida cotidiana nos muestra que existen algunos derechos personalísimos sobre los cuales sus titulares realizan actos de disposición. Para ciertas personas, ventilar su intimidad sólo se registra como un modo de afianzarse en algún área mediática a través –por ejemplo– de la televisión o de otro medio de difusión general. Ocurre con los llamados reality show o con las imágenes que autorizan expresamente a publicar en alguna revista. La imagen, la intimidad y algunos otros derechos no sólo están en jaque en la sociedad moderna por las invasiones y embates que sufren desde el mundo externo sino que muchas veces la propia persona suele levantar voluntariamente las barreras de su intimidad y exponerse de manera excesiva e innecesaria –pero en forma voluntaria– a la crítica despiadada de terceros.[28]

Se distingue entonces entre disponibilidad de los derechos sobre el propio cuerpo y su puesta en el comercio. En el primer caso, se admite la disponibilidad por parte del titular, no por otro, siempre que se respeten las directivas impuestas por los arts. 17, 56, 1004 y concordantes del código. Cuando son admisibles, tales actos solo pueden tener móviles afectivos, terapéuticos, científicos o humanitarios.

# VI. Bienes futuros

## 1. Principio general y supuestos admitidos

El artículo 1007 del Código Civil y Comercial prevé: "Los bienes futuros pueden ser objeto de los contratos. La promesa de transmitirlos está subordinada a la condición de que lleguen a existir, excepto que se trate de contratos aleatorios".

A partir de la lectura del código podemos concluir, como ya lo hacía antes la doctrina, que las posibilidades de contratar sobre bienes futuros variarán fundamentalmente según se trate de un contrato conmutativo o de uno aleatorio.

28. Benavente, M. I. (2015), *op. cit*.

(i) Contrato conmutativo sobre cosa a construir.

Se trata del contrato conmutativo que prevé que la cosa o bien requiere un proceso de construcción o de elaboración. Podríamos calificar aquí al inmueble a construir. En este supuesto, ante la negligencia no habrá posibilidad de reclamar la obligación de entrega, pero sí la indemnización por incumplimiento.[29]

(ii) Contrato condicionado a la existencia de la cosa futura.

Este supuesto acapara aquellos contratos que versan sobre bienes futuros condicionados a que lleguen a existir. Puede ser el caso de la cosecha vendida pero no recolectada, en la que el precio se establece por quintal; la entrega se efectuará de acuerdo a la cantidad habida y el precio será proporcional a la cantidad.[30]

(iii) Contratos aleatorios.

La última posibilidad, finalmente, es que el contrato sea concebido como aleatorio. Una de las partes asume el riesgo de que el bien llegue o no a existir.

## 2. Supuestos en que la ley limita o prohíbe a los bienes futuros como objeto de los contratos

Específicamente, el código enumera supuestos en los que limita o prohíbe a los bienes futuros como objeto de algunos contratos en particular.

Se presenta así el caso de la compraventa futura que regula el artículo 1131. En este caso, se impone al vendedor la obligación de realizar las tareas y esfuerzos que resulten del contrato o de las circunstancias, para que la cosa llegue a existir en las condiciones y tiempo convenidos.

Distinto es el caso de la donación donde los bienes futuros no pueden ser objeto del contrato. Así lo establece el artículo 1551 en consonancia con el antiguo artículo 1800 del Código Civil:

> la donación no puede tener por objeto la totalidad del patrimonio del donante, ni una alícuota de él, ni cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar. Si comprende cosas que forman todo el patrimonio del

29. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 329.

30. *Ibíd*, p. 329.

donante o una parte sustancial de éste, sólo es válida si el donante se reserva su usufructo, o si cuenta con otros medios suficientes para su subsistencia.

## VII. Bienes ajenos

El artículo 1008 del Código Civil y Comercial establece:

> Los bienes ajenos pueden ser objeto de los contratos. Si el que promete transmitirlos no ha garantizado el éxito de la promesa, sólo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice y, si por su culpa, el bien no se transmite, debe reparar los daños causados. Debe también indemnizarlos cuando ha garantizado la promesa y ésta no se cumple. El que ha contratado sobre bienes ajenos como propios es responsable de los daños si no hace entrega de ellos.

Se distingue entonces según se haya contratado sobre bienes ajenos, indicándose ese carácter, o como propios. En el primer caso, asume la obligación de adquirirlos, de manera que si no cumple, responde por los daños y perjuicios. En cambio, si contrató sobre un bien ajeno como si fuera propio, quien comprometió su entrega asume una obligación de medios, pues está obligado a *emplear los medios necesarios para que la prestación se realice* y responde por los daños y perjuicios si por su culpa el bien no se llega a transmitir. El contrato sobre cosa ajena es inoponible al dueño de la cosa o bien que no participó del acto.[31]

Por tanto, para generar responsabilidad deberá probarse que el promitente no empleó los medios necesarios para que la prestación se concrete. Un ejemplo específico de este caso es la compraventa de cosa ajena prevista en el artículo 1132 del Código Civil y Comercial.

31. Benavente, M. I. (2015), *op. cit*.

## VIII. Bienes litigiosos, gravados o embargados

El artículo 1009 del Código Civil y Comercial dispone:

> Los bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares, pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los derechos de terceros. Quien de mala fe contrata sobre esos bienes como si estuviesen libres debe reparar los daños causados a la otra parte si ésta ha obrado de buena fe.

El objeto, en este caso, son bienes sujetos a medidas judiciales, como embargo, anotación de *litis*, prohibición de innovar, etc. También aquellos bienes que están gravados con derechos reales de garantía, como la prenda o la hipoteca. En todos estos supuestos, el contrato que tenga como objeto ese bien es válido pero no perjudicará los derechos del acreedor o beneficiario de la medida.

## IX. Herencias futuras

### 1. Principio general

El artículo 1010 del Código Civil y Comercial establece como regla general: "La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares…".

La herencia futura es aquella que todavía no tiene causante. Por esa razón, cualquier persona, aun cuando eventualmente pudiera estar llamada a suceder al titular de ese patrimonio, no tiene todavía ningún derecho sobre esos bienes y no pueden entonces ser objeto de ningún contrato.

## 2. Distintos supuestos

La doctrina destaca que los pactos sucesorios admiten diversas modalidades y clasificaciones. Pero la más utilizada es aquella que los distingue según cómo sea el pacto en cuestión: institutivo, dispositivo, renunciativo o distributivo.[32]

- en el pacto institutivo el causante instituye contractualmente a alguien como su heredero o legatario;
- en el pacto dispositivo los futuros herederos realizan contratos con terceros, onerosos o gratuitos, que tienen por objeto los bienes que eventualmente integrarán la herencia;
- el pacto renunciativo es aquel por el cual el futuro heredero abdica de los derechos que pudieran corresponderle;
- el pacto distributivo es aquel por el cual los herederos dividen su futura herencia.

## 3. Pactos válidos

El propio artículo 1010 del código, que antes citamos, se encarga de precisar que la prohibición para las herencias futuras de ser objeto de los contratos bajo pena de nulidad absoluta encuentra como excepción a la segunda parte de esa misma disposición y a lo que dispongan las leyes especiales.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 1010 dispone:

> Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

32. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., pp. 336-338.

Muchas empresas familiares han alcanzado a imponerse en el mercado y perdurar en el tiempo, a la par que han logrado un giro comercial muy importante con clara incidencia en el aspecto social. Pero la falta de una regulación que armonice el derecho sucesorio con esta realidad impide muchas veces realizar planificaciones a largo plazo por los conflictos personales que suelen acompañar a las cuestiones hereditarias, entre otros factores propios de las relaciones humanas.[33]

Frente a esta realidad, el Código Civil y Comercial de la Nación hizo más flexible la prohibición del pacto de herencia futura. Es así que la segunda parte del citado artículo 1010, se refiere a la validez de esos contratos en tanto tiendan a proteger la continuidad de la explotación de la empresa familiar, se trate o no de una explotación productiva o una participación societaria, supuesto este último que, por su generalidad, amplía veladamente aquellos en que expresamente se admite el pacto de herencia futura. La condición para que esos pactos resulten válidos es que tengan por fin *la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflicto*, vinculado directamente con los emprendimientos familiares, por un lado, y por otro, que estos acuerdos no afecten la legítima hereditaria ni los derechos del cónyuge ni de terceros. En este último caso, la eventual afectación de los derechos de otros legitimarios, puede dar lugar a compensaciones, a fin de no tornar estéril la previsión legal, de manera tal que impida la validez de lo acordado. El artículo nada dice sobre la participación del futuro causante y de su cónyuge en este tipo de pactos, de modo que su viabilidad o no deberá examinarse segúnlas decisiones concretas que se adopten.

33. Benavente, M. I. (2015), *op. cit*.

# X. Contratos de larga duración

## 1. Características de los contratos involucrados en esta categoría

El artículo 1011 del Código Civil y Comercial dispone:

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

Messineo, al explicar la clasificación de los contratos señala:

> En contraposición se perfila la categoría del contrato de duración, de tracto sucesivo, o de ejecución continuada o periódica, que es aquel en que al dilatarse el cumplimiento por cierta duración es condición para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad (durable o continuada) que las indujo a contratar; la duración no es tolerada por las partes que es querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración.
> Sería inconcebible, como contrario a la necesidad y al interés de por lo menos una de las partes, que la prestación pudiese ser cumplida de una manera diversa que mediante la continuidad y la periodicidad; sería inconcebible, en otras palabras, la ejecución del contrato en un acto único.
> Por tanto el elemento tiempo, en cuanto duración, o mejor dicho el distribuirse de la ejecución en el tiempo constituye aquel carácter peculiar del contrato: el tiempo no sirve tanto para determinar el momento de la iniciación de la ejecución (y, por consiguiente, no es un término o no es solo un término, sino más bien un elemento esencial –no accesorio–) y fundamental para ambas partes, por el que se determina la cantidad de la prestación, el dilatarse o el

reiterarse de la ejecución (la duración es el elemento causal) y también el momento en que el contrato termina.[34]

El perfil que el Código Civil y Comercial proporciona a los contratos de larga duración es muy simple: toma como elemento definitorio al tiempo, no en cuanto al cumplimiento de una prestación en particular, sino como esencial para el cumplimiento del objeto. En definitiva, comprende aquellos contratos en los cuales las inversiones de las partes necesitan que el negocio se ejecute por lo menos durante un determinado tiempo para poder amortizarse. Puede ocurrir por ejemplo con una concesión de un bar o con el alquiler de un inmueble para instalar una estación de servicio.

## 2. Deber de colaboración

El deber de colaboración que el artículo 1011 del código expresamente impone a las partes es similar al que se exige en las tratativas precontractuales y parece especialmente enfocado a contratos nominados que ingresan en esta categoría: agencia, franquicia, concesión o distribución.

Así, en vez del contrato irrevocable, fijo, estático y cristalizado de ayer, conocemos un contrato dinámico, flexible, que las partes deben adaptar para que pueda sobrevivir, aun sacrificando alguno de sus intereses. Implica entonces una nueva concepción del contrato, ya como ente vivo, como vínculo que puede tener un contenido variable, complementado por las partes o por el juez ante nulidades parciales, con una solución equitativa para los eventuales problemas que puedan surgir.[35]

Se trata, en definitiva, de reformular el contrato constantemente y de mostrar una comprensión dinámica frente a un objeto contractual de perfil particular en lo vinculado a su extensión temporal.

34. Messineo, F.(1952). *Doctrina general del contrato: tomo 1*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), pp. 429-430.

35. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., pp. 346.

## 3. Deber de renegociar

El último párrafo del artículo 1011 del código establece que la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe.

La obligación de renegociar, previa a la rescisión contractual, tiene relación con la buena fe y la equidad. También se explica, desde luego, por el *solidarismo* contractual: cada parte de un contrato debe mostrar colaboración y lealtad con la otra y eso abarca no solo la negociación previa y la celebración del negocio jurídico, sino también su ejecución y culminación.

Capítulo 11

# Causa de los contratos

# I. Introducción

La causa ha sido históricamente un vocablo de múltiples acepciones entre las cuales sobresale la que se refiere a *aquello que se considera como fundamento u origen de algo* y la que alude al *motivo o razón para obrar*.[1]

Sobre la primera idea mencionada tenemos que tener en cuenta que engloba la llamada *causa fuente* que es propia de la teoría de las obligaciones. Es así que el contrato (al igual que, por ejemplo, la responsabilidad civil, la gestión de negocios o el empleo útil) es *causa fuente* de una obligación jurídica. Prevé concretamente el artículo 726 del Código Civil y Comercial: "no hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico".

Respecto de la segunda noción, la causa fin, su terreno natural tiene lugar en el marco de los actos jurídicos y, como lógica derivación, en la teoría general de los contratos. Particularmente el artículo 281 del código dispone que

> la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.

1. Cossio, C. (1969). *La "causa" y la comprensión en el derecho*. Buenos Aires: Juárez Editor, pp. 14-15.

Luego, ya en el ámbito propio de los contratos, el código consagra las reglas generales sobre la causa en los artículos 1012 y subsiguientes.

Debemos tener presente que el Código Civil, en su artículo 500, disponía expresamente la presunción de existencia de causa en las obligaciones. Mientras tanto el artículo siguiente, el 501, preveía la validez de la obligación fundada en una causa falsa mientras estuviese fundada en otra verdadera. Luego, el artículo 502 del código de Vélez decía: "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".

De allí que, entre las de mayor relevancia, eran dos las tesis que subyacían sobre el tema: una que consideraba que los artículos 499 al 502 se referían a la causa-fuente de la obligación; y otra, mayoritaria, que entendía que mientras el artículo 499 aludía a la causa-fuente de la obligación, los artículos 500 a 502 lo hacían con respecto a la causa-fin.

Vélez, con tino, criticó en la nota al artículo 499 al código francés por confundir las causas de los contratos con las causas de las obligaciones. Sin embargo, paradójicamente, terminó incurriendo en un error similar en los artículos 500, 501 y 502, incorporados en el título "De la naturaleza y origen de las obligaciones", pese a ser copias literales de los artículos 1131 a 1133 del *Code*, justamente dedicados a la causa final. Ello motivó, desde nuestro punto de vista, buena parte de las interpretaciones dispares que nos acompañaron durante décadas.

Con estos antecedentes, lo cierto es que entre nosotros impera la tesis de la causa-fin del acto jurídico, de corte subjetivista, que viene dada por las razones que tiene cada sujeto para concretar un negocio, que no es otra cosa que la finalidad perseguida por la intención como elemento del acto voluntario. Se trata del sentido teleológico de la causa.

Claro que sobre la base de lo dicho el motivo determinante no podrá ser ilícito. En este sentido, se debe agudizar la mirada para no confundir el origen de la ilicitud. Esto es, al decir de Mosset Iturraspe, "dónde reside": si yace en los motivos (causa fin) o en la operación jurídica (objeto).[2]

2. Mosset Iturraspe, J. (2005). *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 254-255.

# II. Causalismo, anticausalismo y neocausalismo en la doctrina

## 1. Causalismo

El *causalismo* tuvo como principal referente en el siglo XVII a Domat. Este jurista francés recopiló buena parte de las ideas que se desarrollaban sobre la noción de causa en la era moderna y concluyó que debían ser incorporadas a los elementos esenciales de los contratos en el código francés de 1804.[3]

Para esta corriente de pensamiento la causa es un elemento principal del contrato con independencia del tipo contractual del que se hable. Así es que, según explicaba el autor citado, es posible hallar la causa con características comunes en los contratos onerosos, donde el compromiso de una de las partes es el fundamento del compromiso de la otra; en los reales, donde la causa equivale a la prestación que se anticipa y acepta y obliga a restituir, y en los gratuitos, donde el fundamento es algún motivo razonable y justo.

## 2. Anticausalismo

Las ideas apuntadas fueron fuertemente controvertidas por aquellos que se definían como *anticausalistas.* Fue a partir de un artículo publicado en Bélgica por Ernst que la teoría de la causa sufrió los más fuertes embates. Planiol, por ejemplo, la impugnó por falsa e inútil. Entre nosotros, la tesis anticausalista fue sostenida por Bibiloni, Salvat, Galli, Llambías y Spota, entre otros.[4] Una de las mayores refutaciones hacia esta tesis estuvo vinculada en la superposición entre causa y objeto; así, se dijo, el rol desempeñado por el elemento *causa* cabía perfectamente en el marco del objeto.

3. Lorenzetti, R. L. (2010). *Tratado de los contratos. Parte general*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 419.

4. *Ibíd*., p. 420.

## 3. Neocausalismo

El *neocausalismo* produjo en los inicios del siglo XX una renovación en la visión sobre el tema. Varias son las corrientes que se ubican aquí y, en apretada síntesis, podemos decir que no comparten la concepción racionalista de Domat y advierten que la causa es un elemento del acto jurídico y no de la obligación. Presentan entonces como denominador común: a) superar la teoría clásica por los motivos recién apuntados, b) afirmar que la causa es un elemento estructural del acto jurídico y c) distinguir la causa de los demás elementos.[5] Entre todas estas ideas podemos rescatar a la corriente subjetiva, la corriente objetiva y, finalmente, la dualista.

La corriente objetiva cuenta con grandes exponentes en el derecho italiano. Según su perspectiva, la causa radica en la función económico-social del contrato y puede ser caracterizada como el conjunto de intereses que parece probable que la norma contractual realice y que, concordantemente, también son perseguidos por las partes.[6] La noción de causa se vincula de manera abstracta al tipo contractual y explica así los efectos legales correspondientes al contenido mínimo de la figura, como ser la cláusula resolutoria implícita o la suspensión del cumplimiento.

El *neocausalismo subjetivo* ha sido delineado por Josserand. Para este jurista francés, los móviles pueden definirse como las razones de obrar de las partes que se presentan como los diversos sentimientos, intereses y pasiones por las que el alma humana puede ser conmovida. Es así que los móviles pueden remontarse al pasado o bien mirar al futuro; pero, en cualquier caso, son extrínsecos al acto y para ser determinantes en el ámbito de los contratos deben ser comunes a las partes y, lógicamente, lícitos.[7]

Nos encontramos finalmente con la tesis dualista que contiene aspectos tanto objetivos como subjetivos. Para esta teoría, la causa tiene elementos o

5. Mosset Iturraspe, J. (1995), *op. cit.*, pp. 246-247.

6. Hernández, C. A. (2016). Causa. En C. A. Hernández y N. L. Nicolau (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley, pp. 200-201.

7. Josserand, L. (1946). *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*. México: Cajica, pp. 26 y ss.

matices propios de las distintas corrientes explicadas: así es que se ha dicho, en palabras de Videla Escalada, que la causa es

> la finalidad o razón de ser del negocio jurídico, entendida en el doble sentido de la causa categórica de la figura en cuestión y de los motivos psicológicos relevantes, admisibles para el Derecho, que en la hipótesis concreta hayan impulsado a las partes a concluir el acto.[8]

De modo que la tesis dualista unifica las teorías que la precedieron y brinda una comprensión acabada de la teoría de la causa. Se incorporan entonces a la noción de causa tanto los elementos propios de la estructura social del contrato como el fuero interno de los participantes de la relación contractual.

## III. Noción de causa fin

Durante mucho tiempo se ha pretendido identificar la causa de los contratos con el *por qué.* Explicaba Josserand sobre el conocido criterio destinado a distinguir la causa del objeto. Mientras esta última noción proporciona la respuesta a la cuestión *qué*, la primera corresponde al *por qué.* Así, hacía más precisa la pregunta que el jurista Oudot proponía: "Preguntad por qué se ha contraído la obligación; la respuesta a esta pregunta será la causa".[9]

Sin embargo, agregaba el jurista francés, la insuficiencia de ese criterio es patente: una obligación ordinariamente no se refiere a un solo *por qué* sino a numerosas consideraciones, a razones de ser muy variables cuya importancia jurídica es muy desigual. Así, el donante, vendedor, comprador, mutuante, mutuario, pueden dejarse guiar por sentimientos y deseos de toda clase: ¿cómo elegir entre los factores morales o intelectuales de que se deriva el acto?, ¿a cuál de ellos se reservará el nombre y la función de causa? Por estas razones, es que los autores se han referido especialmente a la idea de la fina-

8. Videla Escalada, F. (1968). *La causa final en el derecho civil.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 99.

9. Josserand, L. (1946), *op. cit*., p. 130.

lidad, identificándose la causa entonces con el fin inmediato que las partes se proponen conseguir al obligarse.[10]

Sobre la base de todo lo hasta aquí expuesto, podemos definir a la causa fin como la razón, el móvil concreto, individual y variable por el que un contratante se vincula con otro, permitiendo apreciar el acto en función de los propósitos que han determinado a las partes a concluirlo.[11] Así, en opinión de Díez-Picazo, es el propósito al que el contrato sirve dentro de la vida real, vale decir, el resultado empírico o práctico que en lo que respecta a los propios y peculiares intereses se pretende alcanzar.[12]

Luego, el mismo artículo 281 del código que antes citamos agrega que "también integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes". En esa línea, los Fundamentos del Código Civil y Comercial destacan que la causa fin abarca tres posibilidades: a) fin inmediato determinante de la voluntad, b) motivos exteriorizados e incorporados expresamente y c) motivos esenciales para ambas partes, supuesto en el cual, pueden ser tácitamente deducidos.

De este modo, los motivos determinantes adquieren verdadera trascendencia tanto en la etapa de formación como en la de ejecución del contrato. En la primera, la de formación, porque en ese momento se estructura el contrato y los motivos determinantes *causalizados* podrían determinar su nulidad a partir de su ilicitud. Con relación a la etapa de ejecución, porque la frustración de esos motivos incorporados a la causa del contrato luego de celebrado pueden dar lugar a la extinción del contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo1090 del Código Civil y Comercial que estudiaremos luego.

La causa final del contrato aparece entonces, pues, con su doble significado: la finalidad uniforme, igual para todos los actos de la misma naturaleza; y, también, como finalidad propia de cada acto en particular, donde adquie-

10. Josserand, L. (1946), *op. cit*., p. 131.

11. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Causa. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p.362.

12. Referenciado por Leiva Fernández, Luis F. P. (2016), *op. cit*., p. 362.

ren importancia los motivos que dieron lugar a la celebración de ese acto jurídico en concreto.[13]

## IV. Presunción de causa en los contratos

El artículo 282 del Código Civil y Comercial dispone: "Aunque la causa no esté expresada en el acto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera".

Lo que en definitiva ocurre es que la presunción de causa soluciona el conflicto resultante de la necesidad de satisfacer la carga de la prueba de la causa. La idea se explica por el hecho de que las personas normalmente se obligan de forma razonable, y no es habitual, en ese sentido, que alguien se obligue sin ningún motivo.

## V. Necesidad de causa

Dispone el artículo 282 del Código Civil y Comercial, al que recién hicimos referencia, que se presume que la causa existe mientras no se pruebe lo contrario y aunque no esté expresada en el acto. La solución legal es perfectamente lógica: las personas no se obligan si no tienen al menos un motivo para hacerlo. Además, evidentes razones de seguridad jurídica obligan a reconocer como efectos jurídicos las declaraciones de voluntad, mientras no se pruebe que adolecen de algún defecto que las invalide.

Por esas razones, nuestra ley presume la existencia de causa y solo admite que aquel que alegue su inexistencia cargue con la prueba de esa afirmación.

13. Videla Escalada, F. (1968), *op. cit*., p. 188.

## VI. Falsa causa en los contratos

El contrato que expresa una causa irreal es válido si se funda en otra causa verdadera, siempre y cuando esta última sea lícita. Así lo dispone expresamente el artículo 282 del Código Civil y Comercial. En este caso, quien pretenda la subsistencia del acto debe probar que ese acto tiene causa y que ella es lícita.

Por esa razón, bien puede ocurrir que un negocio jurídico simulado sea válido. Eso es lo que ocurre con la simulación lícita que produce, en definitiva, los efectos jurídicos del acto real, tal como lo prevé el artículo 334 del código.

## VII. Causa ilícita en los contratos

Dispone el artículo 1014 del Código Civil y Comercial:

> El contrato es nulo cuando: a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido.

El artículo 502 del Código Civil de Vélez Sarsfield disponía que la causa era ilícita cuando fuera contraria a las leyes o al orden público. La norma no se refería expresamente a la moral y a las buenas costumbres, pero la doctrina y la jurisprudencia consideraban pacíficamente que los contratos que fueran contrarios a ellas quedaban incluidos en esa categoría de ilicitud. A partir del código ahora vigente, en el inciso a del citado artículo 1014, esos supuestos han quedado también incluidos.

Luego, la primera parte del inciso b contempla específicamente el aspecto subjetivo de la causa del contrato. En esos casos, la norma dispone también la nulidad del contrato cuando ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común.

Finalmente, la segunda parte del inciso b del artículo 1014 se encarga de regular aquellos casos en que una sola de las partes ha obrado por un motivo ilícito o inmoral. De darse ese supuesto, podrá la parte que obró sin esa finalidad ilícita reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir con lo que ha ofrecido.

Capítulo 12

# Forma de los contratos*

# I. Metodología en el Código Civil y Comercial

La forma de los contratos es tratada en el código en cuatro artículos del capítulo VII dentro del título IV "Contratos en general": desde el artículo 1015 hasta el 1018. Claro que, más allá de eso y como consecuencia lógica de su identificación como género-especie, se aplican también las disposiciones relativas a la forma de los actos jurídicos.

Sobre esta última cuestión, en particular, debemos tener presente el artículo 284, que consagra la libertad de formas para los actos jurídicos, y el artículo 285, que prevé que todos aquellos actos que no fueran otorgados según la forma impuesta valdrán como actos en que las partes se obligaron a elevarlo a dicha formalidad, excepto que esa formalidad sea exigida bajo pena de nulidad.

Por otro lado, y también en la regulación general de los actos jurídicos, hallamos el artículo 286, que regula las vías para la expresión escrita; el artículo 287, que distingue los instrumentos privados y los particulares no firmados, y el artículo 288, que dispone los efectos de la firma con una pauta general, también, para los instrumentos generados por medios electrónicos.

---

* Nos hemos ocupado de este tema en: Sobrino Reig, E. (2017). Forma de los contratos en el Código Civil y Comercial. En S. Y. Tanzi y L. R. Flah (dirs.), *Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio.* Buenos Aires: Erreius, pp. 915 y ss.

Debemos destacar, finalmente, que el código contiene en forma dispersa disposiciones específicas referidas a la forma de los contratos en ocasión de tratar cada uno de los contratos típicos en particular.

# II. Definición de forma

## 1. La doble noción del concepto de forma

La clasificación de los contratos sobre la base de la forma permite entender que su concepto es susceptible de ser aprehendido desde un doble enfoque: uno genérico, como traducción al mundo exterior de la voluntad del sujeto, y otro restringido, como formalidad requerida por la ley para algunos negocios jurídicos en particular.

Sobre el primer aspecto debe tenerse en claro que la forma como exteriorización de la voluntad es un elemento estructural del contrato. Como explica Mosset Iturraspe, sin el complemento exterior y sensible las voluntades que concurren a originar el consentimiento quedarían aisladas, desconocidas entre sí y, por ende, carentes de cualquier trascendencia jurídica.[1] De modo que, siempre según esa visión, la forma de un negocio jurídico debe ser definida como la posibilidad objetiva de reconocimiento de una actitud y, por lo tanto, entendida como el medio a través del cual el acto jurídico se hace reconocible a los demás, sea mediante una declaración o un comportamiento.

Lo relevante entonces es que la voluntad negocial sea exteriorizada. Ello solo es posible a través de una manifestación llevada desde adentro al mundo exterior, pues el sujeto "debe hacerla evadir del propio yo y ponerla en la vida social de modo aprehensible, perceptible para los demás", por lo cual es condición suficiente y necesaria que "la voluntad salga, que venga al mundo exterior y de tal manera que haya la posibilidad de que los demás la aprehendan".[2]

Luego, la forma dispuesta por la ley, entendida no ya como cualquier modo de manifestación de voluntad sino en sentido específico como el modo de una

1. Mosset Iturraspe, J. (2005). *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 257.

2. Cariota Ferrara, L. (1956). *El negocio jurídico: tomo II*. Madrid: Aguilar, p. 327.

*determinada* declaración para producir *cierto* efecto jurídico en particular, se vuelve formalidad.

De ahí que en este segundo aspecto debemos entender por forma del contrato a los medios por los cuales se exterioriza la voluntad jurídicamente relevante, sin perjuicio de los supuestos en los cuales la ley o la propia convención hayan exigido un específico medio de exteriorización.[3]

## 2. Relación entre forma y prueba

Es muy importante no confundir los conceptos de forma y prueba del contrato.

La forma es el elemento externo del acto, mientras que la prueba es el medio a través del cual se demuestra la celebración del contrato (por ejemplo, instrumental, testimonial, confesional, etc.). En algunas ocasiones la ley exige que el contrato se celebre con una forma determinada para facilitar la prueba de su existencia (*ad probationem*), mientras que en otros supuestos la celebración bajo determinadas formalidades tiene como objeto nada menos que concederle eficacia jurídica (*ad solemnitatem*).

# III. Principio general: la libertad de formas

El artículo 1015 del Código Civil y Comercial sienta el principio rector en esta materia: "Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada". De modo que la regla es la libertad de formas y la libre elección por las partes de los modos de exteriorizar su voluntad.

Esta solución, lejos de aparecer como novedosa, responde a la tradición del código de Vélez Sarsfield, que en el artículo 974 preveía: "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". Se trata, en definitiva, a nuestro modo de ver, de la consagración del principio consensualista que rige la materia en el derecho moderno.

3. Spota, A. G. (1975). *Instituciones de derecho civil. Contratos*. Buenos Aires: Depalma, p.102.

La finalidad del formalismo contractual que reinaba en los pueblos primitivos y en el derecho romano era la de producir en los contratantes una impresión profunda; herir sus sentidos para hacer más profundo el recuerdo del contrato. La forma, así, estaba dispuesta en beneficio de las partes.[4]

En la nota al artículo 973 del código derogado se reproducían en forma clarificadora las ideas de Ortolan y se explicaba la evolución en el derecho romano.[5] La forma en Roma fue la inherente a un pueblo de oradores: eran

4. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit.*, p. 258.

5. La cita textual de Vélez Sarsfield a Ortolan en su obra *Generalización del Derecho Romano*, números 54 y 55, es la siguiente: "El número y calidad de las personas auxiliares que deben concurrir al acto jurídico (como en algunos casos el defensor de menores), el tiempo y lugar en que debe verificarse, los escritos u otros medios a propósito para conservar la memoria. Todos estos elementos se hallan comprendidos en la idea de la forma. Entre los actos jurídicos, unos tienen una forma rigurosamente establecida, de la que toman su validez, y fuera de la cual no existen. Las prescripciones de la ley pueden recaer sobre tal o cual elemento constitutivo de la forma, o sobre muchos de ellos, o sobre todos a un tiempo. Otros actos no exigen para su existencia, ninguna forma especialmente prescripta, con tal que se hayan verificado y que puedan justificarse. Los progresos de la civilización, agrega, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia, y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos una civilización adelantada, se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención; no pide a la materia sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla, era preciso revestirla de un cuerpo físico; pero ¿cuáles serán esos actos exteriores que darán a los actos jurídicos una forma sensible? La analogía serviría de regla. Estos actos se hallarán en una analogía cualquiera con el objeto que se quiere conseguir con el derecho que se quiere crear, modificar, transferir o extinguir. De aquí se llegó al símbolo, porque el símbolo no es otra cosa que la analogía representada en cuerpo y acción. Así un terrón del campo ('gleba'), la teja arrancada del edificio ('tegula'), se presentarían para verificar sobre este símbolo del inmueble litigioso las formalidades prescriptas. Los actos exteriores iban acompañados de palabras. En éstas reinaba el mismo espíritu. Estas palabras eran fórmulas consagradas, y en ellas sólo podían usarse la lengua nacional. Muchas veces una expresión sustituida a otra, alteraba los efectos del acto, y lo hacía nulo. Se dirigían interrogatorios solemnes a las partes, a los testigos y a los que intervenían en el acto, y éstos a su vez debían responder solemnemente. Las interrogaciones y las respuestas, y aquellas fórmulas austeras, precisas y muchas veces inmutables, expresadas en alta voz, no dejaban duda alguna acerca de la voluntad, y grababan profundamente en el ánimo las consecuen-

hombres que seguían la solemnidad de la palabra verbal. De ahí que pese a ir en constante crecimiento nunca la forma escrita llegó a sustituir totalmente a la palabra; en cambio, la presencia de testigos y pronunciar determinadas palabras tenía para los romanos un significado verdaderamente relevante.

En el derecho moderno, en cambio, el crecimiento del principio *consensualista* llevó a que se recurra a la formalidad únicamente en consideración de la importancia social de cada contrato y los efectos jurídicos que de él puedan seguirse; así es que, en general, a mayor importancia corresponde un mayor rigor de forma.

A pesar de lo dicho, no hay que subestimar en modo alguno las evidentes ventajas que proporcionan los actos solemnes: la mayor certeza sobre los hechos, el aseguramiento de la prueba, la fecha cierta frente a terceros, etc.; pero implica tener en cuenta sobre todo sus desventajas, como la mayor onerosidad, la demora en la conclusión de negocios jurídicos, la posibilidad de afrontar nulidades fundadas en la omisión de formas, etc.

Un tema aparte resulta, sobre todo en el ámbito de la doctrina, el de determinar la necesidad o innecesaridad de un principio general como el del artículo 1015 que aquí estudiamos. Spota se encargó de repetir en forma consistente a lo largo de sus distintas obras que este principio de libertad de formas tiene *sabor más doctrinal que normativo*.[6] A criterio de este autor, no es indispensable expresar que si la ley nada establece en contrario puede recurrirse a cualquier forma, de modo que lo regulado en tal sentido es inútil por evidente y no normativo. Agregamos nosotros que esa conclusión fluye, además, del artículo 19 de la Constitución Nacional. Todo esto llevó a que, por ejemplo, esta regulación fuera suprimida del anteproyecto de Bibiloni.

Sin embargo, lo cierto es que otros códigos modernos además del argentino, como por ejemplo el portugués, optan por regular normativamente este principio. Creemos en ese sentido que, aunque pueda resultar sobreabundante la incorporación expresa del principio que aquí estudiamos, contribuye considerablemente a la claridad metodológica y a la facilidad para su comprensión.

---

cias del acto que se hacía o al cual cooperaban. Tal ha sido hasta los últimos tiempos uno de los caracteres del Derecho civil romano, en cuanto a las formas de los actos jurídicos".

6. Spota, A. G. (1975), *op. cit*., pp. 103-104.

# IV. Contratos formales

## 1. Regulación en el Código Civil y Comercial

La lectura del ya citado artículo 1015 del código nos remite en forma literal a los contratos formales. De eso se sigue, entonces, la necesidad de vincularlo con lo previsto por el artículo 969 en el marco de la clasificación de los contratos: el régimen de los contratos formales no es precisamente una excepción al principio de libertad de formas antes explicado.

El aludido artículo 969 prevé:

> Contratos formales. Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato.

## 2. Clasificación de los contratos formales

Como quedó establecido, los contratos pueden ser formales o no formales. Nos ocupamos aquí de la regulación de los primeros ya que los no formales, como vimos, son la regla general a partir del principio de libertad de formas que gobierna la materia.

Los contratos formales deben ser clasificados sobre la base de las finalidades y efectos que den lugar a la exigencia de esa forma determinada. Es así que tenemos: (i) aquellos contratos sujetos a formas absolutas cuya inobservancia priva al acto de cualquier efecto jurídico, (ii) aquellos para los que se exigen formas relativas cuya omisión hace valer el contrato como un compromiso para las partes de cumplir con la formalidad pendiente y (iii) los contratos que tienen previstas formalidades con fines probatorios.

(i) Formas solemnes absolutas.

Un contrato es *ad solemnitatem* absoluto cuando omitida la forma establecida por la ley se produce la ineficacia del acto y, en consecuencia, queda privado de sus efectos propios y de la producción de obligaciones civiles. Son ejemplos de contratos solemnes absolutos las donaciones de inmuebles, muebles registrables y prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552 del Código Civil y Comercial).

Como lo explica Spota, la forma solemne es una forma *visceral*, pues se trata de la forma constitutiva del acto. Así como un hombre no se puede concebir sin sus órganos vitales, en ciertos casos la forma desempeña un rol similar en los negocios jurídicos, de modo tal que la solemnidad cumple un rol sustancial en el acto a punto tal que no hay declaración negocial aunque medie la prueba más terminante para llegar a esa conclusión como puede ser, por ejemplo, una confesión del propio donante de un inmueble.[7]

(ii) Formas solemnes relativas.

En todos los casos en que la formalidad no es exigida bajo pena de nulidad, que diremos son la mayoría, la solemnidad es relativa. En estos supuestos, los contratos no quedan concluidos hasta que se dé cumplimiento a la forma en cuestión y son válidos como compromiso de las partes para cumplir la formalidad pendiente (arts. 285, 995 y 1018 del Código Civil y Comercial).

Esta categoría comprende todos los contratos mencionados en el artículo 1017 del código. Es así que según lo previsto por el artículo siguiente, que recién citamos, el otorgamiento del instrumento sin la formalidad legal constituye una obligación de hacer que puede ser suplida por el juez en representación de quien evidencia una actitud remisa al cumplimiento de la obligación. Ello, siempre que se encuentre cumplida la contraprestación o asegurado su cumplimiento.

Podemos citar como ejemplos de contratos solemnes relativos: la agrupación de colaboración (art. 1455); la unión transitoria (art. 1464); el consor-

7. Spota, A. G. (1975), *op. cit*., p.108.

cio de cooperación (art. 1473); la cesión de derechos hereditarios (art. 1618, inc. a); la cesión de derechos litigiosos referidos a derechos reales sobre inmuebles (art. 1618, inc. b); la cesión de derechos derivados de actos instrumentados en escritura pública (art. 1618, inc. c) y el contrato de fideicomiso, cuando se refiere a bienes cuya transferencia debe ser instrumentada en escritura pública (art. 1619).

(iii) Formas establecidas con fines probatorios.

Los contratos con una formalidad legalmente establecida con la sola finalidad probatoria son los que caben en esta clasificación. Se trata de los llamados *ad probationem* y, en estos casos, la inobservancia de la forma no ocasiona la invalidez del acto jurídico ni la necesidad de cumplimentar la instrumentación pendiente, porque la ley le impone esa forma al solo fin de acreditar que el acto realmente ocurrió.

En estos supuestos, si no se observó la forma exigida, el contrato podrá ser probado por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de que se cumplió con la formalidad o si existe principio de prueba instrumental o comienzo de ejecución (art. 1020 del Código Civil y Comercial).

Son contratos en los que la forma es impuesta a los fines probatorios: la locación de cosa inmueble o mueble registrable o de una universalidad que incluya inmuebles o muebles registrables o de parte material de un inmueble (art. 1188); la agencia (art. 1479); la fianza (art. 1579); la cesión de derechos, cuando no se refiere a actos que deban otorgarse por escritura pública (art. 1618); la transacción (art. 1643); el arbitraje (art. 1650) y el fideicomiso, cuando no versa sobre bienes cuya transmisión requiera del otorgamiento de escritura pública (art. 1669).

## V. Las modificaciones ulteriores al contrato

De acuerdo con lo previsto por el artículo 1016 del Código Civil y Comercial, la formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas

versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista disposición legal en contrario.

Si bien el código derogado no contaba con una norma similar de alcance general en materia contractual, a idéntica conclusión se llegaba en un ejercicio propio del sentido común. Es una derivación, en definitiva, del conocido y aceptado aforismo: "Lo accesorio sigue la suerte de lo principal". Lo propio sucede con las dos excepciones contempladas en la norma citada.

# VI. La escritura pública

## 1. Régimen general y contractual de la escritura pública

Los artículos 299 y ss. del Código Civil y Comercial regulan de manera precisa y detallada el régimen de escrituras públicas en el marco de los actos jurídicos. Luego, ya en el ámbito propio de nuestra materia, el artículo 1017 enumera aquellos contratos que deben ser otorgados por escritura pública. Se trata, en definitiva, de negocios jurídicos cuya trascendencia requiere, a criterio del legislador, de la participación de un escribano que asegure tanto la fe como el control de legalidad del acto.

La enumeración del citado artículo 1017, respecto de los contratos que deben ser otorgados por escritura pública, es la siguiente:

> a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa; b) los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles; c) todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública; d) los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública.

## 2. Contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles

En estos casos, la necesidad de formalizar los contratos por escritura pública aparece justificada a partir de la trascendencia socioeconómica del contrato, tanto para las partes como, incluso, para su oposición frente a terceros a partir de la posterior inscripción registral. De allí que tal como lo hacía el artículo 1184 del código derogado se dotan a los contratos que vinculan a operaciones inmobiliarias del control de legalidad que realiza el escribano.

Contamos como excepción en estos casos con la venta en subasta judicial o administrativa. En estos supuestos, el control de legalidad es realizado por la propia autoridad que dispuso esa venta y la instrumentación mediante escritura se verá reemplazada, en cada caso, por los documentos a partir de los cuales se extrae testimonio de lo allí actuado.[8] Desde ya que la falta de exigencia de esta formalidad no impide que pueda hacerse de ese modo, si es un escribano quien en definitiva protocoliza las actuaciones.

## 3. Los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles

El supuesto contemplado en este inciso es una derivación lógica del explicado en el punto anterior. Esto es, si se exige la escritura pública para la adquisición, modificación o extinción de los derechos reales sobre inmuebles, la solución mal podría ser otra si el derecho vinculado con ese bien es dudoso o litigioso.

8. Puede leerse un detallado aporte sobre los antecedentes históricos de la subasta pública y la formalidad del acto en: Spota, A. G. (1975), *op. cit*., pp. 124 y ss.

## 4. Todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública

Consecuencia lógica del principio de accesoriedad: si el acto principal ha sido otorgado por escritura pública, su accesorio debe cumplir con la misma formalidad.

## 5. Los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública

No contaba el código de Vélez Sarsfield con una disposición similar a la incorporada por este inciso del artículo 1017. La explicación de esa ausencia, podríamos decir, es bastante sencilla: su especificación normativa verdaderamente no aporta nada relevante. Un principio lógico del régimen consensual y de libertad de formas que estudiamos a lo largo de este capítulo permite concluir que, si las partes pactan en uso de su autonomía de la voluntad la instrumentación de un contrato por escritura pública, esa será la formalidad. Con lo cual, esa es la situación que prevé el texto legal.

Por otro lado, la remisión abierta a otros textos legales es una situación frecuente a lo largo de todo el texto del código. En este caso, la situación se asemeja bastante a lo dicho en el párrafo anterior: si una ley especial establece la instrumentación por escritura pública de un contrato, pasará a formar parte del *elenco* previsto en el artículo 1017, aun cuando no se encuentre allí enumerado.

Vale apuntar, en tal sentido, que el propio código contiene a lo largo de la regulación de los contratos típicos distintos supuestos que caben en este inciso y que ya, en muchos casos, fueron citados al clasificar los contratos formales en este capítulo. Sirve también, como ejemplo de lo que decimos, el caso de la representación. Dice el artículo 363 del Código Civil y Comercial que la forma mediante la cual se instrumentará el acto de apoderamiento estará dada por aquel que se tiene en miras realizar.

## VII. Otorgamiento pendiente del instrumento

Tal como expusimos al dar cuenta de los contratos solemnes relativos, el artículo 1018 del Código Civil y Comercial prevé específicamente que el otorgamiento pendiente de un instrumento constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere de una forma específica bajo pena de nulidad. A su vez, si la parte condenada a otorgarlo es remisa, podrá hacerlo el juez a su nombre siempre que las contraprestaciones estén cumplidas o asegurado su cumplimiento.

Esta solución no es novedosa, sino que refleja un criterio jurídico consolidado en el ámbito nacional. Puntualmente, el artículo 1185 del Código Civil regulaba el supuesto en que el contrato debía realizarse por escritura pública y esta no era otorgada, estableciéndose su conversión en obligación de otorgar la escritura pública. El artículo 1185bis explicitaba esa solución para el caso de los boletos de compraventa. Por último, el artículo 1186 limitaba la aplicación de esta solución cuando las partes previeran que el contrato no valdría sin formalización mediante escritura pública: un supuesto de solemnidad absoluta creado por las partes.

Se ha dicho jurisprudencialmente, no obstante, que no todo fallo que condena a escriturar ha de incluir el apercibimiento de que si el obligado no cumpliese dentro del plazo fijado, el juez lo suscribirá por él y a su costa. Esto sobre la base de que la aplicación de la norma del artículo 512 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no debe hacerse en forma irracional o mecánica, desde que la suscripción subsidiaria de la escritura por el juez contempla el caso ordinario de demandas en que la actividad del deudor no es indispensable. Por el contrario, cuando este último supuesto se presenta, es perfectamente viable que el juez condene a escriturar bajo apercibimiento de resolver la obligación en el pago de daños y perjuicios en caso de inejecución en especie, sin quebrar el principio de congruencia ni alterar el objeto de la pretensión.[9]

9. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, (3/7/2015), "S., A. J. c/ P., A. L. s/ cumplimiento de contrato", CIV 076692/2002/CA002. Recuperado de www.cij.gov.ar.

Vale hacer, finalmente, dos aclaraciones puntuales que sirven a la comprensión de esta situación.

La primera tiene que ver con la necesaria y obvia interrelación entre esta solución legal y los distintos códigos de procedimiento. Esto es así, pues en el caso de que reclame judicialmente el cumplimiento de esta obligación de hacer, la actividad del juez puede ser verdaderamente relevante: nada menos que otorgar la escritura pública en nombre del obligado remiso a hacerlo. De hecho, esta cuestión cuenta también con su regulación específica en 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 solución es similar en el artículo 510 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

La segunda, por su parte, tiene que ver con los antecedentes que dieron lugar a esta solución legal. Es así que la jurisprudencia anterior al año 1951, y parte de la doctrina nacional, sostenían que las obligaciones de hacer en las que quedaban convertidos los contratos solemnes relativos en los cuales la exigencia de instrumentación no era cumplida, no podían ser realizadas por el juez. La explicación de esta postura estaba dada en una razón central de bastante simple comprensión: se trata de una obligación *intuitu personae*, pues solo puede ser realizada por el deudor y, por lo tanto, no puede ejercerse violencia sobre su persona. Devenía esa obligación, necesariamente, en la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Luego, fue Colmo quien sostuvo durante años, tanto en sus distintas obras como en sus votos en disidencia, que era el juez quien debía firmar en sustitución del deudor *recalcitrante* que se negaba a firmar la escritura.[10] Esta postura, casi revolucionaria para su época, fue seguida luego por Bibiloni en su anteproyecto y tomó fuerza hasta dar lugar al plenario "Francino c. Rodríguez Conde" de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, en donde se adoptó como doctrina legal obligatoria que atañe al juez firmar la escritura si no lo hace el obligado.[11]

10. Colmo, A. (1928). *De las obligaciones en general*. Buenos Aires: Jesús Menéndez, p. 257.

11. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, (3/10/1951), "Francino, Amalia Cazes de, c/ Rodríguez Conde, Manuel". *JA* 1951-IV y *La Ley* 64-476.

Capítulo 13

# Prueba de los contratos*

# I. Conceptos preliminares

La prueba puede definirse como la demostración de un hecho o de un acto jurídico realizada con los medios que para el caso la ley autoriza, y que permite al juez dar al juicio una solución racionalmente persuasiva. En palabras del profesor italiano Francesco Carnelutti, las pruebas son "los objetos mediante los cuales el juez obtiene las experiencias que le sirven para juzgar".[1]

Y agrega entonces el citado autor que

> no será un atrevimiento, por eso, si las comparamos a llaves mediante las cuales él [el juez] trata de abrir las puertas de lo desconocido, de lo cual, como cualquier otro hombre, se encuentra rodeado, para saber lo que no sabe: ¿qué es lo que ha ocurrido y qué es lo que ocurrirá? Trata de abrir, fijémonos bien: también aquí, a propósito de la función del proceso, una es la finalidad y otro el resultado; sólo en las obras de Dios el segundo se adapta perfectamente a la primera; tratándose de las obras de los hombres todo lo más que se puede esperar es una aproximación de la finalidad. Alguna vez la puerta se abre de par en par; alguna vez se abre solamente un poco; no es raro que quede cerrada. Aquí puede servir también la famosa imagen de la gruta: el juez está encadena-

* Nos hemos ocupado de este tema en particular en: Sobrino Reig, E (2017). La prueba de los contratos en el Código Civil y Comercial. *La Ley Online*. Recuperado de AR/DOC/1053/2017

1. Spota, A. G. (1975). *Instituciones de derecho civil. Contratos*. Buenos Aires: Depalma, p. 173 y sus citas.

> do en una caverna, de espalda a la abertura por donde entra la luz y no ve más que las sombras, sobre la pared de enfrente, de los objetos que pasan por detrás de él: las pruebas son aquellas sombras mediante las cuales a veces consigue y a veces no consigue conocer la verdad. Él no tiene otro modo de conocerla fuera de estas sombras: de ahí el cuidado que debemos poner para darnos cuenta de lo que las mismas son.[2]

Importa, entonces, mostrar en la prueba del contrato que un negocio jurídico determinado existe como un vínculo creado entre las partes, y así se comprueba su naturaleza y los derechos y obligaciones que nacen de él. Es una materia común al derecho procesal y al sustantivo, pero siempre tiene lugar en el escenario del proceso judicial, pues es el juez quien debe apreciar y juzgar si de los medios probatorios aportados lleva razones quien reclama o el contrario que pretende repeler la acción. Es evidente su interés práctico, y para ello existen varios sistemas en la apreciación probatoria.[3]

## II. Metodología

La materia de prueba pertenece por igual al derecho civil y al derecho procesal. Al derecho sustancial le incumbe lo relativo a los medios probatorios, su disciplina y eficacia o fuerza probatoria. El procesal, en cambio, estudia las modalidades con que cada uno de los medios debe y puede ser actuado en la práctica en el marco de un proceso judicial.[4]

Tanto el derogado código de Vélez Sarsfield como el vigente Código Civil y Comercial han optado por incluir, en el marco de la teoría del contrato, un capítulo dedicado a regular su prueba. Varios de los anteproyectos de reforma

2. Spota, A. G. (1975), *op. cit.,* pp. 173-174.

3. Compagnucci de Caso, R. H. (2009). Prueba de los contratos. En R. L. Lorenzetti (dir.), *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales: tomo IV.* Buenos Aires*:* La Ley, p. 605. En igual sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, sentencia única en autos acumulados "A., J. F. M. c/ sucesores de D. A., J. A. s/ cobro de sumas de dinero" y "D. A., J. A. c/ A., J. F. M. s/ daños y perjuicios", CIV 073249/2005/CA001 y CIV 086911/2007/CA001, del 23/10/2015. Recuperada de www.cij.gov.ar

4. Mosset Iturraspe, J. (2005). *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 283.

anteriores, en cambio, habían optado por seguir el modelo del código italiano de 1942 e incluían la cuestión dentro de la parte general, en una sección dedicada a la "tutela de los derechos". Sirven como ejemplo tanto el de Bibiloni como el de Llambías.

En cualquier caso, es evidente que la línea divisoria entre ambas materias es muchas veces difusa. Eso sucede no solo con materia contractual sino, por ejemplo, con lo relativo al derecho sucesorio o de familia. Mucho se ha discutido desde entonces sobre la conveniencia de incluir este tipo de normas con tinte procesal en la regulación de fondo[5] e, inclusive, respecto a la constitucionalidad de esa decisión a partir de la clara disposición del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, que únicamente delegó en el Congreso federal la sanción de las normas de fondo.

Tenemos el convencimiento, sin embargo, de que al igual de lo que sucede, por ejemplo, con el proceso de familia, resulta aceptable la técnica empleada en la medida en que se trata de la regulación de un contenido mínimo que solo fija pautas rectoras para brindar operatividad y asegurar un funcionamiento uniforme de la regulación de fondo.

## III. La prueba de los contratos en el código de Vélez Sarsfield: el artículo 1193

El código derogado establecía en su artículo 1193 que "los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden probarse por testigos". El monto en cuestión no era la moneda de curso legal al momento en que entró en vigencia el nuevo ordenamiento, y su cifra había quedado, en ese sentido, sumamente desactualizada. Pero no por ello la norma había perdido vigencia; por el contrario, era un

5. Goyena Copello, H. R. (08/04/2016). Normas procesales en el Código Civil y Comercial. *La Ley*, 7. De Oliveira, J. J. (2015). El proceso sucesorio en el Código Civil y Comercial. *RCCyC, 13*. Recuperado de AR/DOC/2483/2015. Morón, A. (2014). Conveniencia de incluir normas procesales en el Código Civil y Comercial atinentes al proceso sucesorio con especial referencia al testamento ológrafo y al legítimo abono. *DFyP, 82*. Recuperado de AR/DOC/4134/2014

principio al que se recurría habitualmente para bloquear el análisis y valoración judicial de la prueba testimonial de un contrato.[6]

Este artículo, como es sabido, seguía al artículo 1341 del código francés y, por razones de seguridad, imponía una limitación a la simple prueba de testigos para acreditar la prueba del nacimiento de un contrato cuando este superaba el importe aludido. Es decir, que en ese supuesto es válida únicamente la prueba tasada y preconstituida del instrumento público o privado para convencer al juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos y del negocio jurídico que se invoca.[7]

# IV. La prueba de los contratos en el Código Civil y Comercial

## 1. Regulación normativa

Prevé el artículo 1019 del Código Civil y Comercial:

> Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial. Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos.

Como se ve, el artículo en cuestión merece ser estudiado en dos partes bien diferenciadas. En la primera se establece un régimen general probatorio que aparece como una novedad auspiciosa en el régimen general de los contratos: la regla de la amplitud probatoria y la sana crítica del juez. En la segunda parte, en cambio, se determina que aquellos contratos que sea de uso instrumentar no podrán ser probados exclusivamente mediante prueba testimonial.

6. Rivera, J. C., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017). *Contratos. Parte general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 330.

7. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit.*, pp. 294-297.

## 2. La regla general del primer párrafo: la amplitud probatoria

Tal como afirmamos en los párrafos anteriores, la primera parte del artículo 1019 ofrece una novedad relevante y esperada en la materia: establece como principio general la amplitud de todos los medios de prueba con arreglo a las leyes procesales para la prueba de los contratos. Es un criterio flexible y dinámico que concilia en forma coherente tanto con los sistemas modernos de contratación como con los objetivos constitucionales de justicia.

Coincidimos, en este sentido, con quienes afirman que el eje de la cuestión no debe estar puesto en la presencia o exclusión de tal o cual medio de prueba. Evaluar el desarrollo probatorio de un proceso desde un principio o regla que limita la prueba testimonial de los contratos es la simplificación de una realidad compleja.[8]

## 3. La excepción del segundo párrafo: la restricción probatoria

La última parte del artículo 1019, al que venimos haciendo referencia, establece: "Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos".

El primer punto a tener en cuenta sobre esta cuestión es que la norma reguladora no desestima de plano la prueba testimonial, sino que refiere que los contratos que sea de uso instrumentar no podrán ser probados *exclusivamente* mediante prueba testimonial. Es decir, podrá hacerse uso de esa prueba, pero deberá ser necesariamente complementada por otros medios. Esta solución ya representa de por sí una evolución frente al paralelismo que necesariamente debe trazarse con el viejo artículo 1193 del código derogado.

Luego, como segunda cuestión, y de seguro más compleja, aparece el hecho de determinar concretamente a qué contratos se refiere la última parte del artículo en estudio. La pregunta lógica que emerge se sintetiza en la perple-

8. Rivera, J. C., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017), *op. cit*., p.333.

jidad que causa la primera impresión de este artículo: ¿cuándo estaremos en presencia de un contrato que resulte "de uso" instrumentar? Sucede que es absolutamente lógico que en la práctica aquello que es *de uso* para unos no lo sea para otros. Incluso, la cuestión varía sobre la base del lugar geográfico, de si se trata de un contrato civil o mercantil, de si las partes del contrato mantienen un vínculo previo que determina "usos" entre ellos, etc. En definitiva, como ya se ha propuesto en la doctrina, se deben ponderar los usos y costumbres del lugar para poder determinar si a los fines probatorios la omisión de instrumentación puede ser suplida por testigos.[9]

Se ha criticado, con algo de razón, la vaguedad y ambigüedad que rodea al concepto contenido en el artículo en estudio respecto a los "usos" para determinar los contratos que califican o no de ese modo.[10] No compartimos, sin embargo, que la crítica a la solución legal sea total y esté basada en la supuesta incoherencia con la primera parte a la que antes hicimos referencia. Nos explicamos: el punto cuestionable, a nuestro modo de ver, puede estar dado por el hecho de prever una división entre contratos susceptibles de ser probados con cualquier medio de prueba y aquellos que no pueden acreditarse *exclusivamente* con prueba testimonial. Luego, el concepto de los contratos que es "de uso" instrumentar brinda desde nuestro punto de vista una fórmula que ofrece como principal ventaja un margen de apreciación amplio tanto para el juez como para las partes y sus defensas técnicas en el marco de un proceso judicial. Es un principio que, en este sentido, concilia con la sana crítica como pauta de valoración y con la libertad de formas para la celebración del negocio jurídico. Creemos entonces que la amplitud probatoria debió haber alcanzado a todos los contratos no formales que caben en este artículo y, en ese caso, el sistema se habría sostenido en forma coherente desde sus cimientos: libertad de formas, amplitud probatoria y sana crítica. Establecer una enumeración de contratos que quepan en la calificación como "de uso" instrumentar hubiera sido, sin dudas, una solución todavía más difícil de conciliar con los restantes principios de la materia.

9. Vallespinos, C. G. y Martini, L. J. (2015). Forma y prueba de los contratos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En R. Stiglitz (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación: Contratos. *La Ley*, suplemento especial, p. 130.

10. Rivera, J. C., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017), *op. cit*., p. 336.

# V. La prueba de los contratos formales

El artículo 1020 del Código Civil y Comercial prevé:

> Los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución.

Y agrega en la última parte: "Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato".

La idea de este artículo guarda relación directa con aquella que contenían los artículos 1191 del Código Civil y 209 del Código de Comercio. El primer artículo citado establecía:

> Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescrita, a no ser que hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley, o que hubiese habido un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumentos privados, o que la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación, o falsedad de los instrumentos de donde constare, o cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato. En estos casos son admisibles los medios de prueba designados.

Por su parte, el artículo 209 del código mercantil preveía:

> La prueba de testigos, fuera de los casos expresamente declarados en este Código, sólo es admisible en los contratos cuyo valor no exceda de 200 pesos fuertes. Tratándose de asuntos de mayor cuantía, la prueba testimonial sólo será admitida existiendo principio de prueba por escrito.
> Se considera principio de prueba por escrito, cualquier documento público o privado que emana del adversario, de su autor o de parte interesada en la contestación o que tendría interés si viviera.

La primera cuestión relevante lleva a distinguir el tema aquí en estudio de la materia de forma que abordamos en el capítulo anterior. Como dijimos entonces, el ámbito de aplicación de este artículo recae únicamente en aquellos contratos que tienen una formalidad establecida únicamente con fines probatorios: los llamados *ad probationem*. Se trata de casos en los que, como ya se vio, la inobservancia de la forma no ocasiona la invalidez del acto jurídico ni la necesidad de cumplimentar la instrumentación pendiente, porque la ley les impone esa forma al solo fin de acreditar que el acto realmente ocurrió.

## 1. Imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad

El primero de los supuestos, relativo a la imposibilidad de obtener o de presentar prueba escrita del contrato, contempla los supuestos en que esa prueba no puede ser presentada por razones de caso fortuito o fuerza mayor (incendio, saqueo, inundación, etc.). Cabe la referencia a los *incidentes imprevistos*, a la que aludía el derogado artículo 1192 del Código Civil.

## 2. Existencia de principio de prueba instrumental

La jurisprudencia ha establecido, al respecto, que el principio de prueba por escrito no es más que un indicio que surge accidentalmente de cualquier escrito del adversario, al que le falta la intrínseca eficacia probatoria de la plena prueba, pero que sin embargo contribuye a hacer verosímil, por vía de inducción, el contrato cuya existencia se pretende demostrar.[11]

## 3. Principio de ejecución

La tercera hipótesis de excepción radica en el principio de ejecución. Se trata de aquellos supuestos en los cuales una de las partes recibió de la otra una prestación y se niega a cumplir el contrato. En estos casos, parece injusto

11. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., p. 296 y su referencia a Cámara 1ª de La Plata, *JA 1947-II*, 149.

que la parte cumplidora no pueda justificar por medio de testigos y aun de presunciones la existencia del contrato, dado que ello implicaría una tolerancia indebida a la mala fe y a la deslealtad en los negocios. En síntesis, quien cumplió al menos parcialmente con la prestación debida se halla exento de la obligación de presentar el instrumento escrito y está autorizado a emplear todos los medios de prueba.[12]

## VI. Conflicto de prueba: instrumento público e instrumento privado

Es claro a esta altura que no todos los medios de prueba son igualmente eficaces y que, a su vez, esa jerarquía de eficacia no excluye la posibilidad de conflictos entre el contenido de los distintos medios.

La solución aportada por el artículo 298 del Código Civil y Comercial mantiene la directriz de los arts. 996 y 1194 del código derogado. Prevé así el nuevo cuerpo normativo que "El contradocumento particular que altera lo expresado en un instrumento público puede invocarse por las partes, pero es inoponible respecto a terceros interesados de buena fe".

### 1. Efectos jurídicos entre las partes

Todo lo dicho implica que, entre partes, lo acordado en instrumento público puede ser modificado o suprimido por un contradocumento público o privado. A fin de cuentas, se trata del fruto de su autonomía de la voluntad y encuentra como límite, obvio es decirlo, la licitud de su objeto y su finalidad, como en cualquier otro negocio jurídico.

12. Stiglitz, R. S. (2010). *Contratos civiles y comerciales. Parte general: tomo I.* Buenos Aires: La Ley, p. 516 y sus citas.

## 2. La situación frente a los terceros interesados

En cambio, con relación a terceros de buena fe, resulta inoponible la modificación realizada entre las partes mediante un instrumento privado de aquello pactado en un instrumento público. Cabe decir que la inoponibilidad, como categoría de ineficacia de los actos jurídicos, debe ser opuesta y juzgada en los términos de los artículos 396 y concordantes del Código Civil y Comercial.

Claro que, para este supuesto, el de los terceros, caben dos aclaraciones finales.

La primera es que según la clara letra de la norma debe tratarse de terceros de buena fe. Esta solución era propiciada por la doctrina sobre la base de la interpretación del código derogado, pero no surgía, en cualquier caso, con claridad de su texto.[13]

La segunda tiene que ver con una cuestión evidente pero que vale la pena apuntar: el sentido de la norma es el de la protección a los terceros que confían en un instrumento de mayor jerarquía; nada impide para estos terceros o sus sucesores, entonces, invocar a su favor los documentos privados que modifican lo convenido en un instrumento público, en el caso de que así lo consideren.

# VII. Evolución de la valoración probatoria: de la prueba legal a la libre valoración del juez

Durante muchos siglos, en la historia de los sistemas de *civil law*, se usó una técnica peculiar para resolver los problemas relacionados con la valoración de la prueba: el sistema de la llamada "prueba legal". Este sistema, como nos enseña Michele Taruffo, se basaba en la aplicación de reglas que establecían a priori y en términos generales el valor probatorio de los distintos medios de prueba. Su consolidación tuvo lugar en la ciencia jurídica europea de los siglos XVI y XVII y consistía en largas y complejas listas de reglas detalladas que establecían el peso de cada medio de prueba. Al juez le quedaba,

13. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., p.298.

finalmente, poca o nula discreción en la valoración: solo tenía que sumar los valores de las pruebas positivas y negativas acerca de cada hecho mediante una especie de cálculo algebraico.[14]

Como explica luego el citado profesor italiano, el sistema de prueba legal colapsó por dos razones principales. Una fue la cultura filosófica de la Ilustración, que se deshizo de viejos conceptos de racionalidad para abrir camino a nuevos métodos de razonamiento. La otra tuvo que ver con los profundos cambios institucionales en la estructura del Poder Judicial y el estatus y la función del juez. Esto se explica a partir de que el sistema de la prueba legal se basaba sobre todo en una generalizada falta de confianza en los jueces, lo que hacía que resulte peligroso dejar las decisiones a su criterio. En cambio, el nuevo juez creado después de la Revolución francesa se supone que es un funcionario entrenado profesionalmente y un decidor neutral y responsable; por lo tanto, ya no es necesario evitar que tenga una amplia discreción en su resolución sobre los hechos. Así fue que nació el principio de la libre valoración como método de valoración probatoria: según este principio, el juez debe determinar el valor de cada medio de prueba específico conforme a estándares flexibles y criterios razonables, caso por caso.[15]

En nuestro medio, no obstante, el principio general de sana crítica receptado, subsisten en forma muy puntual distintos supuestos de prueba legal. Son aquellos casos en los que, como describe con simpleza Carnelutti, el juez no puede valorar libremente.[16] Sin embargo, y como veremos luego, el sistema ahora establecido para la prueba de los contratos es el de libertad de medios probatorios y sana crítica por parte del juez.

14. Taruffo, M. (2008). *La prueba.* Madrid: Marcial Pons, pp. 132 y ss.

15. Taruffo, M. (2008), *op. cit*., p. 135.

16. Carnelutti, F. (1997). *Instituciones del proceso civil: volumen I*, Buenos Aires: El Foro, p. 263.

# VIII. La carga de la prueba

## 1. Noción preliminar

Cabe recordar que las "reglas de la carga de la prueba" son, en realidad, parámetros decisorios, puesto que no solo indican cuál de las partes debe probar tal o cual hecho en la *litis*, sino que también prescriben que, de no acontecer ello, el tribunal debe resolver contra quien debía probar y no probó.

Como sostuviera Rosenberg, la teoría de la carga de la prueba es más bien la teoría de las consecuencias de la falta de la prueba, pues las reglas de distribución de la carga probatoria cobran primordial importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez, debiendo en tal caso el tribunal fallar contra quien tenía la carga de probar y no probó.[17]

Sobre esta base debemos tener en cuenta, en lo que hace a la prueba de la existencia y el alcance del contrato, que el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que incumbe la carga de la prueba a la parte que "afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer". Agrega luego que cada una de las partes "deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción".

## 2. Cargas probatorias dinámicas

Con referencia a las cargas probatorias dinámicas, la mentada doctrina, ahora legislada en el Código Civil y Comercial para la responsabilidad por daños en su función resarcitoria que requiera de un factor de atribución subjetivo (art. 1735) debe decirse que constituye un instituto de excepción solo aplicable a los casos de prueba difícil, para cuya operatividad es necesario

17. Rosenberg, L. (1956). *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEA, p. 9, citado en M. A. De los Santos, Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, *JA, 1993-IV*, 868. En este mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, (23/10/2015), "P., A. c/ Emprendimientos Inmobiliarios y Turísticos Poli s/ daños y perjuicios". Recuperado de www.cij.gov.ar

que exista actividad probatoria de aquel a quien beneficia, aunque ella resulte insuficiente por las dificultades que plantea su producción, por la falta de colaboración de la contraparte o por la existencia de conductas elusivas y de ocultamiento de las fuentes de prueba.[18]

## 3. Distinción entre la prueba de los hechos vinculados a la formación, la ejecución y el cumplimiento del contrato

Debe tenerse especialmente en cuenta que las distintas limitaciones probatorias que hasta aquí explicamos abarcan, como regla, la existencia del contrato en sí y no a los hechos vinculados con su cumplimiento y ejecución. De modo que, en todo aquello tocante al cumplimiento del plan prestacional habrá plena libertad en lo que respecta a los medios probatorios, y además deberá determinarse, en cada caso, a quién incumbe la carga de probar cada hecho.

Nos sirve de ejemplo ilustrador en este sentido el caso del cumplimiento del deber de información en un contrato de prestación médica. Acreditada la existencia del contrato, ¿a quién incumbe la prueba de haber cumplido la obligación en cuestión?

Así, mientras algunos fallos se inclinan por exigir que sea el paciente quien acredite que no se le informó debidamente,[19] otros recurren a la teoría de las cargas probatorias dinámicas para imponer tal exigencia en cabeza del profesional.[20] Una postura intermedia, en tanto, parte del principio de que el *onus probandi* pesa sobre el paciente, pero confiere gran valor a las presunciones *hominis* para tener por acreditada la ausencia de información.[21]

---

18. De los Santos, M. (2013). Las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial. En J. W. Peyrano et al (dir.), *Nuevas herramientas procesales*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 375 y ss.

19. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, (05/09/2003). "F. F., G. c/ Obra Social Unión Pers. de la Nación del Pers. Civil Nación s/ daños y perjuicios". L. 362.273.

20. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, (25/08/2005). "C., P. L. y otros c/ C., A. G. y otro". *RCyS, 367* con nota de Sandra Wierzba.

21. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, (09/03/2004), "F. M. G. c/ Asociación Francesa Filantrópica". *RCyS, 388*, con nota de Carlos A. Calvo Costa.

Por nuestra parte, si bien compartimos el criterio esbozado en segundo lugar, no arribamos a tal conclusión sobre la base de una inversión dinámica de la carga probatoria que, como explicamos, solo tiene cabida como excepción y en supuestos especialmente difíciles. Contrariamente, partimos en este caso del principio largamente reconocido, según el cual una vez demostrada la exigencia de la obligación, la prueba del pago incumbe al deudor por aplicación de la regla que fluye del artículo 377 del Código Procesal antes explicada.[22]

En cualquier caso, y aunque haya sido solo a modo de ejemplo, lo trascendente es clarificar los distintos matices que revela la cuestión sobre la carga de la prueba, y en los que se debe poner especial atención para identificar quién tiene la obligación de probar (y, por ende, cargará con las consecuencias procesales del incumplimiento) en cada fase de la relación contractual.

Para ello, es de interés realizar una esquemática clasificación de los hechos a probar en: constitutivos, modificatorios, extintivos, invalidatorios, convalidatorios, impeditivos.

En un contrato de préstamo, el actor aduce: presté diez mil pesos y no me han sido devueltos; exijo que se condene al demandado a pagarlos. Ese actor tiene la carga de la prueba: debe demostrar la existencia del contrato de préstamo (mutuo), o sea, el hecho constitutivo de la demanda. Ahora bien, frente a lo alegado, el demandado puede invocar un hecho modificatorio, que sería, por ejemplo, la reducción de los intereses compensatorios. En ese caso, él es quien debe probar este hecho que modifica la relación jurídica. Otra hipótesis posible es que el demandado diga: es cierto, recibí diez mil pesos en préstamo, pero luego los pagué, invocando de este modo un hecho extintivo de la obligación. Entonces, la carga de la prueba se reparte así: el actor tiene que probar que el contrato fue efectivamente celebrado, pero no tiene que probar que la contraparte no pagó; pero si el demandado, como

22. Ver, en este sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, (09/04/2014), "M., A. B. c/ L. V., J. J. s/ daños y perjuicios", CIV 098236/2008/CA001. Recuperado de www.cij.gov.ar. Ver también, Alterini, A. A., Ameal O. J. y López Cabana, R, M. (2000). *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 122; Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. (1999). *Obligaciones: tomo II*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 166.

ocurre en el ejemplo señalado, asegura que sí pagó, por esa sola circunstancia, reconoce la verdad del hecho constitutivo, y entonces se tiene por acreditado el contrato que es fuente de la obligación. Si el demandado no quiere sucumbir, debe producir la prueba de todos los hechos que justifican el hecho extintivo de la obligación, esto es, la prueba del pago; y si no la produce, pierde.

Sin embargo, no todos los casos aparecen con tanta simplicidad como el ejemplo anteriormente propuesto. Una variante muy natural del caso podría ser la siguiente: el actor alega la existencia del préstamo (hecho constitutivo); el demandado reconoce la obligación y se *excepciona* invocando el pago (hecho extintivo); pero el actor aduce que el pago fue hecho en manos de un mandatario que no tenía facultades para recibir la suma debida (hecho *invalidatorio*) y que por ello debe pagarse de nuevo; pero por su lado el demandado añade que el actor, mediante un acto de ratificación posterior (hecho *convalidatorio*), aprobó la actuación del mandatario. Como bien se comprende, pueden aún aumentar las dificultades si se continúan discutiendo los extremos y características del acto de ratificación. Así, por ejemplo, si se agregara que el actor era incapaz cuando ratificó el acto del mandatario (hecho impeditivo).[23]

En lo que atañe a la materia probatoria, es conveniente tener en cuenta algo que es significativo. Hablamos de quién debe soportar el peso de la prueba, si el actor, el demandado, según sea el hecho constitutivo, según sea el hecho que modifica, que extingue, que invalida, que convalida, que impide. Pero puede darse el caso de que un hecho determinado corresponda ser probado por una de las partes y esa parte no lo pruebe y, sin embargo, en el curso del proceso esa prueba aparezca. No surge por parte de quien le correspondía probar, pero se ha producido esa prueba. Por aplicación del principio procesal de adquisición, los resultados de las pruebas se *adquieren* para el proceso, de modo que benefician o perjudican a las partes con abstracción del litigante que las ofreció o produjo. De allí que sea erróneo referirse a los "testigos de la

23. Couture, E. J. (2007). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: BdeF, pp. 200-201.

demandada" o a los "testigos de la actora" para descalificar los testimonios con resultados desfavorables; el testigo nunca es "testigo de parte".

¿Qué es lo que se quiere decir con todo esto? Que el juez debe prescindir de las reglas del *onus probandi* cuando la prueba ya está dada en el litigio. Ello no es más que lógica derivación de la buena fe-lealtad, de la obligación de decir la verdad y de que el pleito no es un deporte judicial.[24]

24. Spota, A. G. (1975), *op. cit*., p. 243.

Capítulo 14

# Efectos de los contratos

## I. El efecto relativo de los contratos

Dispone el artículo 1021 del Código Civil y Comercial, a modo de regla general, que "el contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley".

Los efectos de los contratos solo alcanzan a los sujetos involucrados en esa relación jurídica. Esos sujetos son las *partes* a las que nos hemos venido refiriendo hasta ahora; no debemos confundir ese concepto con el signatario del contrato –que bien puede ser un representante que actúa a nombre e interés ajeno– con el auténtico centro de interés que da razón de ser al vínculo contractual.

El efecto relativo de los contratos es una regla decididamente fundamental en la materia, y que explica de una manera totalmente racional, además, los principios constitucionales liberales que la guían. Esto es, de la misma manera que las personas tienen absoluta y total libertad para decidir si contratan o no, y para fijar el contenido del contrato en caso de que decidan hacerlo, una vez sellado el consentimiento ese acuerdo produce entre las partes efectos como la propia ley; por fuera de ellos, en cambio, no existe repercusión. Luego, desde ya, esta idea debe ser matizada con los principios de buena fe, abuso de posición dominante o incluso las reglas propias de los contratos de consumo.

Históricamente, el efecto relativo de los contratos se ha expresado mediante la locución latina *res inter alios acta, aliis nec prodesse, nec nocere potest* (la

cosa hecha o juzgada entre unos no aprovecha ni perjudica a terceros). De modo general puede afirmarse que los terceros tienen el deber de abstenerse y de no interferir en el contenido de lo acordado por las partes, en la medida en que no los perjudique, lo que guarda una estrecha vinculación con el principio *alterum non laedere* del artículo 1716 del Código Civil y Comercial.

Sin embargo, a fin de entender los alcances del efecto relativo debe distinguirse, del modo que lo ha hecho la doctrina moderna, entre efectos directos e indirectos. Esto porque, como diremos luego, la regla del efecto relativo se encuentra reformulada en sus alcances y proyecciones dentro de la nueva teoría del contrato, que persigue los valores de justicia y seguridad jurídica.[1]

Los efectos directos dan cuenta del plan prestacional pactado en el propio negocio jurídico, que debe observarse a fin de satisfacer los intereses comprometidos y que, lógicamente, se proyectan únicamente sobre las partes. Esto, claro, salvo expresa disposición legal, como ocurre por ejemplo con la estipulación a favor de terceros.

En el caso de los efectos indirectos, la cuestión aparece vinculada con la proyección de las situaciones creadas o modificadas por el contrato frente a los terceros. Genéricamente se habla de efectos reflejos, porque se presupone que todo negocio jurídico se inserta de manera inevitable en un entramado de actos respecto de los cuales es difícil reconocer que no tenga alguna incidencia.[2]

Vale, a modo de ejemplo, el contrato de locación de inmuebles. La aptitud del locatario inquilino para usar y gozar la cosa nace de un derecho personal como es el contrato de locación. De allí se derivarán, como consecuencias *directas*, las obligaciones de pagar el canon, usar el bien conforme a lo pactado, devolverlo, etc. Sin embargo, y ya de forma *indirecta*, su condición de locatario será oponible *erga omnes* y le permitirá por ejemplo contratar servicios públicos o bien tener legitimación activa para entablar las acciones de despojo o de manutención previstas en los artículos 2241 y 2242 del Código Civil y Comercial.

1. Hernández, C. A. (2016). Eficacia e ineficacia del contrato. En C. A. Hernández y N. L. Nicolau (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley, pp. 306-307.

2. *Ibíd*., p. 307.

# II. Los terceros

## 1. Concepto de tercero

Según explica Spota, debe entenderse por *tercero* a todo aquel que no es parte de un contrato ni resulta sucesor universal de las partes, o todo aquel que no es un sucesor universal que pueda prevalerse de los contratos de su autor.[3]

De este modo, debemos tener claro que los terceros son todos aquellos sujetos que quedan fuera de los efectos directos de los contratos a los que antes hicimos referencia. Los sucesores, igualmente, son terceros hasta el momento en que son llamados a suceder. Es así que expresamente prevé el artículo 1022 del Código Civil y Comercial que el contrato "no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal".

Sin embargo, puede suceder que, si bien los terceros sean ajenos al contrato celebrado, tengan algún interés en ese negocio jurídico. De allí que la doctrina los distingue entre terceros interesados y terceros no interesados, o igualmente, como lo hace Mosset Iturraspe, entre terceros absolutos y relativos.

## 2. Terceros no interesados

Terceros no interesados o *penitus extranei* son aquellas personas totalmente ajenas al negocio y a sus efectos. No tienen derechos subjetivos o intereses legítimos afectados por el acto jurídico.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, como hemos dicho hasta ahora, que esa calidad de tercero refiere a que no se les puede exigir la obligación nacida del contrato ni quedan sujetos a satisfacerla. Toda relación jurídica debe ser respetada por toda la comunidad y su violación trae aparejada responsabilidad: se aplica el principio *alterum non laedere.* Los terceros pueden invocar la existencia del contrato, las obligaciones engendradas, su incumplimiento, etc.,

3. Spota, A. G. (1975). *Instituciones de derecho civil. Contratos: volumen III*. Buenos Aires: Depalma, p.321.

y no tienen derecho a desconocer tales vínculos ni mucho menos a interferir en el derecho de crédito.[4]

### 3. Terceros interesados

Son terceros interesados todas aquellas personas titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo afectado por la relación jurídica. Tales son los titulares de derechos reales sobre las cosas que son objeto del contrato y los acreedores privilegiados o quirografarios de las partes del acto jurídico.[5]

El contrato no produce efectos con respecto a estos terceros interesados por el simple hecho de que afecten el patrimonio de su deudor y, con eso, la garantía común por la que deben responder frente a sus acreedores. Sin embargo, los terceros interesados pueden llegar a estar legitimados para ejecutar las acciones tendientes a que se declaren inoponibles los actos jurídicos celebrados por su deudor, de conformidad con lo prescripto por el artículo 338 del Código Civil y Comercial. De igual modo puede caberles legitimación para la acción de simulación (arts. 333 a 337), la acción subrogatoria (art. 739) o la acción directa (art. 736).

## III. Los sucesores universales y sucesores singulares

### 1. Sucesores a título universal y singular

El artículo 1024 del Código Civil y Comercial dispone:

> Los efectos del contrato se extienden, activa y pasivamente, a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que de él nacen sean inherentes a la persona, o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación, o esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley.

4. Mosset Iturraspe, J. (2005). *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p.344.

5. Rivera, J. C., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017). *Contratos. Parte general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 349.

Asimismo, el Código, en su artículo 400, ubicado en el Título V del Libro Primero, asienta una base plenamente aplicable a la materia: "Sucesor universal es el que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otro; sucesor singular el que recibe un derecho en particular".

## 2. Sucesor universal

(i) Regla general.

Como vimos, sucesor universal es aquel a quien se le pasa todo o una parte indivisa del patrimonio de una persona a raíz de su muerte. De modo que, como regla general, y en función de lo previsto por el citado artículo 1024 del Código, le son extensivos los efectos del contrato acordado por la persona que sucede.

Esta regla se debe complementar con las disposiciones específicas que el Código dedica al tema en materia de sucesiones. Tenemos así que destacar el artículo 2280 que dispone en concreto que, desde la muerte del causante, "los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor".

A su vez, al regular los lineamientos básicos del proceso sucesorio, pues en lo particular corresponde a cada provincia la legislación procesal al no ser una facultad delegada al Congreso Nacional, prevé el artículo 2337:

> si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Puede ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían al causante. No obstante, a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos.

Agrega luego el artículo 2338 que, en la sucesión de colaterales, "corresponde al juez del juicio sucesorio investir a los herederos de su carácter de tales, previa justificación del fallecimiento del causante y del título hereditario

invocado", y en su parte final dispone: "En las sucesiones testamentarias, la investidura resulta de la declaración de validez formal del testamento, excepto para los herederos enumerados en el primer párrafo del artículo 2337".

(ii) Excepciones.

El propio artículo 1024 establece las excepciones en las cuales los efectos del contrato no se extienden activa y pasivamente a los sucesores universales. Entre ellas encontramos:

a) Los derechos personalísimos y las obligaciones *intuitu personae*:

Los derechos personalísimos y las obligaciones que revisten el carácter de *intuitu personae* no son susceptibles de transmisión y, por esa razón, se extinguen al tiempo de la muerte de su titular.

Así es que los derechos inherentes a la personalidad son aquellos inseparables de la condición humana que los ostenta, y se encuentran regulados en los artículos 51 y siguientes del Código.

Luego, se presenta el caso de aquellos contratos en los que la presencia de la persona del contratante es fundamental en el contexto del plan prestacional. Sucede con el típico ejemplo de un artista que es contratado para un show musical o para pintar un cuadro. Los efectos de ese contrato no se transmiten, entonces, a los sucesores universales.

Sirve el ejemplo del contrato de obra y servicios en los que la muerte del contratista o prestador extingue el contrato, a no ser que el comitente acuerde expresamente que pueden continuarlo los herederos (art. 1260 del Código).

b) La prohibición legal:

Otro tanto ocurre con aquellos casos en que la propia ley, sea a través del código o de una norma especial, dispone que las obligaciones contractuales resultan intransmisibles.

Sucede así con el artículo 1165 del Código Civil y Comercial y el pacto de preferencia en el contrato de compraventa, que es aquel por el cual el vendedor tiene derecho a recuperar la cosa con prelación a cualquier otro adquirente, si el comprador decide enajenarla. Dispone el artículo citado: "el derecho que otorga es personal y no puede cederse ni pasa a los herederos".

El artículo 1541, inciso d, del Código, al regular la extinción del contrato de comodato, dispone que ello tiene lugar por muerte del comodatario, excepto que se estipule lo contrario o que el comodato no haya sido celebrado exclusivamente en consideración a su persona.

c) La prohibición convencional:

Finalmente, el artículo 1204 prevé la posibilidad de que sean las partes quienes atribuyan el carácter de intransmisible a un derecho o a una obligación. Juega aquí la autonomía de la voluntad y la libertad para contratar, y entonces ese contrato no producirá efectos con relación a los sucesores universales del titular.

## 3. Sucesor singular

Como adelantamos, el sucesor singular o particular recibe únicamente un bien específico del patrimonio y su relación con el transmitente se limita a lo adquirido. Este fenómeno puede ocurrir por un acto entre vivos, como un contrato de compraventa, o por una disposición de última voluntad, en el caso del legado de cosa cierta.

Citamos como ejemplo que vincula a los sucesores particulares por actos entre vivos al contrato de cesión de la posición contractual previsto en los artículos 1636 y siguientes del Código Civil y Comercial. Dispone el artículo en cuestión: "En los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión". Luego, agrega el artículo 1637: "Desde la cesión o, en su caso, desde la notificación a las otras partes, el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones, los que son asumidos por el cesionario".

En el caso de las disposiciones de última voluntad citamos el legado de cosa cierta: *Roberto lega a su ahijado Juan un inmueble de su propiedad en la ciudad de Azul a través de un testamento*. Así es que, ocurrido su fallecimiento, y de conformidad con lo prescripto por el artículo 2497 del Código, el legatario de bienes determinados es propietario de ellos desde la muerte del causante y puede ejercer todas las acciones que ejercía aquel que era titular.

Capítulo 15

# Incorporación de terceros al contrato

## I. La regulación del Código Civil y Comercial

Nos ocupamos en el capítulo anterior del efecto relativo de los contratos y vimos allí que, por regla, los efectos de los contratos se producen entre las partes. También que por excepción pueden alcanzar a otros terceros interesados, como por ejemplo a los acreedores de las partes, que tienen en nuestro sistema legal distintas acciones para tutelar sus intereses.

Sin embargo, hay también otras excepciones al citado efecto relativo de los contratos, como los casos de los terceros que se incorporan a los negocios jurídicos o que pueden ser alcanzados por sus efectos. Nos ocuparemos entonces de los siguientes supuestos:

- el contrato a nombre de un tercero;
- la promesa del hecho de un tercero;
- la estipulación a favor de un tercero;
- el contrato para persona a designar;
- el contrato por cuenta de quien corresponda.

## II. Contrato a nombre de un tercero

Este supuesto particular está previsto en el artículo 1025 del Código Civil y Comercial: "Quien contrata a nombre de un tercero sólo lo obliga si ejerce su representación. A falta de representación suficiente el contrato es ineficaz.

La ratificación expresa o tácita del tercero suple la falta de representación; la ejecución implica ratificación tácita".

Cabe decir en este punto que la representación configura un amplio género jurídico que permite a una persona otorgar, en nombre y por cuenta de otro, actos jurídicos entre vivos, con la salvedad de aquellos que únicamente puedan ser otorgados por el titular del derecho. Es definida por Roca Sastre y Puig Brutau como aquella institución en cuya virtud una persona, debidamente autorizada o investida de poder, otorga un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, recayendo sobre esta los efectos normales consiguientes. Como enseña Mosset Iturraspe, las consecuencias del acto jurídico cumplido por el representante no gravitan sobre su patrimonio, sino que se proyectan sobre el representado, dando un "salto a dos pies".[1]

Bien claro es Fontanarrosa, quien siguiendo a Rocco dice que la representación es la situación jurídica en cuya virtud alguien emite una declaración de voluntad para realizar un fin cuyo destinatario es otro sujeto, de modo que hace conocer a los terceros, a quienes va dirigida esa declaración de voluntad, que él actúa en interés ajeno, con la consecuencia de que todos los efectos jurídicos de la declaración de voluntad se produzcan respecto del sujeto en cuyo interés ha actuado.

En algunos casos, la representación surge como una necesidad. Así será con los incapaces que, por su imposibilidad de actuar por sí, necesitarán de una persona que lo haga por ellos. Otras veces, responde estrictamente a la conveniencia o simple comodidad del representado, como ocurre con la representación judicial que evita a un litigante la necesidad de concurrir, por ejemplo, a una audiencia testimonial o a suscribir cada presentación que deba realizarse en el marco de un proceso judicial. De cualquier modo, resulta incuestionable a esta altura la importancia de este instituto tanto a nivel comercial como profesional, y en general para el desarrollo de los actos jurídicos en todos los ámbitos de la sociedad.

1. Álvarez Juliá, L. y Sobrino Reig, E. (2014). Representación. En Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tomo I*. Buenos Aires: La Ley, pp.800 y ss.

De lo dicho, se colige que la representación se basa en dos requisitos: el obrar en nombre ajeno y el fundar su actuación en el apoderamiento, poder o procura. En base a su origen, será legal, orgánica o voluntaria.

## 1. Representación legal

La representación será de fuente legal cuando resulte de una regla de derecho, como sucede con la representación que ejercen curadores, tutores y padres en ejercicio de la responsabilidad parental, con relación a personas con capacidad restringida o menores de edad.

## 2. Representación orgánica

La representación orgánica, por su lado, contempla los casos de representación de personas jurídicas. Surgirá del estatuto, contrato o del instrumento legal que diera origen a una persona de existencia ideal. El representante es el titular de un órgano, independiente de la existencia de un poder. Así, por ejemplo, en las sociedades anónimas el representante es el presidente del directorio (art. 268 de la Ley N° 19550), sin perjuicio que pueda darse poder a un abogado para que represente a la sociedad en juicio: en el primer supuesto, habrá representación orgánica.

## 3. Representación voluntaria

Por último, la representación de fuente voluntaria es una declaración unilateral de voluntad, emitida por el representado, dirigida a los terceros, mediante la cual se da, normalmente, un poder al representante para que obre por cuenta y orden de aquel. Así, los efectos de los vínculos jurídicos que celebre el representante con los terceros obligan directamente al representado. Esta especie de representación, por su importancia, mereció regulación específica y será examinada en los artículos correspondientes.

## 4. La ratificación

Ya apuntamos que la representación es la situación jurídica en cuya virtud alguien emite una declaración de voluntad para realizar un fin cuyo destinatario es otro sujeto. Es decir, que hace conocer a los terceros a quienes va dirigida esa declaración de voluntad que él actúa en interés ajeno, con la consecuencia de que todos los efectos jurídicos de la declaración de voluntad se produzcan respecto del sujeto en cuyo interés ha actuado.

Del mismo modo, la ratificación implica una declaración unilateral de voluntad del representado pero, en cambio, no está dirigida a terceros, ni es recepticia, ni previa a la actuación del representante. La ratificación se produce cuando, ante la actuación de una persona que no tiene facultades representativas, sobreviene una declaración de voluntad del titular del interés, que asume la gestión como propia. Así, otorga eficacia con posterioridad al acto. La ratificación, en definitiva, suple los defectos de la representación con efectos entre las partes retroactivos al día del acto. Vale decir, que la ratificación efectuada no implicará un apoderamiento futuro a quien actuó sin representación para que comience a obrar en tal carácter, sino que circunscribirá sus efectos a los actos anteriores, objetos de dicha venia.

A diferencia de lo dicho en el punto anterior con relación a las consecuencias que produce la ratificación entre las partes, tal emisión unilateral del representado no producirá efectos respecto de terceros que hayan adquirido derechos con anterioridad. Tal precepto tiene un gran sentido práctico a fin de evitar la utilización de esta valiosa herramienta en fraude a la ley. Es que podría ocurrir que una persona, luego de transferir un derecho a favor de otra, encuentre en este precepto un modo de privarlo de él, ratificando la actuación de alguien que transmitió ese mismo derecho sin tener poder suficiente. De allí la importancia de la inoponibilidad a los terceros que hayan adquirido derechos con anterioridad.

Según prevé el artículo 370 del Código Civil y Comercial, en tanto, la ratificación puede efectuarse en cualquier tiempo. No obstante, los interesados podrán requerirle al titular que se expida, fijando un plazo que no podrá exceder los quince días, ampliándose a tres meses si dependiese de la autoridad ad-

ministrativa o judicial. El tercero que no haya requerido la ratificación podrá revocar su consentimiento sin esperar el vencimiento de los términos señalados en el párrafo anterior. El silencio del titular ante el requerimiento debe interpretarse como una negativa sobre la base del artículo 263 del código.

Por último, cabe apuntar que la ratificación puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando resulte de cualquier manifestación concreta del titular por quien se otorgó el acto. Habrá ratificación tácita, en cambio, cuando haya un comportamiento del titular del derecho llevado a cabo mediante actos concluyentes que entrañen una inequívoca aceptación de lo hecho por quien actuó a su nombre.

## III. Promesa del hecho de un tercero

### 1. Concepto

Una persona, sin ejercer ningún tipo de representación, puede obligarse frente a otra a conseguir que un tercero dé una cosa o preste un servicio.

Prevé al respecto el artículo 1026 del Código Civil y Comercial: "Quien promete el hecho de un tercero queda obligado a hacer lo razonablemente necesario para que el tercero acepte la promesa. Si ha garantizado que la promesa sea aceptada, queda obligado a obtenerla y responde personalmente en caso de negativa".

Es así que en un contrato una de las partes puede asumir frente a la otra la obligación de *procurar* que un tercero verifique una prestación de dar, hacer o no hacer, o puede *garantizar* el cumplimiento de esa obligación por el tercero. Cuándo se trate de una obligación de medios consistente en la debida diligencia para procurar que el tercero realice la prestación y cuándo, en cambio, se esté ante una obligación de resultado, será una cuestión a determinar específicamente en cada caso. La norma prevé que, a falta de estipulación contractual en contrario, se presumirá la presencia de una obligación de medios.

## 2. Promesa del hecho de un tercero como obligación de medios

Siempre que no haya estipulación en contrario, se entenderá que en este tipo de contratos la obligación asumida es de medios. Así, uno de los contratantes asume un deber jurídico de procurar, por todos los medios a su alcance, que el tercero realice la prestación, sea que consista en un hecho, como la celebración de un negocio jurídico, o en una abstención, como puede ser no establecerse con un fondo de comercio o en un dar.[2]

Toda obligación de medios implica prometer la debida diligencia; esto es, que no medie culpa o dolo del contratante en el cumplimiento de su obligación. Las pautas de valoración de esa conducta serán las brindadas por los artículos 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial. Dice particularmente el primero de ellos que

> La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Luego, el segundo agrega el mayor estándar de diligencia cuando se trate de personas que realizan de manera habitual ese tipo de actividades o de contratos en los que existe una confianza especial, tal como puede ser el caso de un profesional de la salud.

## 3. Promesa del hecho de un tercero como obligación de resultado

En el contrato por el cual una de las partes asume la obligación de *garantizar la ratificación* por el tercero del negocio jurídico celebrado entre los

2. Spota, A. G. (1975). *Instituciones de derecho civil. Contratos: volumen III*. Buenos Aires: Depalma, p. 397.

contratantes, o que asume el deber jurídico de *garantizar el cumplimiento mismo* del contrato por el tercero, estará sometido a una auténtica obligación de resultado de su gestión y no a una simple obligación de medios.[3]

De modo que, para estos casos, la valoración será objetiva sobre la base de lo previsto por el artículo 1722 del Código Civil y Comercial: "El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario".

# IV. Estipulación a favor de un tercero

## 1. Concepto

Es relativamente habitual que determinados contratos contengan estipulaciones a favor de terceros. Ejemplos en los que puede darse este tipo de situaciones son la donación con cargo, prevista en el artículo 1562 del Código Civil y Comercial, la renta vitalicia, regulada en el artículo 1599, el contrato de seguro de vida o de caución, la extensión de una tarjeta de crédito acordada para un familiar, etc.

En todos estos ejemplos hay una relación base entre el *estipulante* (quien hace la estipulación a favor de un tercero) y el *promitente* (quien se encarga de realizar la promesa y la puede revocar mientras no sea aceptada). El tercero es llamado *beneficiario* y no es parte en el contrato base: solo presta una adhesión perfeccionante. Puede aceptar o no la ventaja acordada. En el caso de que la acepte, debe hacerlo saber al obligado (promitente) y puede accionar directamente contra el promitente y contra el estipulante.[4]

De manera similar, dice Spota, que la estipulación a favor de un tercero se presenta cuando una persona (el estipulante o promisario) conviene con otra

3. *Ibíd*., p. 399.

4. Lorenzetti, R. L. (2010). *Tratado de los contratos. Parte general*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 518.

(el promitente u obligado) que la segunda efectuará una prestación en beneficio de un tercero que no es parte en el contrato (el beneficiario).[5]

El Código Civil de Vélez Sarsfield admitió la estipulación a favor de terceros y no la reguló como un contrato sino como una obligación en el artículo 504. Su naturaleza jurídica fue largamente discutida en la doctrina nacional y el tema en particular fue tratado en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad de Buenos Aires en el año 1979. Se recomendó en sus conclusiones, entre otras cuestiones: a) la estipulación debe interpretarse restrictivamente, b) la estipulación puede ser solo una cláusula del contrato o puede también ocupar íntegramente el contrato y c) la facultad del tercero beneficiario de aceptar la estipulación no se transmite a sus herederos salvo que se pacte lo contrario.[6]

## 2. La regulación en el Código Civil y Comercial y el funcionamiento de la estipulación

Dispone el artículo 1027:

> Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva.

5. Spota, A. G. (1975), *op. cit*., p. 365 y su transcripción textual a Juan Carlos Rezzónico.

6. Estas conclusiones y las demás no enumeradas aquí están disponibles en el sitio web jndcbahiablanca2015.com. Allí se pueden encontrar todas las conclusiones desde el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en la Universidad Nacional de Córdoba en el año 1927.

De este modo, podemos clarificar que el tercero puede estar determinado en la propia estipulación o ser determinable según las pautas especificadas en el contrato. Pero lo cierto es que para que el beneficio le sea finalmente atribuido debe aceptarlo: se trata de una declaración de voluntad recepticia que debe ser comunicada al promitente.

Luego, la sola aceptación del tercero hace nacer el beneficio a su favor pero no lo convierte en *parte* del contrato celebrado. Únicamente le da firmeza a la estipulación realizada a su favor. Una vez aceptada la promesa, y comunicada esa decisión, puede exigir su cumplimiento.

El beneficio acordado no *transita* por el patrimonio del estipulante sino que se recibe directamente del promitente; esto lleva a que, por ejemplo, no pueda ser objeto de agresión patrimonial por los acreedores del estipulante. Así, por ejemplo, en el caso de un seguro de vida, ese capital no formará parte del acervo hereditario y lógicamente tampoco puede ser objeto de embargo por parte de los acreedores de la persona fallecida.

Puede ocurrir que el tercero rechace el beneficio acordado. También que el promitente revoque la promesa con anterioridad a la aceptación. En cualquier caso, la facultad de aceptar solo le pertenece al tercero y no se transmite a sus herederos salvo pacto específico en contrario.

## 3. Las relaciones entre las partes

En este tipo de estipulaciones se establecen diversas relaciones jurídicas que quedan de manifiesto con solo pensar que en la formación del contrato los *interesados* son dos, pero luego en sus resultados abarca a tres.

Prevé sobre esta cuestión en particular el artículo 1028:

> El promitente puede oponer al tercero las defensas derivadas del contrato básico y las fundadas en otras relaciones con él. El estipulante puede: a) exigir al promitente el cumplimiento de la prestación, sea a favor del tercer beneficiario aceptante, sea a su favor si el tercero no la aceptó o el estipulante la revocó; b) resolver el contrato en caso de incumplimiento, sin perjuicio de los derechos del tercero beneficiario.

De esta manera, podemos destacar los tres tipos de relaciones jurídicas a los que hicimos referencia:

- la del *estipulante* que contrata con la intención de beneficiar a un tercero con el *promitente* que se obliga a favor del tercero. Es la llamada *relación base*;
- la del *estipulante* con el *beneficiario* que implica un enriquecimiento patrimonial en el tercero y en cuya causa habrá que indagar para determinar si, por ejemplo, está presente la intención de beneficiarlo con una liberalidad;
- la relación entre el *promitente* obligado y el tercero *beneficiario.* Es la llamada *relación de cobertura* como consecuencia de la cual el tercero tendrá acción directa para obtener el cumplimiento de la obligación.

# V. Contrato para persona a designar

## 1. La regulación en el Código Civil y Comercial

Prevé el artículo 1029 del Código Civil y Comercial:

> Cualquier parte puede reservarse la facultad de designar ulteriormente a un tercero para que asuma su posición contractual, excepto si el contrato no puede ser celebrado por medio de representante, o la determinación de los sujetos es indispensable. La asunción de la posición contractual se produce con efectos retroactivos a la fecha del contrato, cuando el tercero acepta la nominación y su aceptación es comunicada a la parte que no hizo la reserva. Esta comunicación debe revestir la misma forma que el contrato, y ser efectuada dentro del plazo estipulado o, en su defecto, dentro de los quince días desde su celebración. Mientras no haya una aceptación del tercero, el contrato produce efectos entre las partes.

Esta modalidad de incorporar terceros al contrato no había sido regulada de manera explícita por el código derogado. Este contrato es definido como aquel

> por el que uno de los contratantes (estipulante) se reserva la facultad de designar en un momento posterior y dentro de un plazo prefijado, a una tercera persona desconocida e indeterminada en el momento de la celebración para que pase a ocupar el lugar del estipulante en la relación contractual.[7]

Es una figura muy utilizada en la práctica en el marco del contrato de compraventa y con la denominación de *compra en comisión*.

## 2. Finalidades del contrato para persona a designar

En tal contexto, el contrato celebrado bajo esta modalidad puede cumplir dos finalidades bien expuestas. La primera es de gestión o actuación en interés ajeno: el estipulante se encuentra ligado al tercero y actúa en su interés. La segunda función de este tipo de contratos es de mediación, en el momento de celebrar el contrato el estipulante actúa por su propia cuenta y no se encuentra ligado por nadie; espera encontrar en un momento posterior a una persona a quien ceder el contrato o los bienes adquiridos.

Por su parte, el código se encarga de precisar que esta modalidad de contratación no es posible cuando el acuerdo de voluntades no puede ser celebrado por representante o cuando la determinación de los sujetos del contrato es indispensable al momento de la contratación, tal como ocurre con los contratos *intuitu personae*.

## 3. Aceptación del tercero: efectos, plazos y silencio

Desde el momento en que el estipulante comunica la designación del tercero y este acepta su designación, se produce la asunción de la posición contractual con efecto retroactivo al momento de la celebración del contrato.

Las partes pueden establecer en el contrato el plazo por el cual se podrá hacer uso de la facultad en cuestión y su debida comunicación a la contraparte.

7. Díez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos del derecho civil patrimonial: tomo I*. Madrid: Civitas, p. 416.

En caso de silencio entre las partes sobre esa cuestión particular, el código fija un plazo máximo de quince días desde la celebración del contrato.

En caso de que el tercero no acepte la estipulación a su favor, quien contrató con invocación de hacerlo en su interés quedará obligado frente al otro contratante.

# VI. Contrato por cuenta de quien corresponda

## 1. Su regulación en el Código Civil y Comercial

Prevé el artículo 1030 del Código Civil y Comercial: "El contrato celebrado por cuenta de quien corresponda queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva. El tercero asume la posición contractual cuando se produce el hecho que lo determina como beneficiario del contrato".

Messineo caracteriza a este tipo de contratos como aquellos celebrados a beneficio de un tercero indeterminado al momento de su concertación, mediante el cual es posible proteger un interés suyo hasta tanto se revele su identidad. Su naturaleza jurídica es la de una gestión de negocios en la que se actúa en interés y nombre de un tercero, con la peculiaridad de que ese tercero es indeterminado pero determinable a futuro, por lo que al momento de contratar no se cuenta con su consentimiento.[8]

## 2. Diferencias con el contrato para persona a designar

La diferencia central con el contrato para persona a designar es que aquí la designación del dueño del negocio no queda en cabeza de las partes. No se lo conoce. Puede ocurrir, por ejemplo, por estar sujeta a litigio la titularidad de la cosa objeto del contrato.

Otra diferencia es que en este tipo de contratos quien lo celebra nunca será finalmente la *parte* propiamente dicha. De este modo, no hay posibilidad de que quede vinculado al contrato como sí ocurre en el otro caso explicado.

8. Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato: tomo 1*. Buenos Aires: EJEA. p. 281.

## 3. Casos en los que se presenta esta modalidad contractual

Se suele utilizar como ejemplo de este tipo de contratos alguna variante prevista en la Ley de Seguros. La Ley N° 17418 regula en la sección séptima el contrato por cuenta ajena. Dice su artículo 21:

> Excepto lo previsto para los seguros de vida, el contrato puede celebrarse por cuenta ajena, con o sin designación del tercero asegurado. En caso de duda, se presume que ha sido celebrado por cuenta propia. Cuando se contrate por cuenta de quien corresponda o de otra manera quede indeterminado si se trata de un seguro por cuenta propia o ajena, se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando resulte que se aseguró un interés ajeno.

Así, se ha explicado que

> cuando en la póliza de seguro se indica el nombre del legítimo titular del interés asegurable –quien es en consecuencia el verdadero asegurado– estarnos frente al contrato por "cuenta ajena". Al no indicarse en la póliza si el seguro es por "cuenta propia" o "ajena" o cuando la misma se toma "por cuenta de quien corresponda", estaríamos ante el seguro "por cuenta de tercero" o "por cuenta de quien corresponda".[9]

9. López Saavedra, D. M. (1997). El seguro por cuenta de tercero. *DJ, 1997-2*, 790.

Capítulo 16

# Suspensión del cumplimiento y tutela preventiva

Aportes de la Dra. Mariela Persico

# I. Introducción

En concordancia con la moderna tendencia jurisprudencial y doctrinaria, el Código Civil y Comercial, en el Libro Tercero, que trata sobre los derechos personales, legisla una sección referida a la suspensión del cumplimiento de los contratos (Título II, Contratos en general; Capítulo 9, Efectos; Sección Tercera) con el objetivo de brindar herramientas para evitar o prevenir, o al menos atenuar, los efectos dañosos que podría producir un incumplimiento contractual.

Esta sección, integrada por los artículos 1031 y 1032, permite que el contratante deje de cumplir sus obligaciones si demuestra que el otro no cumplió las suyas, o que existe un serio riesgo de que no las cumpla. Tales normas reafirman la alineación preventiva consagrada genéricamente en el artículo 1710 del Código Civil y Comercial.

# II. Suspensión del cumplimiento de los contratos

El artículo 1031 del Código Civil y Comercial legisla la consabida *exceptio non adimpleti contractus*, pero no se detiene allí, ya que autoriza la suspensión de obligaciones contractuales mediante la deducción judicial de una acción, y no solo por vía de excepción como lo preveía el derogado artículo 1201 del Código Civil.

No podía seguir llamándose excepción a lo que también se admite como acción, de ahí el cambio de *nomen iuris* de la nueva normativa. Sin embargo, en el precitado artículo, el principal supuesto de suspensión del contrato está constituido por la denominada excepción de incumplimiento. Sin mencionarla expresamente, igualmente la regula, dado que contempla el sustancial efecto de la figura: paralizar el cumplimiento de una prestación mientras la otra parte no cumpla la suya.

Tal es, precisamente, el fin de la *exceptio*: no ser condenado a cumplir un contrato bilateral si quien reclama no cumplió, no cumple, no ofrece cumplir, ni demuestra que su obligación se encuentra sometida a plazo o condición suspensiva.[1]

## 1. Suspensión por vía de excepción: la célebre exceptio non adimpleti contractus

(i) Introducción.

La suspensión del cumplimiento en su arista tradicional, esto es, como excepción o defensa, estaba legislada en el artículo 1201 del Código Civil, que reconocía su antecedente directo en el artículo 1955 del Proyecto de Freitas, así como en el artículo 1522 del Código Civil chileno.

El artículo 510 del Código Civil derogado también contenía una aplicación general de esta excepción al establecer que no se presentaban los efectos legales de la mora en el cumplimiento de obligaciones en el supuesto de mora recíproca.

En los contratos bilaterales, si un contratante no cumple con una obligación a su cargo, y de todos modos demanda al otro contratante por cumplimiento de contrato, puede el contratante demandado resistir la pretensión deducida mediante la articulación de la excepción de incumplimiento contractual; defensa que no procura aniquilar el derecho del demandante sino paralizarlo.

1. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Suspensión del cumplimiento y fuerza mayor. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 530.

Esta excepción de incumplimiento la opone una de las partes de un contrato bilateral o sinalagmático al contratante que, no obstante no haber cumplido la obligación que asumió al contratar (o haberla cumplido irregular, parcial o morosamente), demanda la ejecución de ese contrato. Insistimos, la excepción no persigue la resolución del contrato, sino que tiene una consecuencia meramente dilatoria. En esto difiere del pacto comisorio.

En síntesis, ¿qué se entiende por excepción de incumplimiento? Es una excepción dilatoria que opone un contratante al requerimiento ("demanda") del otro contratante cuando se trata de un contrato bilateral, y en virtud de que el oponente de la excepción sostiene que el demandante no ha cumplido con la obligación a cargo de tal accionante, salvo que se haya pactado un orden de prelación en el cumplimiento de las obligaciones (pacto de *solve et repete*), o uno de los contratantes hubiera renunciado a oponer esa defensa, o quien requiere el cumplimiento probase que la prestación a su cargo fue cumplida.[2]

(ii) Fundamento: prestaciones correlativas, bilaterales o sinalagmáticas.

La reciprocidad e interconexidad típicas de las prestaciones derivadas de contratos bilaterales exigen, salvo disposición expresa en contrario o existencia de usos diferentes, que su cumplimiento sea simultáneo. Por regla, las obligaciones sinalagmáticas deben ser satisfechas al unísono. El fundamento de los asertos "no cumplo si no cumples" y "si me demandas, me excepciono" se encuentra en la bilateralidad o *sinalagma* funcional, que fuerza a la ejecución "mano a mano".[3]

El contrato sinalagmático es tal que implica, como dicen los franceses, un cumplimiento *donnant-donnant*, una ejecución *trait pour trait*; es decir, debe cumplir uno de los contratantes porque el otro también cumple, y así recíprocamente.[4]

---

2. Spota, A. G. (1975). *Instituciones de derecho civil. Contratos: volumen III*. Buenos Aires: Depalma, pp. 339-340 y sus citas.

3. Mosset Iturraspe, J. (1999). Comentario al artículo 1201. En A. J. Bueres (dir.), *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial: tomo 3C*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 57.

4. Spota, A. G. (1975), *op. cit*., p. 440.

La *exceptio non adimpleti contractus* se contempla entonces como un efecto especial y particular de este tipo de contratos, los bilaterales, donde la interdependencia de las prestaciones recíprocas las vuelve inescindibles, y así una es la razón de ser de la otra.

Ahora, para que el pedido de suspensión del contrato por vía de excepción resulte procedente es ineludible que la obligación de quien reclame no esté sujeta a plazo o condición suspensiva. Si uno de estos elementos accesorios aparece postergando el cumplimiento de la prestación a cargo del reclamante, la excepción no puede prosperar. La explicación es sencilla: el accionante, en ese caso, tiene derecho a exigir pero aún no está obligado a cumplir.[5]

(iii) Naturaleza jurídica: defensa dilatoria del derecho sustancial.

La excepción de incumplimiento es una defensa del derecho sustancial de carácter meramente dilatorio. Por eso, cuando procede, no implica la extinción del contrato. Es decir, que a pesar de que resulte procedente la excepción de incumplimiento, el contrato sigue viviendo. Esto, porque el efecto de la excepción de incumplimiento no es extinguir, anular, dejar sin valor, el contrato. El demandado se ampara en esta excepción para que el juez le rechace la demanda a ese contratante que ha deducido la pretensión accionable sin haber cumplido, ni haber ofrecido cumplir simultáneamente.

(iv) Aspectos procedimentales.

Su interposición no requiere términos sacramentales. Se trata de una excepción de fondo que debe oponerse al contestar la demanda y resolverse en la sentencia.

No es necesario hacerla valer por vía de reconvención, pero también puede ser motivo de esta.

Si el juez decide admitir la *exceptio*, la solución habitual consiste en rechazar, de momento, las pretensiones contenidas en la demanda, hasta tanto el demandante cumpla con las obligaciones a su cargo, produciendo así efectos suspensivos provisionales y no *preclusivos*. Sin embargo, en la actualidad se considera que esta solución tradicional se halla reñida con la economía procesal y, por tal razón, se acepta que no es ineludible que el *excepcionante* reconvenga para que, en su caso, se pueda condenar a la demandante a satisfacer la

5. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 533.

contraprestación que le incumbe en consonancia con el cumplimiento que le corresponde a la demandada.[6] Resume Mosset Iturraspe: admitida esta excepción, el fallo puede: 1) rechazar la demanda promovida, sin que ello signifique juzgar los derechos del demandante, que podrán luego hacerse valer en otro juicio, una vez cumplida por el actor la prestación pendiente; y 2) hacer lugar a la demanda, previa satisfacción por el demandante de la prestación a su cargo. La primera es la solución tradicional; la segunda es práctica, responde al principio de economía procesal y puede resultar más equitativa.[7]

Así, puede interpretarse que la oposición de la excepción de incumplimiento involucra tácitamente una demanda reconvencional que justifica que el órgano jurisdiccional, en la medida de lo posible, no emita una resolución transitoria sino definitiva y comprensiva de todos los intereses comprometidos.[8]

Frente a la interposición de esta excepción, la parte actora puede defenderse argumentando: 1) que el incumplimiento de la prestación a su cargo no es grave; 2) que el cumplimiento de su prestación está sujeto a plazo no vencido o a condición suspensiva. Empero, en este punto debe tenerse en cuenta que la insolvencia provoca la caducidad del término de cumplimiento del que gozaba el contratante devenido en insolvente, por lo que no podría la actora, en tal caso, oponerse exitosamente a dicho *exceptio* amparándose en un plazo contractual de cumplimiento (art. 353 del Código Civil y Comercial); y 3) que ha cumplido o que ofrece cumplir. La letra del artículo 1031 es clara y distingue tanto el supuesto de efectivo cumplimiento como el del mero ofrecimiento de cumplimiento. En otras palabras, quien ofrece cumplir, aunque en efecto no cumpla en este momento, resiste el éxito de la excepción.

(v) El asunto de la calidad en el incumplimiento.

Los artículos 1418 y 1428 del Código Civil de Vélez Sarsfield dejaban en claro no solo la *correlatividad* de las prestaciones –como característica de los contratos bilaterales– sino que hacían particular hincapié en la posibilidad de que una parte tenía que rehusar su cumplimiento si la otra no cumplía la obligación principal a su cargo. Así lo demuestran las expresiones que el

6. Peyrano, J. W. (2010). *Nuevas tácticas procesales*. Buenos Aires: Nova Tesis, p. 193.

7. Mosset Iturraspe, J. (1999), *op. cit*., p. 57.

8. Peyrano, J. W. (2010), *op. cit*., p. 193.

codificador utilizó para subrayar la entidad del incumplimiento que justificaba el mismo obrar de la contraparte. La ausencia de normas semejantes en el Código Civil y Comercial no significa que el requisito de la gravedad en el incumplimiento haya quedado de lado. La interposición de la defensa ante un incumplimiento leve trasluce mala fe, y al mismo tiempo evidencia el ejercicio irregular o abusivo del derecho (art. 10, Código Civil y Comercial). En la práctica, si una de las partes pretende suspender el contrato basado en un supuesto irrelevante de acuerdo al contrato de que se trate, el planteo será intrascendente si es ensayado en el ámbito extrajudicial, y si se lo deduce como defensa en un proceso ya iniciado, la excepción así articulada habrá de ser rechazada por el juzgador.[9]

El incumplimiento del contratante demandante que torna exitosa esta excepción debe ser grave y aludir a una obligación principal y no secundaria, y además tener las notas de serio o grave.

Recordemos qué se entiende por obligación principal. Un contrato puede originar no solo una única obligación, sino una obligación que le brinda la nota distintiva al contrato y otra serie de obligaciones que son accesorias del contrato, que siguen la suerte de la obligación principal.

El incumplimiento que habilita la admisión de la excepción de incumplimiento es el que atañe a las obligaciones principales. Pero no basta con ello, además debe tratarse de un incumplimiento que resulte de trascendencia.

Por ejemplo, supongamos que en una compraventa el comprador ha pagado el precio y luego sobreviene un diferendo sobre el pago de los impuestos, que también debía pagar el comprador de acuerdo a lo convenido por las partes. Y frente a tal discordancia sobre la contribución fiscal, cuando el comprador exige la tradición de la cosa adquirida, el vendedor opone la excepción de incumplimiento, sosteniendo que no entrega la cosa vendida porque el comprador dejó de pagar esos impuestos de escaso monto. En esa especie, el pago de la deuda impositiva, módica con relación al precio de venta, es una obligación que, aunque integre la obligación principal consistente en el pago

9. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit.*, p. 532.

del precio final convenido, no trasluce un incumplimiento serio o grave. Por tanto, no autoriza a oponer la excepción.[10]

Esta solución, como dijimos, tiene además como sustento normativo el artículo 10 del Código Civil y Comercial, que prohíbe el ejercicio irregular o abusivo de los derechos.

(vi) Tipos de excepción de incumplimiento.

La excepción de incumplimiento puede articularse de dos modos distintos. No obstante, como se verá, existe en una y otra una gran similitud.

a) *Exceptio non adimpleti contractus*

Funciona únicamente en los contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas, en las cuales las partes se hallan en relación de interdependencia y además obligadas a cumplir en forma simultánea.

Su razón de ser se asienta sobre la buena fe que ha de regir toda relación contractual.

Se trata, como su nombre lo indica, de una excepción dilatoria de naturaleza sustancial, y no procesal.

Esta excepción defensiva debe alegarla el demandado al contestar la demanda. Y tiene allí dos caminos a seguir: o exige que el demandante, a su vez, cumpla las obligaciones que a él el contrato le impone, reconviniendo; o sin necesidad de reconvenir, rehúsa cumplir las obligaciones que a él le caben hasta tanto la otra parte cumple o se coloque en situación de cumplir.[11]

b) *Exceptio non rite adimpleti contractus*

Es también una excepción en sentido sustancial y no procesal, que tampoco debe ser necesariamente deducida con la reconvención. De modo que es puesta en movimiento exactamente de la misma manera que en el caso de la anterior.

Como se ve, esta variante de la excepción que nos ocupa participa de la mayoría de las características que se le asignan al género madre.

Procede cuando el demandado por cumplimiento de un contrato bilateral ha recibido una ejecución incompleta o imperfecta de las obligaciones a cargo de la otra parte contratante que inició el juicio. Parte del presupuesto de que la

10. Spota, A. G. (1975), *op.cit*., p. 459.

11. Barrionuevo, H. N. (1977). Excepción de incumplimiento. *JA 1977-III*, 673.

actora ya ha cumplido con las obligaciones principales a su cargo y que dicho cumplimiento no ha satisfecho los requisitos de identidad e integridad del pago.

No media aquí incumplimiento total sino cumplimiento irregular. Todo cumplimiento defectuoso supone un incumplimiento, siquiera parcial. Y en ocasiones, el incumplimiento parcial puede implicar un incumplimiento total, que torne inútil para el contratante la parte cumplida.

Ese incumplimiento imperfecto, inexacto o parcial debe referirse a la obligación principal y presentar cierta gravedad o magnitud, tal como se viera anteriormente. Aquí también el incumplimiento imputado al demandante debe ser grave y referirse a la obligación principal.

c) Diferencias entre una y otra.

En la *exceptio non adimpleti contractus* la prueba está siempre a cargo del actor, aun cuando haya sido el demandado quien la alegó, porque por el solo hecho de alegar el incumplimiento total de la contraparte logra invertir la carga de prueba, y entonces es el demandante quien debe probar que ha cumplido con las obligaciones que le incumbían. Lo único que sí debe probar el demandado *excepcionante* es que las obligaciones a cargo de una y otra parte son recíprocas, es decir, que se trata de un contrato bilateral.

En la *exceptio non rite adimpleti contractus* la prueba está a cargo de quien opone la excepción o defensa, alegando el incumplimiento parcial de la parte contraria.

## 2. Suspensión por vía de acción

(i) Introducción.

La novedad legislativa en esta materia es que se autoriza la suspensión del contrato por vía de acción. Desde esta nueva perspectiva, la suspensión del cumplimiento no es un instrumento de defensa sino de ofensiva.

Se trata de un supuesto de tutela del crédito del demandante y no ya de una excepción, dado que en este supuesto no hay requerimiento previo del otro contratante. Dicha posibilidad no fue prevista en el derogado artículo 1201 del Código Civil. El contratante que se halla frente al incumplimiento contractual de la contraparte puede ahora superar aquella actitud meramente

pasiva, como era la de esperar el reclamo para luego *excepcionarse*, y optar por accionar directamente para obtener la admisión judicial de la suspensión.

(ii) Requisitos para su procedencia.

Como ocurre con la suspensión del contrato deducida mediante excepción, para que sea procedente la acción de suspensión contractual, son requisitos: 1) el incumplimiento de la parte contraria, es decir, que el contratante, frente a quien se requiere la admisión de la suspensión, haya incumplido; 2) la gravedad o entidad suficiente del incumplimiento; 3) que el contratante incumplidor no ofrezca cumplir su prestación; 4) que la obligación del contratante teóricamente incumplidor no esté, en realidad, sujeta a plazo o condición suspensiva.

Parece claro que comparte en esencia los mismos presupuestos que la excepción de incumplimiento.

(iii) La carga de la prueba.

El contratante que deduce demanda de suspensión del contrato solo debe probar que se trata de un contrato bilateral. Basta con el hecho de alegar el incumplimiento total de la contraparte para invertir la carga de la prueba en lo referente a ese incumplimiento.

Corrido el traslado de la demanda, será el demandado quien deberá contrarrestar lo expuesto por el accionante, demostrando que sí cumplió con sus obligaciones. Y aunque en efecto hubiese incumplido, podrá resistir con éxito la demanda ofreciendo cumplir.

En cambio, si la suspensión es pedida por el demandante en función del incumplimiento parcial o defectuoso del otro contratante, la carga de la prueba no se traslada a la parte contraria sino que es el mismo actor quien debe acreditar el extremo en que funda su petición.

Lo único que sí debe probar el demandado *excepcionante* es que las obligaciones a cargo de una y otra parte son recíprocas, es decir, que se trata de un contrato bilateral porque por el solo hecho de alegar el incumplimiento total de la contraparte logra invertir la carga de prueba, y entonces es el demandante quien debe probar que ha cumplido con las obligaciones que le incumbían.

### 3. Suspensión de la prestación debida a varios interesados

Sobre la admisión de la suspensión de la prestación cuando existe sujeto plural, se sostiene que debiera hacerse una distinción según se trate de obligaciones divisibles o indivisibles. Así, si la demanda tiene por objeto una prestación indivisible, la *exceptio* puede ser opuesta y funciona en plenitud, pero se pueden presentar dificultades cuando ambas prestaciones consisten en obligaciones divisibles.[12]

Sin distinción alguna y a fin de mantener la integridad de la prestación debida y el respeto de la palabra empeñada, el artículo 1031 autoriza a los codeudores a suspender su parte de la prestación hasta que la contraria satisfaga la suya en forma íntegra. Nuevamente deberá primar el principio general de buena fe en su aplicación, a efectos de evitar abusos en su ejercicio.[13]

## III. La tutela preventiva en el derecho de contratos

### 1. Introducción

Frente a la unificación de las distintas órbitas de la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) formalizada por la nueva codificación, el deber general de prevención que contempla el citado artículo 1710 es, desde luego, aplicable en el doble ámbito. Pero por otra parte, con independencia de tal inferencia, el artículo 1032 viene, en efecto, a cristalizar la tutela preventiva aplicable específicamente en lo atinente al derecho de contratos.

La prevención contra una ofensa o contrariedad es un instituto natural del ser humano. Desde siempre el hombre ha intentado protegerse de las dificultades venideras. Prevenir es mejor que resarcir, y además su trascendencia

12. Compagnucci de Caso, R. H. (1993). La *excepito non adimpleti contractus*. *La Ley, 1993-B*, 315, con cita a López de Zavalía.

13. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 548.

práctica resulta, desde luego, incuestionable. No puede decirse, entonces, que la función preventiva del derecho sea una novedad jurídica. Tanto así que en el Código Civil derogado el acreedor podía negarse a pagar el precio si exponía un temor fundado de que sobreviniera la evicción (art. 1425) y, del mismo modo, el vendedor podía negarse a entregar la cosa si temía que el comprador no cumpliera por su estado de insolvencia, aunque su obligación fuera a plazos (art. 1419). Sin embargo, sigue siendo un tema en construcción en todas las áreas del derecho.

El Diccionario de la Real Academia Española indica que "prevención" significa, entre otras acepciones, "preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo". En el estudio que aquí nos ocupa ese riesgo es el de que ocurra un daño contractual.

El instituto jurídico que, de manera clara y directa, permite impedir las consecuencias dañosas, sea de índole extracontractual o contractual, es la tutela inhibitoria.

## 2. La tutela inhibitoria

La tutela civil inhibitoria no es solo una tutela contra el daño. La tutela contra el daño es la especie; y la tutela contra el ilícito civil, el género.

Lo ilícito es la transgresión a la norma, la conducta opuesta al sistema jurídico considerado en forma integral. Por eso, no obstante el término empleado (ilicitud), no cabe ceñir la tutela civil inhibitoria contra la comisión de ilícitos a la evitación de quebrantamientos de los imperativos del legislador. No se agota en la ilegalidad.

La tutela inhibitoria es una tutela específica que busca conservar la integridad del derecho. Es de relevante interés, no solo porque mediante la técnica resarcitoria algunos derechos no pueden repararse y otros no pueden tutelarse adecuadamente, sino también porque "es mejor prevenir que curar", según dice, con razón, el conocido refrán.

La tutela resarcitoria consiste en la indemnización del perjuicio sufrido, ya sea *in natura* o mediante una compensación dineraria. En este caso, el concepto de la acción procesal se identifica con el momento patológico de la vio-

lación del derecho sustantivo. De tal modo, está condicionada a la deducción en juicio de una pretensión basada en la prueba de la *fattispecie* descripta en la norma de fondo, esto es, la prueba del perjuicio. La tutela inhibitoria, en cambio, tiene finalidad preventiva. El elemento activante es la posibilidad de un ilícito futuro; es la amenaza de violación.[14] No se trata, pues, de una tutela orientada al pasado, como la clásica tutela resarcitoria, donde el problema radica en saber quién debe soportar el daño.

Vélez Sarsfield, en su nota al artículo 1132 del Código Civil, denostó la acción preventiva, señalando que no tenía en realidad objeto frente a la posibilidad de accionar por las pérdidas e intereses del perjuicio, una vez sufrido este, y dando por sentado, sin hesitación alguna, que las demandas de finalidad preventiva darían lugar a pleitos con resoluciones más o menos arbitrarias. En la actualidad, la acción preventiva ha sido reivindicada por su orgánica regulación en los artículos 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial, aplicables tanto para las acciones individuales como para los procesos colectivos.

Estos preceptos constituyen uno de los mayores logros de la nueva legislación. Consagran la tutela inhibitoria atípica contra el daño y prevén genéricamente un proceso que garantiza la tutela jurisdiccional contra toda clase de daño amenazante.

## 3. Suspensión preventiva del contrato

Entre los supuestos que habilitan a solicitar la suspensión del contrato, está prevista la tutela preventiva del crédito. Esto es: la suspensión *preventiva* de obligaciones de fuente contractual.

Cuando se trata de una pretensión sustancialmente preventiva, no es condición para accionar el incumplimiento contractual de la contraparte. Mientras que en los supuestos de suspensión de contrato que prevé el artículo 1031 es requisito de procedencia el efectivo incumplimiento contractual, si existen elementos demostrativos de una seria amenaza de incumplimiento de la con-

14. Lorenzetti, R. L. (1995). *Las normas fundamentales de derecho privado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 287.

traparte, aunque no exista todavía ese incumplimiento, podrá admitirse la suspensión preventiva del contrato tomando como base el artículo 1032.

Como puede verse, la fundamental diferencia entre los artículos 1031 y 1032 radica en que el incumplimiento contractual sea actual o futuro. El incumplimiento efectivo no resulta condición indispensable para la procedencia de la suspensión aquí examinada; no se precisa la ocurrencia del daño contractual para solicitarla, pues basta la posibilidad seria y amenazante de incumplimiento.

Es allí donde se vislumbra el carácter preventivo: no se requiere la ocurrencia del daño para accionar, basta la posibilidad cierta de sufrirlo. Siempre apoyado en el *sinalagma* del contrato –que le sirve de base y sustento–, esta posibilidad es concebida en beneficio del acreedor, evitando la situación que lo llevaría a tener que cumplir cuando se sabe –con un mayor o menos grado de seguridad– que la otra parte no lo hará. Se trata a su vez de un supuesto de atenuación de fuerza obligatoria de los contratos, cuya aplicación estricta conduciría al absurdo de forzar a un contratante a cumplir sus obligaciones aun cuando verosímilmente pueda prever que el otro contratante no cumplirá.[15]

Siempre que medie razonable peligro en alcanzar la reciprocidad de cumplimiento, será procedente la suspensión preventiva del contrato. Cabe preguntarse, empero, ¿cuándo se podrá tener por probada esa grave amenaza de incumplimiento contractual? Pues simple, todas las veces que se acredite que la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia.

La fórmula consagrada por el Código Civil y Comercial es ciertamente amplia, ya que permite la suspensión contractual preventiva en cualquier supuesto en que sea razonable presumir que el otro contratante, siquiera de momento, no podrá cumplir. No se requiere que el estado de insolvencia haya sido declarado judicialmente, basta con probar que su capacidad de satisfacer deudas, por el motivo que sea, ya no es la misma.

Sin perjuicio de ello, no obstante la afectación en su cualidad de solvente, si el deudor garantiza el cumplimiento de su obligación contractual, la suspen-

15. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 549.

sión no es admisible. Así lo impone el artículo 1032 al aludir a "seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado".

## 4. Caducidad del plazo

Lo establecido en el artículo 1032 debe correlacionarse con la denominada caducidad del plazo prevista en el artículo 353 del mismo cuerpo normativo, que posibilita al demandado por cumplimiento a negarse a cumplir la propia prestación si resulta que el reclamante fue declarado en quiebra o sufrió un evidente detrimento en su capacidad para satisfacer sus obligaciones, aun cuando el demandante se encuentre beneficiado por un plazo para el cumplimiento de su obligación. Dicho de otro modo, si el contratante cuyo plazo para cumplir todavía no ha concluido, y pretende que el otro sí cumpla, podrá este resistirse a hacerlo invocando la suspensión basada en la caducidad de plazo pendiente producida en función de lo dispuesto por el citado artículo 353.

El Código Civil y Comercial ha circunscripto la caducidad de plazo al detrimento en la aptitud de cumplir, o bien en su insolvencia. Quien pretenda que la aludida caducidad cobre virtualidad a los efectos de suspender su propio cumplimiento, tiene la carga de probar el menoscabo significativo en la aptitud de cumplir de la parte contraria. Lo mismo si la razón es la declaración de quiebra. Como puede verse, en este caso no se traslada la carga de la prueba como ocurre con la *exceptio non adimpleti contractus*, porque si bien tienen puntos en común, la caducidad del plazo de las obligaciones es una figura distinta. La admisibilidad de la excepción de incumplimiento estriba en acreditar el "no cumplimiento" de la parte contraria. En función de las dificultades inherentes a la demostración de hechos negativos, es lógico que la carga de la prueba se invierta. Pero no sucede lo mismo con la caducidad del plazo, donde el hecho a probar no es una negación sino la insolvencia, la quiebra o el sustancial deterioro patrimonial del deudor.

La caducidad de plazo obligacional en examen no debe ser concebida únicamente como una herramienta defensiva, dado que también puede ser el fundamento normativo de quien demanda la suspensión del contrato. Es que,

no se trata exclusivamente de una excepción; está habilitado su ejercicio por vía de acción. Así, si uno de los contratantes fue declarado en quiebra, disminuyó por acto propio las seguridades otorgadas para satisfacer su obligación, o no constituyó a tal efecto las garantías prometidas, puede el otro eludir el plazo pendiente que, en otras circunstancias, favorecería a la contraparte, y accionar pidiendo que se cumpla antes de su término.

Capítulo 17

# La obligación de saneamiento

# I. Introducción

## 1. Concepto y garantías comprendidas

El contrato conforma una secuencia jurídico-temporal en la cual las partes se ajustan a un programa de conducta predeterminado; nacida la relación obligacional comienza una etapa dinámica de desarrollo, consecuencias o efectos que puede ser dividida en dos facetas: la del cumplimiento o el incumplimiento.

Cumplir con la prestación a su cargo le permite al deudor en principio liberarse de su obligación y presupone la verificación de ciertos elementos tales como el sujeto, el objeto, el tiempo, el modo y el lugar que surgen de la confrontación entre la conducta preestablecida y la efectivamente ejecutada. En aquellos supuestos en los que exista divergencia entre la conducta programada y la efectivamente realizada nos encontramos frente a un incumplimiento y, en tal caso, la consecuente responsabilidad.[1]

No obstante, aun frente a la existencia de un efectivo cumplimiento del contrato o de la prestación como su objeto mediato, no se extinguen ciertas obligaciones de garantía comúnmente denominadas garantías poscumplimiento o garantías de saneamiento, pues de lo que se trata es de la factibilidad

1. Lovece, G. (2014). La obligación de saneamiento. Responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios o vicios ocultos. *Revista de Derecho Privado y Comunitario2014-1, Problemática contractual. Contratos en general*, 243 y ss.

del uso y goce del bien por el adquirente; de forma plena, lo que constituye en síntesis la esencia misma del negocio económico instrumentado mediante la figura del contrato. Tales garantías, como son la de evicción y la de vicios redhibitorios, que dentro del esquema de la reparación de daños pueden enmarcarse como un supuesto de responsabilidad objetiva, encuentran recepción en el ordenamiento de fondo vigente que las regula en una sección especial como género: "Obligación de saneamiento", dividida en "Disposiciones generales" (arts. 1033 a 1043), "Responsabilidad por evicción" (arts. 1044 a 1050) y "Responsabilidad por vicios ocultos" (arts. 1051 a 1058).

El saneamiento comprende entonces a la evicción y a los vicios ocultos. Cabe destacar, sin embargo, que la doctrina no ha sido unánime sobre este punto. Wayar considera que *evicción* y *saneamiento* tienen significados diferentes, aunque se hallen íntimamente vinculados. Mientras la evicción indica la desposesión que sufre el adquirente de un derecho, el saneamiento se refiere a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de aquella desposesión.[2]

Con todo, la postura seguida por el código es la sostenida por Lorenzetti quien deja en claro que

> la garantía de saneamiento es un género conceptual que abarca: 1) la garantía de evicción; 2) los vicios redhibitorios; y 3) el saneamiento que permite que el adquirente ejerza la acción de cumplimiento, solicitando al garante que perfeccione el título o subsane los defectos.[3]

## 2. Personas obligadas al saneamiento

Dispone el artículo 1033 del Código Civil y Comercial: "Sujetos responsables. Están obligados al saneamiento: a) el transmitente de bienes a título oneroso; b) quien ha dividido bienes con otros; c) sus respectivos antecesores, si han efectuado la correspondiente transferencia a título oneroso".

(i) El transmitente de bienes a título oneroso:

2. Wayar, E. C. (1992). *Evicción y vicios redhibitorios. Evicción en los contratos en particular. Vicios redhibitorios. Parte general.* Buenos Aires: Astrea, pp. 1-2 y especialmente nota número 1.

3. Lorenzetti, R. L. (2010). *Tratado de los contratos. Parte general*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 693.

El puntapié inicial viene con solo recordar que tanto la garantía por evicción como por vicios ocultos son elementos naturales a todo contrato a título oneroso. Por esa razón, el supuesto contemplado en el inciso a del artículo 1033 es sin dudas el de mayor aplicación en lo que refiere específicamente a estas garantías.

(ii) Quien ha dividido bienes con otros:

Este supuesto se aplica típicamente a quienes dividen un régimen de derecho real de condominio o bien a los herederos que parten la herencia.

La cuestión técnica pasa por dilucidar el carácter traslativo o declarativo que la ley atribuya a esa división de bienes. Si el acto de división de los bienes es traslativo de derecho está claro que cada uno de los anteriores comuneros adquiere por el acto su propio derecho y debe recibirse el bien sin vicios. Pero si la división es solo declarativa de derechos, quien recibe la porción dividida ya era propietario cuando nació el vicio y la cuestión pasa por determinar si puede entonces reclamar a los demás.

El artículo 2403 del Código Civil y Comercial establece en materia de división de herencia:

> La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella, se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos.

De eso se extraería, como primera conclusión, que aquel heredero que dividió continúa a la persona del causante de manera directa, y por esa razón no podría reclamarse a sí mismo por evicción.[4]

Sin embargo, luego el artículo 2404 del código dispone:

> En caso de evicción de los bienes adjudicados, o de sufrir el adjudicatario alguna turbación del derecho en el goce pacífico de aquéllos, o de las servidumbres en razón de causa anterior a la partición, cada uno de los herederos responde

4. Nicolau, N. L. (2015). La obligación de saneamiento y la responsabilidad por evicción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En R. Stiglitz (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación: Contratos. *La Ley*, suplemento especial, pp. 145 y ss.

> por la correspondiente indemnización en proporción a su parte, soportando el heredero vencido o perjudicado la parte que le toque. Si alguno de los herederos resulta insolvente, su contribución debe ser cubierta por todos los demás.

(iii) Sus respectivos antecesores, si han efectuado la correspondiente transferencia a título oneroso:

Esta solución es compatible con el artículo 1035 del Código Civil y Comercial que veremos luego, por lo que resulta lógico que quien recibió un bien a título gratuito puede usar la garantía de su antecesor siempre que este lo haya recibido a título oneroso.

## 3. Disponibilidad de las garantías

Ya explicamos antes que no resulta necesario en el ámbito de los contratos onerosos pactar expresamente este tipo de garantías pues, como elemento natural de esos negocios jurídicos, existen aun cuando nada se haya dicho sobre ellas.

A su vez, como derivación lógica de la autonomía de la voluntad, las partes del contrato pueden renunciar sin mayores impedimentos a estas garantías: son plenamente disponibles porque en ellas no se encuentra involucrado el orden público.

Estas conclusiones, además de admitidas por la doctrina, emanan expresamente del artículo 1036 del Código Civil y Comercial: "La responsabilidad por saneamiento existe aunque no haya sido estipulada por las partes. Estas pueden aumentarla, disminuirla o suprimirla, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente". Luego, el artículo 1037 agrega que "Las cláusulas de supresión y disminución de la responsabilidad por saneamiento son de interpretación restrictiva". De modo que son válidos como regla general los acuerdos entre las partes para suprimir o disminuir estas garantías, siempre que hablemos de contratos paritarios, aunque su interpretación debe llevarse a cabo de manera restrictiva.

Por otro lado, las cláusulas de disminución o supresión de estas garantías se tienen por no convenidas en dos supuestos específicos que contempla el artículo 1038 del código:

> a) si el enajenante conoció, o debió conocer el peligro de evicción, o la existencia de vicios; b) si el enajenante actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad.

Cabe agregar finalmente, y en consonancia con lo dicho en el párrafo anterior, que tanto en los contratos de consumo como en los de adhesión son nulas las cláusulas que limiten o eliminen las garantías aquí estudiadas. Esta conclusión se extrae, en el primer caso, del artículo 37 de la Ley N° 24240, que dispone que son nulas las cláusulas abusivas, siendo una de ellas la que importa renuncia o restricción de los derechos del consumidor. Esa regla se replica en el artículo 1119 del Código Civil y Comercial. Para los contratos celebrados por adhesión, en cambio, la misma previsión se encuentra en el artículo 988, inciso b, del código.

## 4. Adquisiciones a título gratuito

La garantía de saneamiento se presenta como elemento natural únicamente en los contratos onerosos. Sin embargo, el código autoriza a los adquirentes a título gratuito (por ejemplo, un donatario) a ejercer el derecho, no contra el transmitente directo (el donante), sino contra los antecesores que lo hayan transmitido onerosamente.

Esta regla se extrae del artículo 1035 del Código Civil y Comercial: "El adquirente a título gratuito puede ejercer en su provecho las acciones de responsabilidad por saneamiento correspondientes a sus antecesores". Esta acción, apuntamos, no es directa sino que el adquirente a título gratuito deberá subrogarse en los derechos de su antecesor.

Como apunta Nicolau, si el adquirente es a título gratuito y no tiene acción contra su transmitente inmediato, goza de acción contra cualquiera de los antecesores de su transmitente. Se puede accionar en la cadena de los antecesores, hasta llegar al titular del derecho cuando apareció el vicio en el derecho o en la materialidad de la cosa. Con esta solución se reconoce la vigencia de la conexidad contractual, que pone en crisis el efecto relativo del contrato y que está admitida en el nuevo ordenamiento normativo. Esta respuesta es acerta-

da porque, de lo contrario, la existencia de una transmisión a título gratuito liberaría de responsabilidad a quien transmitió originariamente el derecho viciado. Por supuesto, no cabe legitimación para retroceder más atrás, dado que los anteriores en la cadena transmitieron el derecho o la cosa sin vicio que dé lugar a la evicción o redhibición.[5]

Cabe apuntar, por último, que la garantía por evicción también se presenta en los contratos gratuitos cuando las partes libremente así lo pactan. Además, según el artículo 1556 del código, también se presenta en los contratos de donación cuando medió mala fe, sabiendo el donante que la cosa no era suya e ignorándolo el donatario; cuando la evicción es causada por el mismo donante; y en los casos de donaciones mutuas, remuneratorias o con cargo.

## II. Responsabilidad por saneamiento en el Código Civil y Comercial

### 1. Opciones a favor del adquirente

El artículo 1039 del Código Civil y Comercial desarrolla con total claridad el *menú* de opciones que se le presenta al acreedor. Dispone en concreto: "a) reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios; b) reclamar un bien equivalente, si es fungible; c) declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los artículos 1050 y 1057".

De modo que el adquirente perjudicado puede elegir, según su conveniencia, entre la opción que parece más simple, como es mantener la vigencia del acto exigiendo el saneamiento del título en caso de evicción, o la subsanación del vicio oculto, en caso de su existencia, y la más gravosa, que es declarar la extinción del acto. La opción intermedia es mantener la vigencia del acto reclamando la sustitución del bien si fuera fungible.

Por supuesto, las reglas generales en materia de extinción contractual se aplican en lo que particularmente tiene que ver con la resolución. Así, el acreedor podrá optar por esa opción en cualquier tiempo y aun cuando ini-

5. Nicolau, N. L. (2015), *op. cit*.

cialmente hubiese exigido el cumplimiento. Claro que, ejercida la opción de extinguir el vínculo, ya no podrá retrotraer su postura y pedir luego alguna de las opciones anteriores.

## 2. Responsabilidad por daños

El acreedor también puede, independientemente de las alternativas explicadas, optar por la reparación de los daños. El deudor solo se exime cuando el adquirente conoció o debió conocer el peligro de la evicción o la existencia de los vicios y cuando el enajenante no conocía tampoco esos extremos. Estas excepciones no se aplican si el deudor actúa profesionalmente en la actividad. Tampoco responde el enajenante cuando la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente o en el marco de una subasta judicial o administrativa.

Esta solución se encuentra en el artículo 1040 del Código Civil y Comercial:

> El acreedor de la obligación de saneamiento también tiene derecho a la reparación de los daños en los casos previstos en el artículo 1039, excepto: a) si el adquirente conoció, o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios; b) si el enajenante no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios; c) si la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente; d) si la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa. La exención de responsabilidad por daños prevista en los incisos a) y b) no puede invocarse por el enajenante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad.

## 3. Pluralidad de bienes

Cuando se transmiten varios bienes, la responsabilidad es indivisible si fueron enajenados en conjunto. En cambio, es divisible entre los posibles deudores cuando la enajenación fue separada, aun si hubiera existido una contraprestación única.

El artículo 1041 del código establece:

> En los casos en que la responsabilidad por saneamiento resulta de la enajenación de varios bienes se aplican las siguientes reglas: a) si fueron enajenados como conjunto, es indivisible; b) si fueron enajenados separadamente, es divisible, aunque haya habido una contraprestación única. En su caso, rigen las disposiciones aplicables a las cosas accesorias.

## 4. Pluralidad de sujetos

La responsabilidad de los enajenantes es concurrente, pues tiene en cada caso una causa diferente y se rige por las reglas de los artículos 850 y siguientes del Código Civil y Comercial. En cambio, si el bien fue enajenado simultáneamente por varios copropietarios, todos responden en proporción a su cuota parte indivisa a menos que hayan pactado expresamente su solidaridad.

Estas conclusiones emanan del artículo 1042 del código, que dispone:

> Quienes tienen responsabilidad por saneamiento en virtud de enajenaciones sucesivas son obligados concurrentes. Si el bien ha sido enajenado simultáneamente por varios copropietarios, éstos sólo responden en proporción a su cuota parte indivisa, excepto que se haya pactado su solidaridad.

Cabe agregar que esta solución no resulta en principio aplicable en materia de contratos de consumo, pues el artículo 40 de la Ley N° 24240 establece un régimen de responsabilidad objetiva y solidaria para la reparación de los daños, sin perjuicio de las acciones de repetición entre los legitimados pasivos que pudiesen corresponder.

## 5. Invocación de ignorancia o error

Finalmente, prevé el artículo 1043 del Código Civil y Comercial: "El obligado al saneamiento no puede invocar su ignorancia o error, excepto estipulación en contrario". Es decir que el obligado al saneamiento no puede invocar el error para no responder, debiendo en ese caso subsanar igualmente el vicio, restituir una cosa equivalente o devolver el precio.

# III. La garantía de evicción

## 1. Concepto y fundamentos de la garantía

Señala Nicolau que la evicción, como garantía, ha sido definida por Salas de manera minuciosa y comprensiva como la obligación que pesa sobre quien ha transmitido un derecho, a título oneroso, de asistir o sustituir en un proceso judicial al adquirente, ya sea este actor o demandado, en razón de toda excepción, defensa o pretensión de un tercero que, de prosperar, lo privarían total o parcialmente del derecho adquirido, y, en forma subsidiaria, indemnizarlo en caso de incumplimiento de esa obligación, o de que la asistencia o sustitución procesal hubiese sido infructuosa, siempre que la pretensión, excepción o defensa del tercero se funde en una causa jurídica anterior o contemporánea al acto de transmisión.[6]

El fundamento de la obligación que asume el transmitente de responder por evicción es el equilibrio de las prestaciones que debe existir, como regla, en todo acto mediante el cual se adquiere un derecho por el pago de un precio. El patrimonio del adquirente disminuye por el pago del precio, pero se equilibra por el ingreso del equivalente en el derecho adquirido. Si ese derecho se ve afectado por un vicio que ya existía aunque no era conocido, en virtud del cual un tercero lo priva o lo turba en su ejercicio, debe restablecerse el equilibrio haciendo operativa la responsabilidad del transmitente.

En el derecho clásico se trata de una figura triangular, en el sentido de que hay tres centros de interés: el transmitente, el adquirente y el tercero que alega un mejor derecho frente al adquirente. El régimen legal de la evicción está construido contemplando la existencia de esos tres centros de interés y ofrece una serie de instrumentos para evitar la connivencia fraudulenta entre dos de esos centros contra el otro.

6. Nicolau, N. L. (2015), *op. cit*. y su referencia a Salas, A. (1982). Garantía contra la evicción: concepto y requisitos. En *Obligaciones, contratos y otros ensayos*. Buenos Aires: Depalma, p. 255.

La característica principal que presenta la evicción es la de juntar en un mismo reclamo judicial dos pretensiones procesales distintas: la de quien reivindica un mejor derecho contra el actual titular del bien transmitido y la de este contra su antecesor en el dominio o titularidad del derecho.[7]

## 2. Contenido de la responsabilidad por evicción

(i) Texto legal:

Dispone el artículo 1044 del Código Civil y Comercial:

> La responsabilidad por evicción asegura la existencia y la legitimidad del derecho transmitido, y se extiende a: a) toda turbación de derecho, total o parcial, que recae sobre el bien, por causa anterior o contemporánea a la adquisición; b) los reclamos de terceros fundados en derechos resultantes de la propiedad intelectual o industrial, excepto si el enajenante se ajustó a especificaciones suministradas por el adquirente; c) las turbaciones de hecho causadas por el transmitente.

(ii) Requisitos para el ejercicio:

A partir del régimen previsto en el Código Civil y Comercial, particularmente en los artículos 1033 y 1044, se necesitan las siguientes condiciones:

- que se trate de un acto oneroso de transmisión de derechos o división de bienes con otros;
- que exista turbación de derecho que recaiga sobre el bien (art. 1044, inc. a). Se dice allí de forma contundente que la turbación debe estar fundada en derecho, en razón de que quien turba o priva del derecho al adquirente lo hace alegando tener un mejor derecho. Como excepción, aunque el propio código expresa como regla que la responsabilidad por evicción asegura la existencia y la legitimidad del derecho transmitido, luego reconoce que también asegura frente a turbaciones de hecho cuando provengan del transmitente.
- que la causa de la evicción sea anterior o contemporánea a la adqui-

7. Rivera, J. C., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017). *Contratos. Parte general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 390.

sición (art. 1044, inc. a). Sin embargo, en el artículo 1045, inciso c, el código prevé que no se responde por "la evicción resultante de un derecho de origen anterior a la transferencia, y consolidado posteriormente. Sin embargo, el tribunal puede apartarse de esta disposición si hay un desequilibrio económico desproporcionado".

## 3. Exclusiones

(i) Previsión legal:

Dispone el artículo 1045 del Código Civil y Comercial que

> La responsabilidad por evicción no comprende: a) las turbaciones de hecho causadas por terceros ajenos al transmitente; b) las turbaciones de derecho provenientes de una disposición legal; c) la evicción resultante de un derecho de origen anterior a la transferencia, y consolidado posteriormente. Sin embargo, el tribunal puede apartarse de esta disposición si hay un desequilibrio económico desproporcionado.

(ii) Turbaciones de hecho:

El código se encarga de aclarar que no procede la garantía por evicción en razón de las turbaciones *de hecho* causadas por terceros ajenos al transmitente. Es decir, si terceras personas ajenas al contrato intentan despojar al adquirente de la posesión del bien, esa cuestión será como regla ajena a la garantía que aquí estudiamos.

(iii) Turbaciones de derecho excluidas:

Pese a que la regla es que las turbaciones de derecho siempre estarán amparadas por esta garantía, la propia ley excluye a aquellas que provengan de una disposición legal. Se trata de una consecuencia del artículo 8 del código que dispone que la ignorancia de la ley no resulta excusable. Tal es el caso, por ejemplo, de la servidumbre forzosa prevista en el artículo 2166 del Código Civil y Comercial.

(iv) Derecho de origen anterior y consolidado posteriormente:

La última excepción es la resultante de un derecho de origen anterior a la transferencia y consolidado posteriormente. El ejemplo habitualmente brin-

dado por la doctrina proviene de la obra de Aubry y Rau y consiste en el de la prescripción adquisitiva. Así, si la posesión exigida para adquirir el dominio por prescripción comenzó antes de la venta del bien pero se consolidó después, el propio adquirente contribuyó con su inacción a que el tercero obtuviera su propiedad.[8]

## 4. Citación por evicción

Prevé el artículo 1046 del Código Civil y Comercial:

> Si un tercero demanda al adquirente en un proceso del que pueda resultar la evicción de la cosa, el garante citado a juicio debe comparecer en los términos de la ley de procedimientos. El adquirente puede seguir actuando en el proceso.

El transmitente debe defender la legitimidad del derecho que ha transmitido por aplicación de los principios de buena fe y de cooperación en el cumplimiento de la obligación. Por esa razón es que debe auxiliar a aquel que se encuentra en dificultades como consecuencia de haber celebrado con él un negocio jurídico. También debe hacerlo porque, como es evidente, no hay nadie mejor que él para la defensa del derecho transmitido, porque es quien conoce o debe conocer cuáles son las defensas y argumentos que pueden oponerse al tercero.

El enajenante está obligado a defender al adquirente frente a la promoción de un juicio, según el artículo 1046, que también prevé la citación de evicción para el caso en que el adquirente sea demandado en un proceso. Así es que el artículo 108 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone:

> Si el citado no compareciere o habiendo comparecido se resistiere a asumir la defensa, el juicio proseguirá con quien pidió la citación, salvo los derechos de éste contra aquél. Durante la sustanciación del juicio, las dos partes podrán proseguir las diligencias para obtener la comparecencia del citado.

8. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Obligación de saneamiento. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 591 y su nota 332.

> Si éste se presentare, tomará la causa en el estado en que se encuentre. En la contestación podrá invocar las excepciones que no hubiesen sido opuestas como previas.

En tanto, el artículo 109 dice: "Si el citado asumiere la defensa podrá obrar conjunta o separadamente con la parte que solicitó la citación, en el carácter de litisconsorte". La solución es análoga a la prevista por el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

Es importante destacar que no existe para el adquirente una obligación de citar a juicio al enajenante, sino una carga procesal que por su propia naturaleza no tiene sanción por medios compulsivos. En palabras del profesor uruguayo Couture, sucede que las cargas procesales son contribuciones que se reclaman con el objeto de facilitar la obra de la justicia; pero, a diferencia de la obligación y del deber, la carga no es sino un imperativo del propio interés.[9] El litigante es libre o no de hacer efectiva la contribución pero lo que ocurre es que, si no lo hace, se cumple una amenaza establecida de antemano en la ley que en este caso en particular alude a la imposibilidad de reclamarle al transmitente en el futuro por la turbación sufrida.

El enajenante citado puede o no comparecer al juicio. Asimismo, si decide hacerlo, puede o no asumir la defensa técnica del adquirente demandado. Si comparece y también asume la defensa, el adquirente puede continuar en el pleito como tercero interesado para coadyuvar o retirarse del pleito, frente a lo cual el enajenante debe hacerse cargo del proceso. Si el compareciente abandona la defensa puede retomarla el adquirente en cualquier momento. La sentencia siempre les será oponible a ambos. Si el transmitente comparece, pero no asume la defensa, o bien no comparece, el adquirente continúa en su propia defensa. Pero el enajenante puede tomarla en cualquier momento. En estos supuestos también la sentencia que se dicte es oponible a ambos.

Llegado el caso en que el adquirente resulte vencido por el tercero, es que nace para el enajenante la obligación de devolver el precio recibido, que es subsidiaria de la obligación principal de defensa en juicio que se ha visto fra-

9. Couture, E. J. (2016). Sobre el precepto "Nemo tenetur edere contra se". En H. Alsina (dir.), *Fundamentos del Derecho Procesal: volumen 2*. Buenos Aires: Ediar, p. 612.

casada. Si es de mala fe debe, además, indemnizar todos los perjuicios, entre ellos, las mejoras y el pago de las costas del juicio devengadas por su defensa.

## 5. Gastos de defensa

El garante debe asumir los gastos para la defensa de los derechos del adquirente. Sin embargo, el adquirente no puede efectuar reclamo alguno si: a) no citó al garante al proceso; b) lo citó y, aunque este se allanó, continuó con su defensa y fue vencido.

Esta es la solución prevista por el artículo 1047 del Código Civil y Comercial.

## 6. Cesación de la responsabilidad

Dispone el artículo 1048 del Código Civil y Comercial:

> En los casos en que se promueve el proceso judicial, la responsabilidad por evicción cesa: a) si el adquirente no cita al garante, o lo hace después de vencido el plazo que establece la ley procesal; b) si el garante no comparece al proceso judicial, y el adquirente, actuando de mala fe, no opone las defensas pertinentes, no las sostiene, o no interpone o no prosigue los recursos ordinarios de que dispone contra el fallo desfavorable; c) si el adquirente se allana a la demanda sin la conformidad del garante; o somete la cuestión a arbitraje y el laudo le es desfavorable. Sin embargo, la responsabilidad subsiste si el adquirente prueba que, por no haber existido oposición justa que hacer al derecho del vencedor, la citación oportuna del garante por evicción, o la interposición o sustanciación de los recursos, eran inútiles; o que el allanamiento o el laudo desfavorable son ajustados a derecho.

Transcribimos este artículo donde, con suma importancia, se contemplan aquellos supuestos en los cuales la garantía de evicción se extingue debido a la actuación del propio adquirente beneficiario de ella.

El primer supuesto se presenta, como anunciamos antes, cuando omite citar al juicio al enajenante o lo hace fuera de la oportunidad procesal prevista para ello.

Como segundo escenario, aparece el caso de que el garante no comparece al juicio y el adquirente, actuando de mala fe, no opone las defensas pertinentes, o no las sostiene, y tampoco interpone los recursos ordinarios contra un fallo adverso.

Finalmente, caduca la garantía si el adquirente se allana a la demanda sin la conformidad del garante teniendo defensas que oponer. Lo mismo sucede si opta por el procedimiento arbitral sin el consentimiento del garante y obtiene un laudo desfavorable.

Sin embargo, y aquí quizá lo más importante, la responsabilidad del deudor de la garantía subsiste en todos los casos apuntados cuando el adquirente demuestra que, aun pese a su inactividad procesal, no tenía ninguna defensa justa para oponer y la acción hubiese prosperado de todos modos.

## 7. Derecho del acreedor a declarar la resolución

Dispone el artículo 1049 del Código Civil y Comercial:

> El acreedor de la responsabilidad dispone del derecho a declarar la resolución: a) si los defectos en el título afectan el valor del bien a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no lo habría adquirido, o su contraprestación habría sido significativamente menor; b) si una sentencia o un laudo produce la evicción.

Puede el adquirente declarar directamente la resolución y en estos casos la ley no requiere la citación al transmitente para que responda por evicción. El defecto en este caso debe afectar significativamente el valor del bien.

Luego, el otro caso se presenta cuando la evicción proviene de una sentencia o laudo arbitral. Ya no hay en estos casos discusión en orden al mejor derecho del tercero, y por esa razón se impone la resolución del negocio jurídico.

## 8. Prescripción adquisitiva

El artículo 2050 del código dispone con toda lógica el saneamiento de los títulos defectuosos por prescripción adquisitiva tanto breve como larga.

Dice en concreto la norma: "Cuando el derecho del adquirente se sanea por el transcurso del plazo de prescripción adquisitiva, se extingue la responsabilidad por evicción".

# IV. Responsabilidad por vicios ocultos

## 1. Contenido de la responsabilidad

La garantía por vicios ocultos o redhibitorios protege al adquirente a título oneroso y le permite devolver la cosa al enajenante, u obtener una disminución en el precio si presenta vicios que la hagan impropia para su destino.

Mosset Iturraspe señala que por "vicio redhibitorio se entiende el defecto grave y oculto que se encuentra en la materialidad de la cosa adquirida a título oneroso. Defecto que padece el adquirente puesto que hace al bien impropio para su destino o le resta utilidad o provecho".[10]

Es importante señalar, además, que los vicios no pueden afectar a la identidad del objeto comprometido. Esto equivale a decir que, para que el régimen de vicios ocultos resulte aplicable, se debe entregar exactamente la cosa acordada pero con algún defecto que la haga impropia para su destino. Por el contrario, entregar una cosa distinta implica lisa y llanamente un incumplimiento contractual y las facultades para el acreedor serán distintas a las del régimen que estudiamos en este capítulo. Se lo ha ejemplificado de esta manera: "si se ha acordado la transmisión de un motor de 100HP, la entrega de un motor 75HP supone la entrega de una cosa distinta, en cambio sería una cosa viciosa un motor de 100HP que no levanta más de 75HP de potencia".[11]

La regulación de los vicios ocultos se presenta en los artículos 1051 a 1058 del Código Civil y Comercial pero resulta también fundamental, como veremos luego, la aplicación de la Ley N° 24240 en todo aquello vinculado a los contratos de consumo.

10. Mosset Iturraspe, J. (2005). *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 466.

11. Piris, C. R. A. (2015). Responsabilidad por vicios ocultos en el Código Civil y Comercial. *RCyS, 2015-VII*, 15.

El artículo 1051 del código establece que los vicios redhibitorios son "los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor".

Con lo cual, a modo de síntesis, podemos señalar que los requisitos para que se torne operativa la garantía por vicios ocultos son:

- inexistencia de aptitud del adquirente para conocer o advertir los vicios;
- defectos que hagan a la cosa impropia para su destino.

Sobre lo primero, el artículo 1051, inciso a, del código requiere que no se presente ninguna de las situaciones previstas en el artículo 1053. Esta última norma concretamente excluye: a) los defectos que el adquirente conoció o debió haber conocido mediante un examen adecuado de las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho expresa reserva respecto de aquellos, y b) los defectos del bien que no existían cuando se lo adquirió. En definitiva, debe tratarse de defectos que el adquirente no haya conocido ni debido conocer, efectuando un examen adecuado de la cosa, y que ya hayan existido en el momento de la adquisición.

El segundo punto, en cambio, se refiere específicamente a la gravedad del defecto para dar lugar a esta garantía. Como dijimos, debe tratarse de un vicio que haga a la cosa impropia para su destino o disminuya gravemente su utilidad. Por ejemplo, un contrato de locación de un inmueble donde el aire acondicionado de una habitación no enfría lo suficiente no se presenta como un vicio que dé lugar a la aplicación de esta garantía.

Vale aclarar que todo lo hasta aquí dicho no obsta a que, en todos aquellos casos en que no resulte aplicable la garantía por vicios ocultos, por ejemplo, por ausencia de gravedad en el vicio, el afectado pueda reclamar por los daños derivados del incumplimiento contractual.

## 2. Ampliación convencional de la garantía

Dispone el artículo 1052 del Código Civil y Comercial:

> Ampliación convencional de la garantía. Se considera que un defecto es vicio redhibitorio: a) si lo estipulan las partes con referencia a ciertos defectos específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocido; b) si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad; c) si el que interviene en la fabricación o en la comercialización de la cosa otorga garantías especiales. Sin embargo, excepto estipulación en contrario, el adquirente puede optar por ejercer los derechos resultantes de la garantía conforme a los términos en que fue otorgada.

Señalamos, como primera pauta, que la garantía por vicios ocultos puede ser ampliada convencionalmente por las partes siempre que no resulte de ello un acto lesivo o que se trate de un contrato de consumo y esa cláusula sea perjudicial para el consumidor.

Luego, el propio código establece distintos supuestos que se consideran vicios redhibitorios:

- si lo estipulan las partes con referencia a ciertos defectos específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocido;
- si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad.

## 3. Exclusiones

Tal como anticipamos al explicar el contenido y alcance de esta garantía, el Código Civil y Comercial se encarga en su artículo 1053 de apuntar aquellos supuestos que quedan al margen de esta garantía. En particular, señala que la responsabilidad por defectos ocultos no comprende:

- los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido, mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso en el momento de la adquisición;
- los defectos del bien que no existían cuando lo adquirió.

Se debe tener en cuenta especialmente el segundo punto: que se consideran preexistentes aquellos vicios cuya causa es anterior o concomitante a la efectivización de la venta. Además, la norma expresamente habla de tiempo de la *adquisición* y no de la *celebración* del contrato. Por lo tanto, el momento que marca el límite para la aplicación de esta garantía es el de la tradición y no el de la contratación.[12]

Por otra parte, también se encarga de señalar el artículo 1053 la cuestión vinculada al *onus probandi*, es decir, quién tiene la carga de probar la existencia del vicio y el momento de su origen. Dice la norma que su prueba corresponde al adquirente, a menos que el transmitente actúe profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión.

## 4. Ejercicio de la acción

(i) Carga de comunicar el vicio al garante:

El artículo 1054 del Código Civil y Comercial dispone que el adquirente tiene la carga de denunciar expresamente la existencia del defecto oculto al garante dentro de los sesenta días de haberse manifestado. Agrega la norma, asimismo, que el incumplimiento de esta carga extingue la responsabilidad por vicios ocultos, a menos que el enajenante haya conocido o debido conocer la existencia de los defectos.

Esa comunicación, en función de su trascendencia, es aconsejable hacerla a través de un medio fehaciente, aun cuando la norma nada diga al respecto.

(ii) Caducidad y prescripción de la garantía:

Según lo prevé el artículo 1055 del Código Civil y Comercial, la responsabilidad por defectos ocultos caduca a los tres años desde que se la recibió si

12. Gregorini Clusellas, E. I. (2011). Vicios redhibitorios en el derecho de consumo. *La Ley, 2011-D*, 1158.

se trata de un inmueble, y a los seis meses desde que se recibió o se puso en funcionamiento cuando se trata de bienes muebles.

Cabe agregar, por otro lado, que el plazo de caducidad puede ser aumentado convencionalmente.

No debe confundirse este régimen de caducidad con la prescripción de la acción. Es así que una vez conocido el vicio antes del vencimiento del plazo, y efectivamente denunciado frente al transmitente, comienza a correr el plazo de prescripción de la acción, y será de un año, según lo previsto por el artículo 2564 del Código Civil y Comercial.

(iii) Régimen de las acciones:

El acreedor de la garantía dispone del derecho a declarar la resolución del contrato si se trata de un vicio que califique como redhibitorio en los términos del artículo 1051, inciso b, del código; es decir, frente a vicios de verdadera *gravedad* como antes vimos, a la vez que en aquellos supuestos en que se haya extendido convencionalmente la garantía.

La norma ahora vigente ha suprimido una variante prevista por el código civil derogado, de suma relevancia práctica, denominada estimatoria o *quanti minoris*. A través de ella, era posible reclamar simplemente la disminución del precio en todos aquellos supuestos en los cuales la entidad del vicio no ameritaba la resolución. Se trataba de una herramienta sumamente útil con miras al principio de conservación del contrato.

Ahora, en cambio, el escenario lleva a pensar que todos esos casos quedarán cubiertos simplemente por la acción de daños derivados del incumplimiento.

## 5. Defecto subsanable

El artículo 1057 dispone: "El adquirente no tiene derecho a resolver el contrato si el defecto es subsanable, el garante ofrece subsanarlo y él no lo acepta. Queda a salvo la reparación de daños". De modo que en el supuesto de que el defecto sea subsanable y el deudor de la garantía ofrezca repararlo o hacerlo reparar a su cargo, el adquirente no tendrá derecho a resolver el contrato.

Es así que si el defecto es subsanable o la cosa reparable y el enajenante toma a su cargo los gastos de reparación, el adquirente no tendrá acción,

porque el vicio habrá perdido gravedad. Sin embargo, si la reparación no es íntegra o las piezas que reponen no son de idéntica marca y calidad que las originales, la excepción prevista por el artículo 1057 del código no se aplicará y podrá el acreedor de la garantía resolver el contrato.[13]

## 6. Pérdida o deterioro de la cosa

El artículo 1058 del código establece que si la cosa perece total o parcialmente a causa de sus defectos, el garante soportará su pérdida. Aplica esta solución como una excepción al principio general según el cual las cosas perecen para su dueño.

# V. Los vicios redhibitorios en la Ley N° 24240

Para cerrar este capítulo cabe hacer una breve referencia al régimen especial previsto por la Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor que se aplica a los contratos de consumo.

Es así que el artículo10bis de dicha ley dispone:

> El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

Por su parte, el artículo 11 prevé:

> Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque

13. Crovi, L. D. (2014). Obligación de saneamiento. En J. C. Rivera y G. Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tomo III*. Buenos Aires: La Ley, p.599.

> hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento. La garantía legal tendrá vigencia por tres (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por seis (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo.

Fundamentalmente, y sin obviar otras diferencias que hacen que la materia vinculada al derecho del consumo tenga hoy indudable autonomía, debemos hacer notar que la mayor distinción entre ambas regulaciones radica en que el consumidor queda amparado en función de la Ley N° 24240 por los defectos o vicios de cualquier índole y aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato.

Capítulo 18

# La señal, seña o arras

## I. Noción

La seña es aquello que se entrega por una parte a la otra, en virtud de una cláusula accidental de un contrato bilateral, con la finalidad de facultar, a uno o a ambos contratantes, la resolución por voluntad de uno de ellos (arrepentimiento) –especie *penitencial*– o con la finalidad de confirmar el contrato (como cumplimiento o principio de ejecución) –especie confirmatoria–.[1]

## II. Caracteres que puede presentar la seña

Con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial, el régimen de la seña se encontraba diferenciado según se tratara de un contrato civil o mercantil.

Así, el artículo 475 del Código de Comercio preveía:

> 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.

1. Gastaldi, J. M. y Centanaro, E. (1997). *La seña.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 16.

En tanto, el artículo 1202 del Código Civil disponía lo siguiente:

> 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 cumpliere, la señal debe devolverse en el estado que se encuentre. Si ella fuere 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.

## III. La seña en el Código Civil y Comercial

Dispone el artículo 1059 del Código Civil y Comercial:

> La entrega de señal o arras se interpreta como confirmatoria del acto, excepto que las partes convengan la facultad de arrepentirse; en tal caso, quien entregó la señal la pierde en beneficio de la otra, y quien la recibió, debe restituirla doblada.

Con lo cual, al unificarse la legislación, la seña se presume confirmatoria y no acuerda la facultad de arrepentimiento, a menos que las partes así lo convengan expresamente. Es decir, que conforme la regla del artículo 1059:

- la seña se presume confirmatoria y no acuerda el derecho de arrepentirse;
- lo que se entrega en concepto de seña es a cuenta de precio.

## IV. Qué puede darse como seña

Normalmente la seña consiste en la entrega de una cosa fungible: dinero. Sin embargo, todo aquello que puede ser objeto de los contratos puede también ser entregado en concepto de seña.

Al respecto el artículo 1060 del Código Civil y Comercial prevé:

> Como señal o arras pueden entregarse dinero o cosas muebles. Si es de la misma especie que lo que debe darse por el contrato, la señal se tiene como parte de la prestación si el contrato se cumple; pero no si ella es de diferente especie o si la obligación es de hacer o no hacer.

## V. Ejercicio de la facultad de arrepentimiento

En caso de que las partes convengan que la seña entregada tiene carácter penitencial, podrán arrepentirse y desistir finalmente de la celebración del negocio jurídico. Frente a ese escenario, y siempre que no hubieran acordado algo distinto, el artículo 1059 dispone que "quien entrególa señal la pierde en beneficio de la otra, y quien la recibió, debe restituirla doblada".

Sin embargo, vale acotar que deberá estarse siempre al término acordado por las partes para el ejercicio de esa facultad de desistimiento. Si no lo hay, podrá ser ejercido hasta tanto medie interpelación por parte de quien la recibió. La posibilidad de arrepentirse se pierde además desde que la parte que pretende hacer valer la facultad ha comenzado a ejecutar el contrato.

Capítulo 19

# La interpretación de los contratos

Aportes conjuntos de los Dres. Gabriela M. Scolarici, Maximiliano L. Caia, María de las Mercedes Domínguez, Jorge I. Sobrino Reig y Ezequiel J. Sobrino Reig

## I. La regulación del Código Civil y Comercial

Este cuerpo legal dedica el Capítulo X del Título 2 del Libro Tercero a la interpretación de los contratos. Comprende en particular los artículos 1061 a 1068.

El código de Vélez Sarsfield guardó silencio respecto de la interpretación de los contratos, pues se consideraba que las reglas de interpretación constituyen mandatos o consejos que eran atribuibles a la ley o a la doctrina. La reforma de la Ley Nº 17711 incorporó el precepto interpretativo contemplado en el artículo 1198. Sin embargo, en la actualidad se adopta un criterio de practicidad en el que se considera adecuada y hasta necesaria su contemplación en el ordenamiento. Es destacable la redacción del código ahora vigente que, enrolándose en una nueva postura, dedica un capítulo íntegro a fijar pautas para la interpretación de los contratos.

## II. La tarea de interpretar el contrato

Establece el artículo 957 que contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, y el artículo 959 dispone que todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, interpretar, en su primera acepción, es "explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad".[1] Interpretar el derecho es, en términos genéricos, buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa, y apreciar su eficiencia en cuanto al gobierno de las relaciones jurídicas, aparentemente comprendidas en el ámbito de su vigencia.[2]

Existen diversos métodos de interpretación que han alcanzado su apogeo en distintas épocas históricas: interpretación filológica o literal, interpretación contextual, interpretación subjetiva, interpretación fáctica, interpretación conservadora, interpretación a favor del deudor, etc.[3]

Con la modalidad, tal vez más aséptica, Kelsen señala que el intérprete tiene por función esclarecer o comprender el sentido del derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.[4]

Cuando se habla de interpretación del derecho se encuentran obviamente comprendidos los contratos. Estos pues, como es sabido, son fuente de obligaciones estipuladas por las partes para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

La primera interpretación que efectuamos de cualquier texto deriva del método gramatical o de la interpretación literal. De allí se parte para luego acudir a la integración de los conceptos sin que ello signifique darles prelación por sobre otros elementos igualmente relevantes. Es que la interpretación, en definitiva, consiste en buscar el sentido etimológico de las palabras para luego llegar a un resultado adecuado.

Sin embargo, tal es la insuficiencia de las palabras para interpretar los contratos que aquel concepto requiere para su éxito de un requisito difícil de aceptar: la univocidad de los términos. Solo así sería posible considerar que,

1. www.rae.es

2. Rivera, J. C. (2013). *Instituciones de Derecho Privado. Parte General: tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 159.

3. Mosset Iturraspe, J. (2005). *Contratos.* Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 307 y ss.

4. Kelsen, H. (1963). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, p. 67.

dentro de la norma, cláusula o estipulación, y en base a la completitud del sistema jurídico, no sea ineludible recurrir a ningún mecanismo exógeno para dar solución al caso que se presente.

Coincidimos con Vernengo cuando enseña que

> si bien interpretar quizás no sea simplemente un manipuleo gramatical o lógico de las normas, sino algo más. Ese plus (pensado bajo rótulos tales como voluntad, creación, acción social, finalidad, valores, etc.) no autoriza a pasar por alto los problemas derivados de la labor interpretativa que los juristas suponen concentrada sobre el tenor lingüístico, o sobre el sentido gramatical, de las normas.

Aunque no se persiga que una interpretación en derecho se limite a problemas puramente lingüísticos o lógicos, lo que resalta el autor es que los aspectos que se conviene destacar –políticos, valorativos, morales, etc.– no excluyen que corresponda también hacerse cargo del significado del texto legal que sea, de la misma manera que las múltiples referencias e interpretaciones que acepte un texto literario o quizás una partitura musical no eliminan la necesidad de contar como punto de partida con una asignación suficiente de sentido al texto mismo.[5]

No obstante ello, se debe caer en la cuenta de lo riesgoso de un ceñimiento estricto y excesivo a las palabras, aunque más no sea como punto de partida, pues como sostenía Saussure: el lenguaje debe ser estudiado como un sistema que teniendo un determinado sentido en el estado actual o en una época precisa (sincronía) también cambia y evoluciona a medida que transcurren los años de manera que los sistemas de sentido de las lenguas adquieren nuevas configuraciones a lo largo del tiempo (diacronía).[6]

Así pueden verse como ejemplo diversos estándares jurídicos instalados a lo largo del tiempo cuyos conceptos fueron variando e incluso desapareciendo. En definitiva, la insuficiencia del lenguaje es lo que torna insatisfactoria a

5. Vernengo, R. J. (1994). *La interpretación literal de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 15-16.

6. Zecchetto, V. (2005). *Seis semiólogos en busca del lector.* Buenos Aires: La Crujía, p. 33.

la interpretación gramatical. La vaguedad y la ambigüedad de las palabras son las dos barreras que marcan el límite de eficacia de este método.

La primera barrera consiste en la indeterminación o imprecisión del objeto o del fin en la elección o aplicación. La segunda, en la incertidumbre, duda o confusión producida por aquello que puede ser entendido de varios modos o admitir distintas interpretaciones. Como ejemplo, y a fin de que se visualice esta problemática, se puede advertir que en el Diccionario de la Real Academia Española el vocablo "interpretar" consta de siete definiciones distintas. Esto, trasladado a un texto jurídico, vuelve vulnerable a la norma y está sujeto, el sentido final que puede extraerse de aquella, a los avatares personales del intérprete o a su adecuada prudencia.

Cuando se pretende hacer aplicación de un concepto jurídico concebido en una norma, cláusula, etc., los matices que tal concepto puede generar, ya sea por vago o ambiguo, presentan para el intérprete la difícil tarea de develar la esencia misma del texto legal y la necesidad de elegir entre alguna de las múltiples opciones factibles. Todo ello, además, evitando caer en el exceso de dejar de lado el texto o en el defecto de no querer apartarse de él cuando la solución es notoriamente insatisfactoria o inapropiada.

Existe en la tarea interpretativa un límite que consiste en integrar los conceptos vagos o ambiguos con mecanismos externos, sin desvirtuar el sentido armónico del discurso originario que se deriva de las propias palabras utilizadas.

Sin embargo, debe tenerse especialmente en cuenta que ninguna interpretación integrada deja de ser social, lo que conduce a que los conceptos, aplicados a los casos concretos, cambien, evolucionen y se adapten, dentro del mismo ordenamiento jurídico, a las necesidades sociales de la época, pero siempre en función de los sujetos.

Los intérpretes jurídicos tienen la obligación de percibir la realidad de los hechos y conjugarlos con la proyección normativa para arribar a una solución. La significación de las normas puede eventualmente variar tanto como la resignificación de los términos utilizados en ellas. En este sentido, y con la convicción de que la escasez conceptual puede constituirse en una virtud para preservar la coherencia del sistema jurídico, Van Roermund argumenta que

> El sistema jurídico no se concibe a sí mismo como aparato en el que súbitamente se intenta aplicar palabras viejas, de un uso ya establecido, a experiencias especiales en casos excepcionales...La sistematicidad del derecho consiste, a los ojos del derecho mismo, en la coherencia y elasticidad de los conceptos establecidos que se emplean para formular normas jurídicas. La parquedad en estos conceptos es una ventaja a este respecto. A menor número de conceptos una mayor facilidad en velar por la coherencia y la elasticidad. El resultado de ello es que se reduce la complejidad del acontecer social a lo que puede ser manejado dentro de ese número restringido de conceptos.[7]

En definitiva, el lenguaje no es estático, sino que como producto de la representación social se nutre de un fluido constante que lleva a la resignificación de los conceptos que lo componen. Se traducen en problemas empíricos o empírico-conceptuales (semánticos), asimilándose a lo que Hart llama problemas de penumbra.[8]

Semiológicamente, la percepción y la interpretación de los conceptos obstan de modo determinante al desarrollo de un sistema normativo cerrado, donde las palabras se basten a sí mismas. Un símbolo, por definición, es un tipo particular de signo con significado abierto y vago. Como sostenía Einstein: "En la medida en que los conceptos se refieren a la realidad son vagos, y en la medida en que no son vagos, no se refieren a la realidad".[9]

Esta vaguedad o ambigüedad en el ámbito normativo es lo que torna imprecisa y hasta sujeta a los avatares del marco social la interpretación de los textos legales.

Más allá de intentar presentar las aristas de esta cuestión, lo cierto es que las discrepancias que suscita no se encuentran superadas, y si bien se podría recurrir a la hipótesis estética de Dworkin, es decir, a obtener de un texto la mejor interpretación para sacarle un mejor provecho,[10] lo cierto es que ello también trae aparejado un cuestionamiento, puesto que tampoco es solo una la mejor

7. Van Roermund, B. (1997). *Derecho, Relato y realidad*. Madrid: Tecnos, p. 83.

8. Alchourron, C. E. y Bulygin, E. (2012). *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Buenos Aires: Astrea, p. 65.

9. *Ibíd*., p. 63.

10. Dworkin, R. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre, pp. 143-180.

interpretación, pues puede haber tantas interpretaciones provechosas como intérpretes idóneos para obtenerlas. Se trataría de forzar la norma, cláusula, estipulación, etc., hasta que encuadre dentro de los cánones deseados.

No obstante, lo gratificante que puede resultar este tipo de artilugio interpretativo trae aparejado un riesgo de deformación del concepto, con la consecuente inseguridad jurídica que podría provocar.

Entonces, el rol del intérprete es el de respetar la norma otorgándole valor, sin boicotear su espíritu y estructura, para adaptarla con un fin de justicia al caso concreto, desplegando en su máximo esplendor el concepto de Derecho.

## III. La intención de las partes como regla de interpretación

El artículo 961 del Código Civil y Comercial establece "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor".

El artículo 1061 reitera este concepto al establecer que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de buena fe, dando especial relevancia a la interpretación subjetiva.

Sigue el lineamiento impartido, aunque con menor detalle y precisión, por el Proyecto de Código Civil de 1998, que en su artículo 1023 establecía que debía asignarse especial relevancia a:

> Lo que ha sido común intención de las partes, antes que a la literalidad de lo manifestado. b) El sentido que razonablemente hubiera atribuido a la manifestación de una de las partes una persona en la situación y de las condiciones de la otra. c) La existencia de diferencias significativas en el poder de negociación relativo de cada una de las partes. d) La relación de equivalencia de las contraprestaciones si el contrato es a título oneroso.

Dado el orden establecido en la redacción del articulado del código ahora vigente, se da también preeminencia a la voluntad de las partes y a la buena fe

como pauta de interpretación. Debe pensarse que se consagra ello en el primer artículo del capítulo referido a interpretación de los contratos.

Señala Mosset Iturraspe que cuando se impone la interpretación subjetiva como regla se persigue la averiguación del sentido y alcance del negocio, del objeto y de la causa de la operación jurídica. Se busca la "intención común de los contratantes y no la individual de cada uno de ellos, lo que tuvieron en mira ambas partes por sobre lo que cada uno pudo perseguir como finalidad personal".[11]

A estos efectos Videla Escalada precisa que "sólo debe computarse lo que aquellas manifestaron de palabra o de hecho en el transcurso de sus negociaciones o mediante su conducta posterior".[12]

Es así que al concertar un contrato negociado existe el debate previo. En él, las partes confrontan sus posiciones para llegar a un acuerdo y así se arriba desde la pluralidad inicial de voluntades a la denominada *voluntad común*, lo que equivale a decir que de la pluralidad se pasa a la unidad. Esa voluntad común produce el contrato mediante la coordinación, el acuerdo, estipulando así los derechos y obligaciones de las partes.

Entre los pasos del proceso volitivo con referencia al contrato se mencionan: el conocimiento del proceso (problema a contratar), deseo del objeto (querer que se logre la contratación), deliberación (discusión de las bases del contrato), decisión (concertación del contrato).

El contrato, entonces, constituye una sola voluntad como resultado. Existen dos clases de interpretación: la interpretación autónoma (de las mismas partes) y la interpretación heterónoma (de un tercero).[13]

Señala Mosset Iturraspe que, al efectuar esta investigación, la intención común debe descubrirse en los elementos intrínsecos o extrínsecos, en el conjunto del contrato o en la actitud de los contratantes en el curso de las negociaciones o en oportunidad de su cumplimiento.[14]

---

11. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., p. 310.

12. Videla Escalada, F. (1964). *La interpretación de los contratos civiles*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 66.

13. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, (23/06/2003). "Margottini María José c/Iatosti Humberto Gustavo".

14. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., p.310.

## IV. El principio de buena fe

El sistema del código mantiene el principio de buena fe como regla de interpretación de los contratos, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 9 que consagra el principio de buena fe respecto al ejercicio de los derechos en general.

En general, la buena fe se concibe como la convicción de obrar conforme al derecho, de ser fiel a la palabra empeñada (cabe recordar que la *fides* era un principio fundamental del derecho romano que enuncia el deber de toda persona de respetar y cumplir su palabra) y de no faltar a la confianza ni abusar de ella.

Este principio rector de las relaciones jurídicas debe primar en la interpretación de los contratos, lo que implica que la recíproca lealtad de las partes es un deber exigible en todos los aspectos de la contratación y debe ser apreciada objetivamente aplicando a cada situación el criterio de lo que hubieran hecho dos personas honorables y razonables.[15]

Videla Escalada señala la importancia que tiene la adopción del principio de la buena fe como regla de interpretación, pues considera que implica optar por un método objetivo que supere la consideración puramente subjetiva de las voluntades de los contratantes para analizar la declaración con un criterio que hasta pueda diferir del que tuvieron en mira. Eso no significa ir en desmedro de la intención común, sino aplicar un presupuesto que influya sobre la esencia del contrato y determine, por tanto, las características de su ejecución.[16]

## V. Supuestos de interpretación restrictiva

El artículo 1062 del código dispone:

> Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones

15. Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato: tomo 2*. Buenos Aires: EJEA. p.110.

16. Videla Escalada, F. (1964), *op. cit.*, pp. 72-73.

> del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente.

Luego de establecer el principio general en materia de interpretación contractual, el código establece como uno de los principios hermenéuticos la interpretación restrictiva. Su inclusión en el derecho positivo no es novedosa, pues recopila la noción contenida en el artículo 218 del Código de Comercio, que establecía como base para la interpretación de la cláusula de un contrato a la intención común de las partes antes que al sentido literal de los términos empleados.

Señala Mosset Iturraspe que cuando las cláusulas son claras, expresas, inequívocas, debe entenderse que traducen la voluntad de las partes y los jueces no pueden, en principio, rechazar su aplicación. Quien afirme que las cláusulas, pese a su claridad, no traducen la voluntad real, deberá producir la prueba pertinente; lo mismo ocurre con quien pretenda dar a los términos empleados en el contrato un significado distinto del que se desprende de su acepción común y general.[17]

El máximo tribunal del país ha señalado reiteradamente que

> corresponde aplicar lisa y llanamente las previsiones contractuales cuando éstas son claras y previstas –es decir, no existiendo ambigüedad en los términos empleados–, sin efectuar una labor hermenéutica adicional ni recurrir a otras pautas interpretativas, por aplicación del principio de buena fe.[18]

En idéntico sentido, se resolvió que

> para interpretar un contrato cabe tener presentes tres subdirectivas, v. gr., verosimilitud, diligencia debida y previsibilidad, y debe bucearse más en la intención común de las partes que en el sentido literal de los términos, pues la literalidad del texto contractual no descarta la investigación de la voluntad real de las partes, siendo para ello relevantes la intención y la finalidad de los contratantes.[19]

17. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., pp. 308-309.

18. CSJN (06/03/00). "P.R.A. c/ Provincia de Neuquén", DJ, 2001-2-742.

19. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A (30/09/04). "Efel S.A. c/ Lalor SAMCIFyF y otro".

La norma no se aplica a los contratos de adhesión, que ya estudiamos anteriormente, en los que una parte se somete a las condiciones generales predispuestas por la otra. Tampoco a los contratos de consumo. La finalidad es evitar situaciones de abuso derivadas de la posición prevaleciente de uno de los contratantes (el predisponente o proveedor, respectivamente). Enseña Lafaille que en los contratos predispuestos y en los de consumo, signados por la voluntad prevalente del predisponente o del proveedor –de manifiesto de escasa participación del adherente o del consumidor en la formalización del negocio–, el intérprete prescinde de indagar la voluntad real de los agentes y los reemplaza por diferentes criterios objetivos, que tratan de inferir la voluntad presunta de las partes o bien asignarle al negocio un sentido coherente con su finalidad económica social. Campean allí criterios objetivos tales como el *favor debilis* y la interpretación contra el *preferentem*, entre otros.[20]

Una aplicación práctica de la cuestión se observa en el artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, que establece que "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa".[21]

## VI. El significado de las palabras

El artículo 1063 del Código Civil y Comercial prevé:

> Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato.
> Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta.

Los artículos 217 y 218 del Código de Comercio derogado resultan el antecedente más próximo de esta regla de interpretación. El primero de ellos

20. Lafaille, H. (2009). *Derecho Civil: contratos: tomo II*. Buenos Aires: La Ley, p. 93.

21. Ley Nº 24240, t.o. Ley Nº 26361.

preveía que las palabras de los contratos debían entenderse en el sentido que les daba el uso general, aunque el obligado pretendiera haberlas entendido de otro modo. En el caso del segundo, sobresalía su inciso 6, que disponía que el uso y las prácticas generalmente observadas en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar de ejecución del contrato, prevalecían sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretendiera dar a las palabras.

En el sendero de este análisis comparativo, el artículo 219 mercantil daba respuesta al supuesto de omisión en la redacción del contrato de alguna cláusula necesaria para su ejecución y la falta de acuerdo entre las partes sobre el verdadero sentido del pacto; presumiendo en tal caso que las partes se habían sujetado a los usos y prácticas de los comerciantes del lugar de ejecución del contrato.

Vemos entonces que la norma tiene una extensa tradición en el derecho argentino, pues con habitualidad sucede que el sentido de cada una de las palabras que integran un contrato, bien sean examinadas particularmente o en su conjunto, dé lugar a controversias sobre el verdadero significado de la declaración de voluntad emitida. En esos casos se vuelve imperativo su escrutinio a fin de dar con su verdadero valor.

La regla es que siempre debe partirse del análisis literal de las palabras con el significado que los profanos le otorgan en el lenguaje común, pues cuando su voluntad surge clara, expresa, inequívoca, los jueces no pueden, como principio, rechazar su aplicación.[22]

Ahora bien, cuando existe discordancia sobre el verdadero alcance de los términos, la norma comentada aporta diversas pautas sobre su interpretación, pero sienta como criterio hermenéutico general que debe darse a las palabras empleadas el sentido acordado en el tráfico corriente.

Como excepción, la norma nos aporta aquellas palabras que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo entre las partes, o de los usos y prácticas del lugar de celebración, conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato (art. 964 del código).

Es que, como bien apunta Lorenzetti, el problema del lenguaje y del significado de las palabras es tan importante que muchos contratos se redactan con

22. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., pp. 308-309.

un "diccionario" en el que se menciona una serie de vocablos que integran el entramado contractual y su significado, acordado entre las partes.[23]

A su vez, un problema adicional muchas veces derivado del tráfico internacional es el generado por los distintos idiomas utilizados y las dificultades interpretativas que ello conlleva. En tales casos, las partes pueden establecer que un idioma tenga prioridad sobre otro y, si no hay estipulación al respecto, parece lógica la solución aportada por el artículo 4.7 de los principios de Unidroit, fuente reconocida de nuestro código en sus fundamentos, en el sentido que se presume la interpretación derivada del idioma en que se hizo la primera redacción.

Por fin, bueno es señalar que la regla general naturalmente no se aplica cuando las partes son profesionales y redactan el contrato con un lenguaje específico, o cuando utilizan expresiones propias y específicas del sector comercial en el que se desenvuelven.

## VII. Interpretación contextual

Dispone el artículo 1064 del código: "Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto".

El antecedente directo de esta norma es el artículo 218 del Código de Comercio anterior que establecía que, al momento de interpretar la cláusula de un contrato, en caso de ambigüedad, debía interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles el significado que corresponda al contexto general, sin asignarle demasiado valor al significado que les pudiera convenir.

Esta base de interpretación reproduce la regla sexta de Pothier y condensa el principio denominado de la "interpretación contextual" o armónica de las cláusulas de un contrato. Tiene en cuenta que el contrato constituye un todo indivisible, hallándose sus cláusulas encadenadas unas a otras. La interpreta-

23. Lorenzetti, R. L. (2015). Interpretación de los contratos. En R. Stiglitz (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación: Contratos. *La Ley*, suplemento especial.

ción contextual aprehende lo declarado como un todo integral cuyo sentido y espíritu son uno.[24]

En el ámbito jurisprudencial, se ha dicho que "La 'interpretación contextual' (art. 218 inc. 2°, Código de Comercio) de las cláusulas de un contrato aprehende lo declarado como un todo integral, cuyo sentido y espíritu es uno".[25]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que "Es criterio consolidado de esta Corte que la conducta de las partes constituye base cierta de interpretación de los términos del vínculo jurídico que las une (*Fallos*: 262:87; 302:242 y 316:3199, entre otros)" que "en las condiciones enunciadas, se impone concluir que la conducta seguida por la actora para ejercer la opción de prórroga es manifiestamente inconciliable con el verosímil entendimiento del conjunto de cláusulas contractuales, por lo que se encuentra reñida con lo dispuesto por el artículo 1198 del Código Civil".[26]

En definitiva, puede afirmarse que

> el contrato no es una suma de cláusulas sino un conjunto orgánico, por lo que éstas han de interpretarse las unas por medio de las otras, en tanto individualmente consideradas pueden adquirir un significado inexacto y sólo de la correlación armónica de todas ellas surge su correcto significado.[27]

## VIII. Fuentes de interpretación

El artículo 1065 del código dice textualmente*:*

> Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: a. las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; b. la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración; c. la naturaleza y finalidad del contrato.

24. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., pp.309-310.

25. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E (21/05/96). "S., G. B. c. L. A., J. A.". *La Ley,*1996-D, 764.

26. CSJN (19/10/2000). "Produmet S.A. c/ Sociedad Mixta Siderurgia Argentina".

27. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A (18/03/98). "Club Hípico Argentino c. Muñoz, Roberto A. y otros". *La Ley*, 1999-B, 564.

En el lenguaje usual, dice Danz, se entiende por interpretación *la acción que tiende a fijar el significado y el sentido de las manifestaciones de la voluntad, especialmente de las palabras*. El que quiera manifestar al exterior su voluntad interna necesita valerse de ciertos signos que el mundo exterior pueda percibir; tiene que declarar su voluntad, y esta declaración se efectúa ordinariamente mediante palabras. Poner en claro estas declaraciones es el fin de la interpretación.[28]

Conforme preceptuaba el artículo 217 del Código de Comercio "las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que los ha entendido de otro modo". Dicha cláusula se conjugaba con lo que establecía el artículo 218, inciso 6, de acuerdo al cual "el uso y la práctica generalmente observados 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".

Como expresa la norma en cuestión, ese significado de las palabras no debe ser desentrañado de modo aislado sino, por el contrario, integrado. Es decir, contextualizado. Como enseña Pothier, "se debe interpretar una cláusula por las otras cláusulas contenidas en el acto, ya precedan o sigan a dicha cláusula".[29]

El artículo 1065 del Código Civil y Comercial dispone que la interpretación de los contratos exige recurrir a un sistema de fuentes. Entre ellas enumera: a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración; y c) la naturaleza y finalidad del contrato.

Esto se explica en que, si bien la decisión jurídica comienza por las palabras del contrato, también deben incluirse sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención de los contratantes. De ese modo la tarea no se limita

28. Kemelmajer de Carlucci, A. (2006). Breves reflexiones sobre la interpretación de los contratos y la interpretación de la ley. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2006-3, 26-27.

29. Müller, E. C. (2006). Interpretación literal y contextual. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2006-3, 49.

a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del contrato en el momento de su aplicación.[30]

En ese sentido, el artículo 218 del Código de Comercio derogado, estipulaba en sus incisos 3 y 4 que debía priorizarse la validez de los contratos en caso de cláusulas susceptibles de dos sentidos, para lo cual debían entenderse de la manera que más convenga a la naturaleza de los contratos; atendiendo a los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, en relación con lo discutido, pues ellos resultan la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrarlo.

Por lo tanto, para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable se deberán tener debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera sean las prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, y los usos y el comportamiento ulterior.[31]

## 1. Las circunstancias en que se celebró el contrato, incluyendo las negociaciones preliminares

Tanto los usos como las prácticas y las costumbres del lugar en el cual se gestó y concertó el contrato se erigen como elementos relevantes para desenredar el alcance de la reglamentación conformada por los contrayentes. El ámbito espacial y temporal en que aunaron sus voluntades colabora en la difícil misión de dar sentido a términos ambiguos o cláusulas contradictorias que impiden develar de inmediato el efecto previsto por las partes, atendiendo a que el contrato es un instrumento de tráfico, de conexión individual y social, moldeable y dinámico de la vida en relación.[32] De ahí la importancia de reparar en la coyuntura en que se plasmó esa relación jurídica y el alcance pretendido por los contratantes.

30. Fundamentos del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

31. Artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, ratificada por Ley Nº 22765.

32. Iñiguez, M. D. (2006). Interpretación fáctica y conservadora del contrato. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2006-3, 112.

Las circunstancias de hecho que formaron *el clima* en el que se emitió la declaración de voluntad tienen una importancia decisiva en su interpretación. Las mismas palabras, idénticas conductas, tienen un significado totalmente distinto si las circunstancias difieren. En definitiva, son las que permiten valorar el sentido y el significado de las palabras.[33]

## 2. Las conductas de las partes, incluso las posteriores a la celebración del contrato

De acuerdo con lo que disponía el artículo 218, inciso 4, del Código de Comercio derogado, 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 a que las partes se han ajustado después de la celebración del acto resulta un factor importantísimo para apreciar el sentido que han querido otorgarle. Es lo que se puede denominar la interpretación *viva* del acto;[34] confiriéndole el carácter de interpretación tácita de la voluntad, en virtud de que la actuación auténtica de las partes permite apreciar con mayor naturalidad la real intención que los condujo a celebrar el acto.

Es necesario, sin embargo, advertir que la conducta posterior solo puede ser tomada en consideración cuando perjudica a la parte que la ha seguido; pero, en principio, no puede ser considerada cuando la beneficia porque de lo contrario sería muy fácil a los contratantes desviarse de la recta interpretación de un convenio, realizando actos que la otra parte tal vez ignore y que más tarde serán pruebas en favor suyo si la cuestión se lleva ante los tribunales; amenos, claro está, que las circunstancias demuestren que esa conducta era sincera y de buena fe.[35]

33. Borda, G. A. (1991). *Tratado de Derecho Civil. Parte General: tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p.138.

34. Llambías, J. J. (1993). *Tratado de derecho civil. Parte general: tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 382.

35. Borda, G. A. (1991), *op. cit*., p. 140.

## 3. La naturaleza y finalidad del contrato

Se ha señalado que para conocer el sentido del contrato es preciso indagar el sustrato económico que lo sustenta, el juego de intereses de las partes y la finalidad práctica que estas han dado a dichos intereses. Es por ello que el primer peldaño de esta pauta está constituido por el tipo seleccionado por los contratantes para su regulación. El sentido de la cláusula será uno y otro conforme al tipo de que se trate.[36]

El fin práctico del contrato es un factor capital, pues las partes lo celebran con el propósito de alcanzar resultados económicos o de cualquier otra índole. De ahí que para otorgar un adecuado sentido al acto resulte primordial vincularlo con el fin que los convocó e idearon perseguir.

# IX. Principio de conservación

Dispone el artículo 1066 del Código: "Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato".

Esta regla encuentra su antecedente en el artículo 218, inciso 3, del Código de Comercio anterior, de acuerdo al cual

> Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, de 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.

Como explica Lorenzetti, frente a dos interpretaciones posibles, debe buscarse la que le dé algún efecto a la cláusula.[37]

36. Ariza, A. (2005). *Interpretación de los contratos*. Buenos Aires: Hammurabi, p.140.

37. Lorenzetti, R. L. (2010). *Tratado de los contratos. Parte general*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 468.

Todo contrato debe presumirse que responde a un objeto-fin individual serio y amparado por el ordenamiento legal. Es decir, que el autor o los autores del negocio jurídico han perseguido propósitos que desean ser cumplidos. Por lo tanto, aun cuando no aparezca inequívoca la declaración de voluntad, de tal modo que surja la duda de si una cláusula pueda o no tener alguna consecuencia, se ha de tender a una interpretación que la conserve y, por lo tanto, que brinde al negocio jurídico el máximo significado útil.

El principio de conservación del contrato al que hace alusión la norma aspira a brindarle el mayor significado posible, implica dar preferencia a la interpretación que trae como consecuencia la validez de la cláusula dudosa o ambigua, o aun, de todo el contrato.

En efecto, la interpretación del contrato debe conducir, en caso de duda acerca de la validez de cualesquiera de sus cláusulas o aun de la totalidad del negocio, a preferir la comprensión que le brinde validez, con el propósito de otorgarle al contrato su máximo significado útil.[38]

Como bien explica Rivera, la preservación del negocio es una regla que se corresponde con la idea de que las partes han celebrado el acto porque quieren sus efectos, y por lo tanto no es razonable pensar que hayan declarado una voluntad que en definitiva llevará a la frustración del negocio.[39]

Es decir, si los contratos se hacen para ser cumplidos, las cláusulas dudosas que estos contengan no pueden conducir a la inobservancia, por ende, al incumplimiento de lo convenido.

Culmina el legislador por destacar la importancia de adecuar la interpretación del negocio al objeto propuesto por las partes en la autorreglamentación de sus voluntades frente a la posibilidad de asignar a esta varios sentidos posibles. Es lo que se ha dado en llamar interpretación útil,[40] entendida como la directiva jurídica que hace prevalecer la eficacia y licitud de los términos del contrato, para lo cual habrá de ceñirse a la naturaleza del contrato.

38. Spota, A. G. (1975). *Instituciones de derecho civil. Contratos: volumen II*. Buenos Aires: Depalma, pp.134-135.

39. Rivera, J. C. (2013). *Instituciones de derecho civil. Parte general: tomo 1*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 570.

40. Iñiguez, M. D. (2006), *op. cit*.

En suma, antes que privar los efectos de los términos del contrato debe buscarse la forma de interpretarlos en el sentido de darles efecto. Por esta razón se otorga prevalencia a la interpretación que permita otorgarle licitud o validez a sus cláusulas, frente a aquellas otras posibles que las denieguen, sin olvidar que en materia de nulidades contractuales la interpretación hacia esa declaración debe ser restrictiva en razón de los principios de seguridad jurídica y preservación del acto jurídico.

## X. Los deberes de lealtad y de confianza. El reconocimiento legal explícito de la doctrina de los actos propios

El artículo 1067 del Código Civil y Comercial dispone: "La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto".

La norma se presenta como un corolario de la directiva que emana del artículo 1061, en virtud de la cual el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de buena fe.

Vale la pena citar a Díez-Picazo, quien expresa que el principio de buena fe engendra una norma jurídica completa que lo eleva al rango de principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica, deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Esto significa que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones; y también que deben comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos.[41]

Es decir, rectitud y honradez en la formación del contrato, pero también en su cumplimiento, y claro está, para otorgar el significado que corresponde a la declaración de voluntad contractual.

41. Cornet, M. (2006). Interpretación del contrato. Subjetiva. Objetiva. Ventajas e inconvenientes. *Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2006-3*, 59-93.

De ahí que el artículo haga hincapié en la protección de la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente. Y ello por cuanto la buena fe debe presidir la etapa de ejecución del contrato, período en el cual la conducta de los contratantes ha de servir como pauta de valoración que integra los principios hermenéuticos.

La buena fe asume, entonces, un sentido equivalente a la protección de la confianza de los contrayentes, superando el marco del entendimiento concreto que las partes pudieron tener de la manifestación –que no se pudo establecer acudiendo a las pautas subjetivas– y conduciendo al plano del sentido que hipotéticamente pudieron haberle conferido.[42]

En suma, bajo la órbita del principio tutelar de la buena fe que debe gobernar las reglas de interpretación de todo negocio, se persigue proteger el sentido que razonablemente ha podido tener como cierto el destinatario de una declaración de voluntad.

La inadmisibilidad que pregona la parte final del artículo que se comenta alude claramente a la regla *venire contra factum proprium nulli conceditur*.

De acuerdo a esta doctrina de los actos propios resulta inaceptable que un contratante fundamente su postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior.

Es decir, nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. La doctrina de los actos propios resulta una derivación del principio de buena fe, en razón del cual nadie puede alegar un derecho que está en pugna con su propio actuar anterior, que a tal fin implica una renuncia tácita que invalida la nueva pretensión.[43]

La conciencia jurídica colectiva reclama –en términos generales y más allá de la vigencia de normas específicas– que en las relaciones humanas intersubjetivas se evidencien los valores ínsitos en los principios generales del derecho, tales como el de la buena fe, el orden público o las buenas costumbres. Se pretende

42. Ariza, A. (2005), *op. cit*., p. 138.

43. Díez-Picazo, L. (1963). *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosch.

que exista plena correspondencia entre estos principios, informantes de todo el sistema jurídico, y el real y efectivo comportamiento humano en sociedad.

Se trata, entonces, de que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su conducta anterior, que concita en la otra parte una fundada confianza, conforme al obrar regular de los sujetos en un medio social determinado.

Por consiguiente, la doctrina de los propios actos resulta un principio del derecho que impide a un sujeto colocarse en contradicción con su anterior conducta, no siendo permisible posibilitar que alguien asuma pautas que susciten ciertas expectativas o confianza en un desarrollo ulterior, y más tarde se contradiga.

La consecuencia de la aplicación de esta teoría consiste en la inadmisibilidad de la segunda conducta, ya que si bien esta, tomada aisladamente, es legítima, resulta inatendible con relación a la primera conducta, toda vez que esta regla limita los derechos por el deber de actuar coherentemente; es decir, traduce el imperativo del sujeto de que *el hombre debe ser fiel a sus propios actos*.[44]

## XI. Las llamadas expresiones oscuras

La regla del artículo 1068 del Código Civil y Comercial es la siguiente:

> Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes.

La norma expresa el principio que consagraba el artículo 218, inciso 7, del Código de Comercio de acuerdo al cual "en los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación".

44. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M (27/10/2006). "D'Alimenti S.A. c/ Cons Propietarios Ayacucho 1104/20 y otros".

La regla en cuestión no es otra que la del *favor debitoris*, en virtud de la cual la intención de obligarse debe desprenderse categóricamente del contrato, asumiendo o presumiendo, mejor dicho, que el deudor es la parte más débil del contrato. Pero, vale la salvedad, cuando persistan dudas luego de emplear las reglas contenidas en los artículos precedentes; es decir, actúa como *ultima ratio* en caso de que aquellas no permitan desenredar el sentido previsto por los contrayentes al contrato, o bien, a alguna de sus cláusulas.

Conviene precisar adecuadamente el concepto de debilidad en materia interpretativa. No se trata aquí de un sector, clase social o categoría sociológica a la que el derecho preste su poder tuitivo, sino de la percepción realista de que hay múltiples situaciones de debilidad jurídica en la contratación.

De este modo, es del propio principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, que conlleva el trato igual en igualdad de condiciones, del que surge la necesidad de cierta protección a quienes contratan en situación de desventaja relevante con respecto a sus cocontratantes. La desigualdad puede derivar, genéricamente, de circunstancias socioeconómicas, culturales y, particularmente, de la situación en que se halle el contratante al momento de celebrar el negocio.[45] Sirve el ejemplo de lo que ocurre con la Ley Nº 24240, de Defensa del Consumidor que dispone en su artículo31 que "se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor" y en su artículo 37 que "la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa".

A poco que se continúa su estudio, se aprecia que el artículo se encarga de direccionar la aplicación de esta regla a los contratos a título gratuito, los cuales deben ser interpretados en el sentido menos gravoso para el obligado; no así en caso de si los onerosos, pues allí la norma estipula que la interpretación debe hacerse en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes.

Como señalaban Borda y Llambías, la aplicación de la regla del *favor debitoris* sólo resulta justa y posible en los contratos gratuitos, donde las dudas debían resolverse en favor de la menor transmisión de derecho e intereses. En

45. Alterini, A. A. (1998). *Contratos. Teoría general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 371.

cambio, en los contratos onerosos, la obligación que resulta de una cláusula es siempre la consecuencia de una contraprestación. Lo que debe presidir la decisión del juez es más bien la equidad y la equivalencia de las obligaciones recíprocas.[46] En efecto, mientras en el contrato a título gratuito debemos tender hacia una interpretación menos gravosa para el obligado, en el contrato a título oneroso la interpretación debe tender a que haya una adecuada y equitativa composición de los legítimos intereses de las partes del contrato. Sólo de ese modo se alcanza el fin económico perseguido por las partes.

46. Borda, G. A. (1991), *op. cit*., p. 143; Llambías, J. J. (1993), *op. cit*., p.383.

Capítulo 20

# Subcontrato y contratos conexos

# I. Subcontrato

## 1. Concepto en el Código Civil y Comercial

En su artículo 1069, el código se encarga de definir al subcontrato: "El subcontrato es un nuevo contrato mediante el cual el subcontratante crea a favor del subcontratado una nueva posición contractual derivada de la que aquél tiene en el contrato principal".

Es así que para referirnos al subcontrato debemos empezar por señalar que debe necesariamente existir un contrato principal que lo enmarque o contenga. Por esa razón, este segundo contrato debe contener los requisitos generales y especiales de aquel del cual depende: habrá entonces un contrato principal y uno derivado en grado de dependencia o subordinación.[1]

Se lo ha definido también de esta manera:

> Se entiende por subcontratación al instituto jurídico que permite a un sujeto (denominado subcontratante) ya sea (i) disponer o utilizar económicamente a favor de otro sujeto (denominado subcontratado) todo o parte del contenido de su posición contractual bajo un preexistente contrato determinado (denominado contrato principal); o bien (ii) sustituir a un tercero no dependiente o subordinado (el subcontratado) en el cumplimiento total o parcial de las

1. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Subcontrato. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 668.

> obligaciones a su cargo en el contrato principal; permaneciendo, sin embargo, en ambos casos, jurídicamente vinculado el subcontratante a su contraparte bajo el aludido contrato principal.[2]

Por otro lado, tal como se encarga de aclarar el artículo 1070 del código, la regla es que en los contratos con prestaciones pendientes estas pueden ser subcontratadas, en todo o en parte, a menos que se trate de obligaciones que requieren prestaciones personales.

## 2. Diferencias con otras figuras afines

Los perfiles enunciados en el punto anterior posibilitan distinguir al subcontrato de otras figuras con las cuales habitualmente se lo ha comparado.

En tal sentido, se diferencia de la estipulación a favor de un tercero (art. 1027) porque, en esta última, el tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la propia estipulación a su favor, sin ser parte del contrato perfeccionado entre estipulante y promitente. Mientras tanto, en el subcontrato, el adquirente de los derechos (el subcontratado) necesariamente es parte de él (art. 1069).

Con el contrato de cesión de posición contractual las diferencias también son apreciables, dado que mientras en el contrato derivado se configura un nuevo contrato, al que le son aplicables las normas concernientes a la naturaleza del negocio base celebrado(por ejemplo contrato de obra, etc.), en la cesión de contrato suberifica la sustitución de un contratante por otro, que se rige por las disposiciones que el código consagra para esa figura, reconocida en tanto medie conformidad de la parte cedida (art. 1636).[3]

2. Fernández, L. F. (2016). El subcontrato en el Código Civil y Comercial. *RCCyC.*, 165.

3. Hernández, C. A. (2015). Subcontrato. En R. L. Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tomo VI.,* Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 139.

## 3. El subcontrato y las distintas figuras contractuales

La subcontratación se encuentra expresamente estipulada en los siguientes contratos:

- locación de cosas: la sublocación y la cesión se encuentran reguladas en los artículos 1213 a 1216;
- *leasing*: el tomador puede arrendar el bien objeto del contrato y el dador puede transmitir su posición contractual (arts. 1238 y 1247);
- obra y servicios: el contrato de obra y servicios permite al contratista valerse de terceros a efectos de cumplir con el servicio; mantiene así su responsabilidad en la dirección a menos que hubiera sido elegido por sus cualidades especiales (art. 1254). Se prevé a su vez la eventual responsabilidad del subcontratista por ruina (art. 1274, inc. c) y por inobservancia de normas administrativas o daños a terceros (art. 1277);
- contrato de transporte: se encuentra prevista esta modalidad para el transporte sucesivo o combinado (art. 1287):
- mandato: en este contrato se acepta expresamente la sustitución, bajo la responsabilidad del sustituido, a menos que la persona haya sido expresamente indicada por el mandante (art. 1327);
- franquicia: el franquiciado mayorista puede subfranquiciar (art. 1518, inc. a), no así el minorista, excepto pacto en contrario;
- agencia: en el contrato de agencia el agente puede subcontratar si cuenta con autorización expresa (art. 1500).

## 4. Efectos de la subcontratación

(i) Acciones del subcontratado.

Según dispone el artículo 1071 del Código Civil y Comercial, el subcontratado dispone: a) de las acciones emergentes del subcontrato, contra el subcontratante, y b) de las acciones que corresponden al subcontratante, contra la otra parte del contrato principal, en la extensión en que esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones de este respecto del subcontratante. Estas acciones directas se rigen por lo dispuesto en los artículos 736, 737 y 738.

El primer supuesto no ofrece mayores novedades: el subcontratado cuenta, respecto del subcontratante, con las acciones que emergen de ese subcontrato. La solución es evidente pues, aun cuando se trata de una figura específica, esta relación jurídica no deja de ser un contrato en sí y por ende se le aplican todas las reglas generales sobre la materia.

La solución para el segundo supuesto, en tanto, superó las dudas que se habían generado hace algunos años en la doctrina. El subcontratado cuenta con la acción directa prevista en los artículos 736 a 738 contra el contratante original.

(ii) Acciones de la parte que no celebró el subcontrato.

Prevé el artículo 1072 del código: "La parte que no ha celebrado el subcontrato mantiene contra el subcontratante las acciones emergentes del contrato principal. Dispone también de las que corresponden al subcontratante contra el subcontratado, y puede ejercerlas en nombre e interés propio".

La primera parte del artículo es lógica, dado que el subcontrato como un contrato nuevo y distinto no afecta al contrato original. Por esa razón, el contratante original mantiene sus acciones contra el subcontratante.

Tiene mayor relevancia la última parte del artículo 1072: el contratante principal puede ejercer, contra el subcontratado, las mismas acciones que el subcontratante podría ejercer contra aquel.

# II. Contratos conexos

## 1. Concepto y reconocimiento legal

El Código Civil y Comercial incorporó la regulación de los llamados contratos conexos, que ya contaban con un largo reconocimiento en la doctrina y la jurisprudencia. Dispone a modo de definición el artículo 1073 del código:

> Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.

Señala Aufiero:

> Encontramos en Italia, en los años 30, los primeros antecedentes a través del "collegamento negoziale". López Frías menciona que existe collegamento negoziale cuando las partes, con el fin de alcanzar un determinado resultado económico, concluyen dos o más contratos distintos que presentan entre sí un nexo jurídico; tal nexo se manifiesta en la posible repercusión (unilateral o recíproca) de las vicisitudes que afectan a cada uno de los convenios celebrados sobre los demás.[4]

Por su parte, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999 se había propuesto esta definición:

> Habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio.[5]

Evidentemente, esa definición quedó ahora superada por la adoptada por el código en su artículo 1073, citado en los párrafos precedentes. Los contratos conexos no necesariamente son simultáneos ni instrumentados en un único documento, pero están vinculados por sus causas, que pese a esa circunstancia mantienen su autonomía.

## 2. Requisitos para la conexidad

(i) Pluralidad.

Para la conexidad se requieren dos o más contratos. Como ya dijimos, pueden o no haberse instrumentado de manera conjunta. Constituye un rasgo elemental de esta figura jurídica.

4. Aufiero, A. M. (2015). Contratos conexos. En J. M. Curá (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Orientado a Contadores: tomo III.* Buenos Aires: La Ley, p. 453.

5. Recuperado de jndcbahiablanca2015.com

(ii) Autonomía.

Ya sean principales o accesorios, contrato o subcontrato, preparatorio o definitivo, cualquiera de ellos debe contar con todos los elementos esenciales. Deben, en definitiva, conservar su individualidad.[6]

(iii) Vinculación.

Los contratos conexos deben estar vinculados entre sí desde el punto de vista de la causa objetiva que abarca, fundamentalmente, su aspecto económico.

En ciertas hipótesis, a pesar de no haberse *causalizado* un negocio en el otro, media la posibilidad de aceptar –excepcionalmente– la existencia de un nexo cuando cobró para las partes una importancia significativa para la celebración del restante.[7]

(iv) Finalidad económica común.

Debe estar presente también la finalidad económica común. Se trata de la causa *supracontractual* que identifica a todos los contratos vinculados entre sí. Así, el resultado económico motiva a las partes a comportarse de esta forma en el más pleno convencimiento de que si no integran un sistema o una red contractual se verían impedidos de alcanzar el objetivo.[8]

## 3. Supuestos de conexidad contractual

La teoría de la conexidad contractual evidenció una importante evolución en la jurisprudencia. De manera progresiva se ha expandido en los tribunales como fundamento de muchas sentencias.

A modo de ejemplo, podemos encontrar el caso de la tarjeta de crédito a fin de responsabilizar a la empresa administradora del sistema tanto frente al usuario como también frente al comercio adherido al sistema. Se ha apuntado, en ese sentido, que el sistema de tarjetas de crédito es un negocio jurídico complejo y sistematizado con finalidad lucrativa que se perfecciona mediante

6. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Contratos conexos. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 684.

7. *Ibíd*., p. 684.

8. Armella, C. N. (2015). Contratos conexos. En R. Stiglitz (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación: Contratos. *La Ley*, suplemento especial, p.206.

una serie de contratos bilaterales de diferente naturaleza; y dicha operatoria, multilateral y coordinada, tiene una causa económica que origina vínculos individuales orgánicamente funcionales.[9]

Otro tanto ha ocurrido con los contratos de mutuos bancarios, los seguros y las financiaciones inmobiliarias. Se trata de los seguros de vida que es obligatorio tomar cuando se recibe un crédito hipotecario. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que el mutuo y el seguro son contratos conexos y su causa final común es la protección del crédito para el banco mutuante y la correlativa protección del débito para el mutuario. Cabe el ejemplo también de otros servicios como los de turismo o los de sistemas de salud, como las prepagas.[10]

Agregamos, para cerrar ejemplos de los repertorios jurisprudenciales, el caso de la organización de espectáculos públicos y la responsabilidad del concedente de un predio para un espectáculo musical frente a un daño sufrido por el espectador. Así se ha dicho:

> La responsabilidad encuentra en estos casos un doble orden de fundamentos: la conexidad funcional de los distintos contratos y el aprovechamiento económico común que la exhibición del evento persigue. De allí que la responsabilidad puede alcanzar en forma solidaria a todo aquel que participa y se beneficia de esta misma actividad económica organizada del espectáculo, privilegiando así el aspecto funcional de la organización económica empresarial global por sobre el aspecto formal de las manifestaciones externas. El espectador dispone por lo tanto de una acción directa de naturaleza contractual contra esta entidad a pesar de no existir vinculación contractual alguna pero que ha participado en otro contrato conexo con el organizador.[11]

## 4. Interpretación y conexidad

Dispone el artículo 1074 del código: "Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido

9. Rivera, J. C., Crovi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017). *Contratos. Parte general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 434-435 y sus citas.

10. *Ibíd*., p. 435.

11. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E. (16/9/2016). "Orellana, Ángel Roberto c/ DG Entertainment SRL s/ daños y perjuicios".

apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido".

Todo el régimen legal acerca de la interpretación de los contratos en general puede ser aplicado a los contratos conexos. Sin embargo, el legislador optó por incluir una regla específica en el citado artículo 1074. En definitiva, el juez deberá en una primera instancia determinar si existe o no la conexidad en un grupo determinado de contratos. Luego, si la respuesta es afirmativa, la interpretación se hará en cada uno de ellos en función de la finalidad económica común a la que ya hicimos referencia.

## 5. Efectos

Comenzamos por decir que el artículo 1075 del Código Civil y Comercial prevé:

> Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aun frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

Sucede que el efecto relativo de los contratos, del cual surge que la eficacia contractual impacta únicamente en el patrimonio de los contratantes, es dejada de lado para expandirse en este caso a todos los sujetos vinculados al sistema más allá de que no sean formalmente contratantes.[12]

12. Armella, C. N. (2015), *op. cit.*, p.203.

Capítulo 21

# Extinción del contrato. Rescisión, resolución y revocación

# I. Conceptos preliminares

## 1. Ineficacia funcional de los actos jurídicos

Lo verdaderamente habitual en el marco de los contratos es que su extinción se produzca como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones asumidas. Eso es lo que ocurre en la inmensa mayoría de los casos y que, naturalmente, no trae consecuencias que quepan en el estudio de este capítulo.

En el sentido opuesto, nos encontramos en muchas ocasiones con contratos que debido al modo en que son concebidos o a situaciones sobrevinientes que se presentan no se extinguen por el cumplimiento. En efecto, la metodología apropiada para diferenciar los distintos supuestos de ineficacia de los actos jurídicos (entre los que lógicamente se ubican los contratos) es la de distinguir cuándo la ineficacia se presenta como *estructural* y cuándo como *funcional*.

Las causas de *ineficacia estructural* son aquellas que, como su propio nombre lo indica, se ubican en la *estructura* del contrato. En otras palabras, se trata de vicios existentes en el momento mismo de la formación del negocio jurídico, como puede ser la falta de capacidad de una de las partes para contratar, la presencia de un vicio de la voluntad o de un vicio del acto jurídico.

Sin embargo, este capítulo no trata esos supuestos sino los de *ineficacia funcional*, donde el contrato se extingue como consecuencia de un hecho so-

breviniente a su celebración. Esto podrá ocurrir porque una de las partes no cumple y la otra ejerce la facultad de resolverlo, debido a que en el momento de celebrarlo previeron la posibilidad de que una de las partes pudiera rescindirlo unilateralmente, etc. Lo relevante es que la causa que da lugar a la extinción no se halla en la *estructura* del contrato, o sea en el modo en que fue celebrado, sino en el devenir de la relación jurídica.

Ubicamos dentro de los supuestos de *ineficacia funcional*, y por ende de este capítulo dedicado a la extinción de los contratos, a la resolución, la revocación y la rescisión. Comenzaremos por dar una breve noción sobre cada uno de ellos y luego haremos un estudio pormenorizado sobre los distintos supuestos.

## 2. Resolución

La resolución se produce como consecuencia de un hecho sobreviniente a la celebración del contrato. Como explica Mosset Iturraspe, las circunstancias de las cuales depende la resolución pueden ser voluntarias o legales, son futuras, suponen el factor tiempo y a veces también el de la incertidumbre.[1]

Es así entonces que el hecho puede ser imputable a una de las partes, como ocurre con el incumplimiento que habilita al otro contratante a resolver el contrato, o bien ajeno, tal como sucede cuando se trata de una condición pactada entre ellas. Además, según se trate de uno u otro caso, la resolución operará por la declaración de voluntad del interesado (resolución fundada en el incumplimiento de la otra parte) o automáticamente con la ocurrencia del hecho previsto (condición resolutoria).

Cabe agregar que según lo prevé el artículo 1079, inciso b, del Código Civil y Comercial la resolución tiene efectos retroactivos al día de la celebración del contrato, aunque esa consecuencia no afecta a terceros de buena fe y a título oneroso. Obliga a las partes a restituirse lo recibido en razón del negocio, o en todo caso su valor (arts. 1080 y 1081).

1. Mosset Iturraspe, J. (2005). *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 388.

## 3. Revocación

La revocación es un acto jurídico unilateral e incausado que, a partir de una previsión legal o contractual que la autoriza, produce efectos extintivos *ex nunc* (es decir, hacia el futuro).[2] Opera como una retractación de la voluntad y, como dijimos, solo es aplicable a los contratos en los que la ley o lo convenido por las partes así lo estipulan.

Cuando se celebra un contrato no es habitual que se permita a una de las partes extinguirlo libremente y por su sola voluntad: eso volvería la relación contractual un vínculo meramente facultativo. En cambio, el campo de aplicación de la revocación es por regla general el de los contratos gratuitos o aquellos que se fundamentan especialmente en la confianza entre las partes.[3]

En los contratos gratuitos, en especial en las liberalidades, el autor se obliga a dar una prestación sin que ello esté fundado en una ventaja esperada de la otra parte: por esa razón se le permite la retractación. Sirve como ejemplo el artículo 1569 del Código Civil y Comercial para la donación.

Desde otro lado, en los contratos bilaterales, donde normalmente no se aplica el fundamento, puede ser la especial confianza como fundamento de la celebración de ese negocio jurídico. Esto ha sucedido históricamente con el mandato donde una persona encarga a otra la celebración de uno o más actos jurídicos a su nombre y, dada esta particular característica, puede revocar en cualquier momento ese poder según lo dispone el artículo 1329, inciso c, del código de fondo.

## 4. Rescisión

La rescisión es un acto jurídico con efectos extintivos. Funciona principalmente en los contratos de duración y su fundamento radica en que una de las partes, o las dos, pueden decidir extinguir el vínculo. Los efectos jurídicos de la rescisión operarán siempre hacia el futuro (arts. 1076 y 1079, inc. A, del

2. Spota, A. G. (1975). *Instituciones de derecho civil. Contratos: volumen III*. Buenos Aires: Depalma, pp. 516 y ss.

3. Lorenzetti, R. L. (2010). *Tratado de los contratos. Parte general*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 574-575.

Código Civil y Comercial). Sus matices variarán considerablemente según se trate de una rescisión bilateral o de la declaración unilateral de una de las partes. De eso nos ocuparemos luego.

## II. Rescisión bilateral

La extinción del contrato por acuerdo de ambas partes es tal vez el supuesto que ofrece menores dificultades dentro de los que aquí estudiamos. Se trata simplemente de un *contrato que pone fin a otro contrato* y, por añadidura, debe cumplir con todas sus reglas propias de validez. De hecho, claramente el artículo 957 del Código Civil y Comercial al definir al contrato hace referencia a la expresión *extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.*

Históricamente se lo ha conocido con el nombre de *distracto.* La regulación actual la encontramos en el artículo 1076 del Código Civil y Comercial: "El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros".

Como ya señalamos anteriormente, y lo apunta con claridad el artículo citado en el párrafo precedente, los efectos jurídicos de la rescisión se proyectan hacia el futuro. Además, es una condición necesaria que existan prestaciones pendientes con fundamento en el contrato original que se quiere extinguir: de otro modo, si todas ellas fueron cumplidas y se pacta una restitución, no hay rescisión bilateral, sino simplemente un nuevo contrato.

En lo vinculado a la formalidad que debe revestir la rescisión bilateral, diremos que estará *atada* a aquella que se exige para el contrato que se quiere extinguir.

# III. Rescisión unilateral

## 1. Rescisión unilateral

El artículo 1077 del Código Civil y Comercial prevé lo siguiente:

> Extinción por declaración de una de las partes. El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad.

Es así entonces que la posibilidad de extinguir de manera *incausada* el contrato debe provenir de una facultad prevista en el propio contrato o bien en la letra de la ley.

## 2. Rescisión unilateral pactada en el contrato

Es habitual que los contratos de larga duración tengan prevista la facultad de alguna o ambas partes de rescindir el contrato. Esas cláusulas son perfectamente válidas y es esencial en el desarrollo de esa potestad, aun cuando los pormenores para su ejercicio no se encuentren regulados en el contrato, la buena fe que se materializa sobre todo en el preaviso y en el hecho de que haya transcurrido un tiempo razonable en el vínculo contractual; esto último, a fin de que la otra parte haya obtenido al menos las ganancias mínimas esperadas o al menos amortizado las inversiones.

Incluso, según lo receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Automóviles Saavedra c. Fiat Argentina S.A.",[4] estas cláusulas contractuales son válidas incluso en los contratos por adhesión en la medida en que se cumplimenten los requisitos de preaviso y cumplimiento de la finalidad económica del contrato explicados en el párrafo anterior.

4. CSJN (4/8/1988). *La Ley*, 1989-B, 4.

## 3. De la rescisión unilateral implícita a la legal

La doctrina se encargó de especificar durante décadas que en los contratos de duración sin plazo determinado la facultad unilateral de extinguir el contrato estaba implícita. Es claro que el contrato no puede durar hasta el infinito y que ninguna de las partes puede ser constreñida, ni aun judicialmente, a continuar en una relación contractual en la cual ya no tiene interés. Como ya nos encargamos de decir, y repetimos ahora, no es necesario que la comunicación a la contraparte vaya acompañada de un motivo o que, en hipótesis, tal motivo estuviera justificado.[5]

El Código Civil y Comercial ha recibido esta postura como regla general en el artículo 1011:

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

Luego, aun con el riesgo de sobreabundar sobre la base de la ya explicada regla general, el código contempla distintos supuestos de rescisión unilateral al regular los contratos en particular. Así nos encontramos con esta facultad en el contrato de concesión (art. 1508), en el contrato de franquicia (art. 1522), en los contratos bancarios (art. 1383), en el de cuenta corriente (art. 1441), en la locación (arts. 1203 y 1218), en el comodato (art. 1541), etc.

5. Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato: tomo II.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), pp. 420-421.

# IV. Resolución por incumplimiento

## 1. El pacto comisorio: introducción y evolución de la legislación

La resolución por incumplimiento, conocida también como *pacto comisorio,* es un instituto largamente arraigado en nuestro derecho y aplicable a los contratos bilaterales. Implica la autorización a la parte cumplidora de un contrato a extinguir mediante resolución el vínculo cuando la otra parte no cumple aquello a lo que se había comprometido.

En el Código Civil de Vélez Sarsfield de 1869 la aplicación de este instituto a los contratos solo era posible si se había previsto expresamente por las partes. La letra del artículo 1204, que rigió hasta la sanción de la Ley N° 17711, fue la siguiente: "Si no hubiere pacto expreso que autorice a una de las partes a disolver el contrato si la otra no lo cumpliere, el contrato no podrá disolverse, y sólo podrá pedirse su cumplimiento".

Luego, a partir de la reforma del año 1968, el artículo 1204 quedó redactado de la siguiente forma:

> 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.

## 2. Facultad de resolver

La cuestión se encuentra regulada en el artículo 1083 del Código Civil y Comercial. Dispone dicho artículo:

> Resolución total o parcial. Una parte tiene la facultad de resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte lo incumple. Pero los derechos de declarar la resolución total o la resolución parcial son excluyentes, por lo cual, habiendo optado por uno de ellos, no puede ejercer luego el otro. Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor sólo puede resolver íntegramente el contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial.

De modo que, al preguntarnos *quién tiene la facultad de resolver el contrato*, no podemos tener dudas: esa posibilidad queda reservada únicamente para la parte cumplidora y frente al incumplimiento de la otra. De hecho, el artículo 1078, inciso c, del código legitima a la parte que recibe una comunicación de extinción del contrato a oponerse a ella si la otra parte no ha cumplido su prestación.

O sea que, en definitiva, solo puede hacer uso de la facultad resolutoria la parte que cumplió o está en condiciones de cumplir frente al incumplimiento de la otra parte del contrato. En cambio, cuando ambas están en mora, no hay posibilidad de resolución para ninguna.

## 3. Resolución total o parcial

Como vimos antes, al transcribir el artículo 1083 del código, es posible que la resolución sea total o parcial. La alternativa de la resolución parcial supone que la parte incumplidora ha satisfecho alguna prestación a su cargo: por ejemplo, ha entregado la mitad de lo que debía. En este caso, la parte que ejerce la facultad de resolver (es decir, la cumplidora) puede optar entre la re-

solución total o parcial. La cuestión a tener en cuenta es el carácter excluyente de estas opciones; de modo que, si pretende la resolución parcial, no puede luego pretender la total, y viceversa.

No obstante, la alternativa entre ambas opciones no es totalmente discrecional para la parte cumplidora. Si la otra parte satisfizo al menos de manera parcial la obligación que tenía a su cargo, el acreedor solo puede resolver íntegramente el contrato si no tiene ningún interés en esa prestación parcial (art. 1083 del código). Así ocurre, por ejemplo, si se entregan únicamente las maderas de lo que debía ser un mueble hecho a medida.

## 4. Configuración del incumplimiento

(i) Hacia la noción de incumplimiento *esencial*:

Tal vez el punto de mayor importancia para abordar el tema de la resolución contractual sea el de determinar cuándo un incumplimiento reúne las características que hagan viable el ejercicio de esa facultad por parte del acreedor insatisfecho. El ejercicio de todo derecho debe ser regular y, en el caso particular de esta materia, orientado al principio de conservación del contrato. Por esa razón, el incumplimiento para dar lugar a la resolución del contrato debe ser verdaderamente relevante.[6]

La jurisprudencia se encargó en nuestro derecho de hacer una *construcción* en ese sentido. Así se ha dicho que "la razón de la gravedad del incumplimiento guarda relación con la buena fe contractual, pues nada justifica ampararse en un incumplimiento parcial y poco significativo para dejar de cumplir la obligación asumida".[7] En igual sentido, el máximo tribunal bonaerense ha afirmado que "no cualquier incumplimiento puede servir de base para poner en funcionamiento el pacto comisorio. Para optar por la resolución del contrato debe mediar un incumplimiento de cierta gravedad".[8]

6. Lorenzetti, R. L. (2010), *op. cit*., p. 680.

7. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, "Empresa Nacional de Correos y Telégrafos SA c/Ethika Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones SA". *JA*, 2002-II.

8. SCJBA, "Massimino, Héctor D. c/ Gorosito, Hugo H.". *JA*, 2002-II.

Sin embargo, el eje en el esquema actual de nuestro sistema no radica verdaderamente en la *gravedad* del incumplimiento sino específicamente en su carácter de *esencial*. Este concepto no necesariamente se identifica con un incumplimiento grave o importante.

Según este nuevo esquema, donde el incumplimiento *esencial* se sitúa como catalizador o presupuesto del efecto resolutorio, lo que se atiende es no tanto el cumplimiento exacto de la prestación (identidad entre lo debido y lo pagado), sino más bien el equilibrio entre las prestaciones desde la perspectiva del interés de las partes.[9] Como lo ha destacado el Tribunal Supremo de España en un importante fallo, el cambio toma base en el reconocimiento de que la valoración del alcance o de la transcendencia resolutoria del incumplimiento opera en planos diferenciables, de suerte que el tradicional concepto de *gravedad* no resulte asimilable al de *esencialidad*, en el marco de la interpretación de la relación contractual al momento de su extinción por incumplimiento. Así, mientras que el primero queda referenciado o enmarcado en el juego de las obligaciones principales del contrato, de forma que, como regla, solo el desajuste o la falta de ejecución de esas obligaciones comportan un alcance propiamente resolutorio, el segundo, por su parte, escapa a dicho enfoque pudiendo alcanzar su ponderación al conjunto o totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorio o meramente complementarias, si de la instrumentación técnica se infiere que fueron determinantes para la celebración o fin del contrato celebrado, en términos de perfilar el interés a satisfacer.[10]

En otras palabras, la categoría del incumplimiento esencial no opera en el mismo plano valorativo que el de los denominados incumplimientos prestacionales. Estos últimos quedan aprehendidos en el plano de los incumplimientos de los deberes contractuales principales y su ponderación se cifra, entonces, en el alcance del desajuste o falta de ejecución de ellos, observando objetivamente la cuestión en función del programa de cumplimiento pactado,

9. Heredia, P. D. (2016). Los diferentes conceptos de incumplimiento "esencial" y "grave" a los fines de la resolución contractual. *RCCyC*, 64.

10. Tribunal Supremo España, sala 1ª (18/11/2013). "Lunagar Promoción y Gestión SL c/ Urbanizadora Castellana SA".

y de ahí la pertinencia del examen de la gravedad o entidad de tal desajuste o falta de ejecución. En cambio, el incumplimiento esencial tiene su eje en la satisfacción que provocó para el acreedor el cumplimiento efectuado, considerando el total de las prestaciones involucradas (principales o no) y, en consecuencia, no tanto la exactitud o ajuste de la prestación realizada, sino la realización del interés de aquel, tal como lo concibió en el momento de la celebración del contrato, de forma que su valoración e interpretación se proyecta al plano causal de la base del negocio, y a su instrumentación técnica o a la caracterización básica del tipo contractual concluido, de la cual puede ser deducido aquello a lo que "razonablemente la parte tenía derecho a esperar en razón del contrato", tal como lo prevé el artículo 1088, inciso a, del código.[11]

La justificación del sistema actual responde tanto a una concepción teórica como a una constatación fáctica.

Con relación a lo primero, se debe observar que el contrato es, aparte de un instrumento generador de derechos y obligaciones, una herramienta organizadora de los intereses de las partes. A través de ella, los contratantes persiguen un propósito práctico en el que radica el interés de cada uno. Ese interés se realizará, de ordinario, con el cumplimiento específicamente previsto de las prestaciones principales comprometidas. Pero también, muchas veces, la satisfacción del interés se alcanza con un cumplimiento que no es el estrictamente pactado pero que igualmente lo realiza. De tal suerte, solo cuando la prestación pactada hubiera sido concebida como fundamental, cuando su cumplimiento tempestivo es condición del mantenimiento del interés contractual, cuando la inejecución afecta lo sustancial de lo querido o cuando se eleva a la categoría de dolosa, aparece el incumplimiento como eficaz para habilitar el ejercicio de la facultad resolutoria pues, en tal caso, el propósito práctico perseguido por las partes a través del contrato se ha echado a perder. En lo teórico, el concepto de *esencialidad* del incumplimiento reemplaza al concepto de *gravedad*, ya que es el que mejor se adecua al examen de la funcionalidad del contrato como instrumento organizador de los intereses de las partes desde una visión realista e, incluso, como freno a la utilización

11. Heredia, P. D. (2016), *op. cit*.

abusiva de la facultad resolutoria eliminándola cuando dichos intereses están igualmente satisfechos.

En lo vinculado al segundo punto, hay que aclarar que es evidente que en el tráfico moderno de la contratación en masa los bienes y servicios son ofrecidos y comercializados atendiendo a la cualidad objetiva de su posibilidad de sustitución o fungibilidad, dando ello lugar a un uso que se inserta como criterio de interpretación o de integración del contrato. El modelo de obligaciones contractuales actualmente imperante en el tráfico responde a ese esquema que, ciertamente, no se concilia con el de los códigos decimonónicos, en los que la satisfacción del interés del acreedor solo se alcanzaba con la entrega de la especie pactada y no otra, y que para el caso de incumplimiento solamente cabía el cumplimiento forzoso o la resolución contractual con su eventual consecuencia indemnizatoria. Hoy, en cambio, el acreedor muchas veces puede quedar satisfecho con otra cosa o actividad coincidente con el objeto ideal contratado, y de ahí que se considere como forma de cumplimiento que obsta a la resolución: a) la aceptación de otro producto o prestación de servicio equivalente (art. 10 bis, inc. b de la Ley N° 24240); b) la sustitución o reemplazo de la prestación no conforme (art. 46, ap. 2, de la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías); c) la misma operación de reemplazo cuando no hay una reparación satisfactoria, o se da lugar a una quita en el precio (art. 17, incs. a y c, de la Ley N° 24240); d) la aceptación de la reducción temporal del canon en la hipótesis prevista por el artículo 1201 del Código Civil y Comercial; e) la subsanación del defecto de la cosa adquirida (art. 1057 del código); f) la conclusión por el corredor de contrato sustancialmente similar (art. 1352, inc. c, del código), etc. En tal contexto, el ejercicio de la facultad resolutoria no se justifica sino frente a un incumplimiento calificable como *esencial* en el sentido de estar referido a una prestación insustituible por otra, lo que nada tiene que ver con la gravedad o importancia de la inejecución.[12]

Sánchez Herrero, por su parte, apunta que en nuestro derecho se han formulado varias posturas. Explica que

12. Heredia, P. D. (2016), *op. cit*.

> conforme a una de ellas –que podría llamar "objetiva"–, para evaluar la gravedad del incumplimiento deben tenerse en cuenta la estructura y la economía del contrato en cuestión, prescindiendo de la relevancia que el incumplimiento pueda implicar para el acreedor, en virtud de sus circunstancias personales; en otros términos, lo decisivo es si el incumplimiento ha afectado la interdependencia funcional de las prestaciones. Naturalmente, dentro de esta postura hay variantes –aunque, en su mayoría, son meramente semánticas–… Otro sector propugna, en contraste, un criterio subjetivo. En esta línea, se entiende que el incumplimiento es grave si, de haberlo previsto el contratante afectado ("el acreedor"), no habría celebrado el contrato. En otros términos, la gravedad del incumplimiento se estima en función de la voluntad presunta del contratante no incumplidor o, más ampliamente, de lo que fue la intención común de las partes. Por último, hay quienes propugnan la aplicación de un criterio mixto, resultante de la combinación de los dos criterios anteriores.

A su entender, el del código es un criterio mixto, aunque con mayor acento en la dimensión objetiva. Esto último se refleja, según sus palabras,

> particularmente, en el inciso a del artículo 1084, según el cual el incumplimiento es esencial cuando "el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato". En cuanto a su costado subjetivo, en cierto modo surge del inciso c, conforme al cual el incumplimiento es esencial si "priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar". De todos modos, subrayo que el acento está puesto en lo objetivo, porque no se hace referencia a lo que la parte perjudicada espera –expresión que sí implicaría una clara concesión al criterio subjetivo– sino a lo que tiene derecho a esperar –frase que le imprime un cariz más objetivo–.[13]

Concluye este autor que el elegido es un criterio razonable que brinda al juez un margen adecuado para determinar si el incumplimiento reviste una importancia tal que justifica una salida tan drástica como es la resolución del contrato.

(ii) Los incumplimientos esenciales legalmente previstos:

La pauta central que sienta el artículo 1084 que antes citamos es la necesidad de un incumplimiento que sea esencial en el contexto de la finalidad

13. Sánchez Herrero, A. (20/12/2013). Incumplimiento y facultad resolutoria implícita en el Proyecto de Código. *La Ley*, 1 y sus citas.

del contrato. Luego, establece cinco supuestos en los cuales se presume que el incumplimiento reviste esa calidad de modo tal de dar lugar a la resolución. Sobre ellos nos ocuparemos ahora.

a) la prestación fundamental.

De acuerdo al inciso a del artículo 1084 del Código Civil y Comercial, se considera que hay inejecución esencial cuando "el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato". El precepto tiene su antecedente en el artículo 7.3.1 (2-b) de los principios Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional, según el cual hay incumplimiento esencial apto para resolver el contrato si "la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato".

Se lee en las notas explicativas de los referidos principios que el supuesto

> no atiende a la gravedad efectiva del incumplimiento sino a la naturaleza de la obligación contractual cuyo cumplimiento podría ser esencial. Tales obligaciones que exigen su estricto cumplimiento no son infrecuentes en los contratos mercantiles. Por ejemplo, en los contratos de venta de artículos de consumo, el tiempo de entrega suele considerarse esencial y en una operación de crédito documentario los documentos ofrecidos deben conformarse fielmente con las cláusulas del crédito.[14]

En definitiva, no es posible establecer pautas rígidas, sino que el grado de incumplimiento deberá apreciarse conforme a las circunstancias del caso y a la luz de los principios de buena fe, ejercicio regular de los derechos y conservación de los contratos.

b) el tiempo como elemento esencial.

El artículo 1084, inciso b, del código considera esencial el incumplimiento cuando "el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor".

14. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) (2004). Principios sobre los contratos comerciales internacionales. Roma: Unidroit. Recuperado de http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf

Es claro que las partes pueden efectuar precisiones en este punto a través del señalamiento de un término o plazo que establece *cuándo* se debe cumplir. Sin embargo, es relativamente habitual que, en caso de demora en el cumplimiento, las partes están dispuestas a conceder períodos suplementarios. Así, si bien el cumplimiento tardío es sustancialmente diferente que el cumplimiento parcial o defectuoso, ya que no puede ser subsanado, lo cierto es que en muchos supuestos el acreedor prefiere un cumplimiento con retardo a ningún cumplimiento.[15]

En función de esa premisa, el artículo 7.3.1 (3) de los principios Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional establece que "en caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5".

No obstante, es claro que la declaración expresa o tácita de las partes pudo haber excluido la posibilidad de una tolerancia con relación al momento del efectivo cumplimiento, y haber convertido al plazo o el término en un elemento rígido e inmodificable del plan prestacional. En ese supuesto, la falta de cumplimiento oportuno dará lugar sin más a la posibilidad de resolver el contrato.

Luego, la propia naturaleza de la prestación puede convertir al factor tiempo en un elemento inmodificable y llevar a que la ausencia de cumplimiento oportuno dé lugar a la resolución sin posibilidad de prórroga. Sirven como ejemplos típicos de este supuesto la falta de entrega del vestido de novia para el día de la boda o bien la provisión de artículos navideños a un comerciante antes de las fiestas.

c) Privación de lo sustancialmente esperado.

El inciso c del artículo 1084 del código determina que se considera que el incumplimiento es esencial cuando "priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar".

El precepto tiene fuente en el artículo 7.3.1 (2-a) de los principios Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional, que lo define de esta manera: "el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que

15. Heredia, P. D. (2016), *op. cit*.

tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado". También en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías al disponer que

> El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya cumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

El supuesto, como afirma la doctrina, se apoya en dos aspectos que se complementan: a) una transgresión sustancial del programa de cumplimiento y b) la frustración de aquello que se esperaba, es decir, la frustración de la expectativa que se tenía en obtener aquello entendido como sustancial del contrato.[16]

d) Incumplimiento intencional.

El inciso d del artículo 1084 del código dispone que es hábil para la resolución el incumplimiento *intencional.*

La solución se explica por el carácter doloso del incumplimiento. Es decir que, pudiendo el deudor cumplir, decide no hacerlo con independencia de cuál sea su motivación.[17]

Igual solución proporcionan los principios Unidroit en su artículo 7.3.1 (c), con la diferencia de que se alude no solo al incumplimiento intencional sino también, como hipótesis diversa, al incumplimiento *temerario*. La falta de inclusión del incumplimiento temerario en el artículo 1084 del código permite sostener en principio su inaplicabilidad en nuestro derecho. Sin embargo, no debe perderse de vista que el artículo 1724 califica al dolo no solo por la intencionalidad sino también cuando se actúa con *manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.* De modo que, en función de esta segunda calificación,

16. Heredia, P. D. (2016), *op. cit*.

17. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Extinción, modificación y adecuación del contrato. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 728.

el campo de acción de este supuesto de incumplimiento esencial proyecta un mayor alcance.

e) Incumplimiento anunciado por una manifestación del deudor.

Dispone el artículo 1084, inciso e, del código que el incumplimiento también debe considerarse esencial cuando "ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor".

Así, la existencia de esta voluntad contraria al cumplimiento de la obligación supone la esencialidad del incumplimiento siempre que no exista una justificación atendible para esa actitud. Como apunta la doctrina, se debe considerar que queda habilitada la facultad resolutoria cuando hay certeza de que la otra parte no cumplirá con las obligaciones a su cargo, es decir, frente al denominado *incumplimiento previsible*.[18]

Así, de acuerdo al artículo 9:304 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, hay incumplimiento previsible con el alcance explicado cuando "con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial". Por su lado, el artículo 72.1 de la Convención de Viena de 1980 prescribe: "Si antes de la fecha de cumplimiento fuera patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto". Finalmente, los Principios Unidroit establecen una regla análoga en el artículo 7.3.3: "Si con anterioridad a la fecha de cumplimiento de una de las partes queda claro que habrá un incumplimiento esencial por la otra parte, la otra puede dar por terminado el contrato", y agregan en el artículo 7.3.1 (2-d) que hay incumplimiento esencial cuando un incumplimiento precedente "le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra".

18. Heredia, P. D. (2016), *op. cit*.

# V. Reglas comunes para la extinción unilateral del contrato

## 1. Introducción y texto legal

El Código Civil y Comercial contiene un artículo, el 1078, que enumera distintos principios y reglas que tienen lugar en el marco de la extinción contractual por decisión unilateral. Esas disposiciones se aplican entonces a la rescisión, resolución y revocación. Asimismo, cabe aclarar que con excepción de aquellos supuestos en que pueda estar involucrado el orden público o el ejercicio abusivo de un derecho frente a una parte débil y especialmente tutelada del contrato (por ejemplo, un consumidor), estas reglas pueden ser dejadas de lado por las partes en función de su carácter meramente supletorio.

Dice su texto:

> Disposiciones generales para la extinción por declaración de una de las partes. Excepto disposición legal o convencional en contrario, se aplican a la rescisión unilateral, a la revocación y a la resolución las siguientes reglas generales:
> a) el derecho se ejerce mediante comunicación a la otra parte. La comunicación debe ser dirigida por todos los sujetos que integran una parte contra todos los sujetos que integran la otra;
> b) la extinción del contrato puede declararse extrajudicialmente o demandarse ante un juez. La demanda puede iniciarse aunque no se haya cursado el requerimiento previo que pudo corresponder; en tal situación se aplica el inciso f);
> c) la otra parte puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato;
> d) la extinción del contrato no queda afectada por la imposibilidad de restituir que tenga la parte que no la declaró;
> e) la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su cumplimiento y la reparación de daños. Esta demanda no impide deducir ulteriormente una pretensión extintiva;
> f) la comunicación de la declaración extintiva del contrato produce su extinción de pleno derecho, y posteriormente no puede exigirse el cumplimiento ni subsiste el derecho de cumplir. Pero, en los casos en que es menester un requerimiento previo, si se promueve la demanda por extinción sin haber inti-

mado, el demandado tiene derecho de cumplir hasta el vencimiento del plazo de emplazamiento;
g) la demanda ante un tribunal por extinción del contrato impide deducir ulteriormente una pretensión de cumplimiento;
h) la extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de las controversias y a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción.

## 2. Comunicación a la contraparte de la voluntad de extinguir el contrato

El inciso a prevé la exigencia de comunicar la voluntad de extinguir el contrato a través del medio previsto a tal efecto por el propio contrato o, de manera supletoria, la ley. Es novedosa además la exigencia legal de que la comunicación se efectúe por *todos* los que forman una parte de un contrato a *todos* los que integran la otra parte; no se encontraba prevista en el código derogado pero sí, en cambio, había sido contemplada en todos los proyectos de reforma desde el de Bibiloni en el año 1954.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha entendido que la carta documento mediante la cual el concedente intimaba al distribuidor a pagar cierta suma de dinero bajo apercibimiento de iniciar acciones legales, no configuraba el requerimiento exigido en los artículos 1204 del Código Civil y 216 del Código de Comercio entonces vigentes para producir la extinción por resolución implícita del contrato de distribución de plazo indeterminado. Así pues, aun cuando no se requieren fórmulas sacramentales para su comunicación, en el caso se configuró una simple exigencia de pago y no una conminación con efecto resolutorio ante su incumplimiento.[19]

La comunicación debe llevarse a cabo por el medio establecido a tal fin por el contrato o, en su defecto, por cualquier otro en la medida que luego pueda acreditarse que verdaderamente existió. Ese es el camino extrajudicial. También puede demandarse la extinción ante un juez, tal como lo prevé específicamente

19. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D (20/8/2013), "Buenos Aires Alimentos S.A. c/ Molinos Río de la Plata S.A. s/ordinario" *La Ley Online*, AR/JUR/60664/2013.

el inciso b, sin cursarse el emplazamiento previo; en tal supuesto, el demandado tiene la posibilidad de cumplir hasta que se venza el plazo de la citación.

## 3. Oposición a la extinción

La parte que recibe la comunicación de la voluntad de extinguir el contrato puede aceptar esa decisión, rechazarla o guardar silencio.

En el primer caso, la aceptación, el contrato queda extinguido de pleno derecho, tal como lo prevé el inciso f del artículo 1078. El silencio frente a la comunicación, excepto pacto previo entre las partes en sentido contrario, no hace presumir la aceptación.

Frente al rechazo, aquel que pretenda extinguir el contrato debe ejercer la acción judicial para obtenerlo por esa vía. En caso de que esa pretensión sea admitida, los efectos de la sentencia serán retroactivos al momento de la comunicación.

Claro que puede ocurrir, también, que aquel que recibe la comunicación la resista, porque quien pretende ejercer esa facultad no cumplió con su prestación o no está en condiciones de cumplirla. Esta situación se puede presentar en los contratos bilaterales y actúa como una suerte de *exceptio non adimpleti contractus* que ya estudiamos con anterioridad. La diferencia radica en que, en vez de oponerse a la demanda por cumplimiento, se lo hace frente a la intención de extinguir el contrato.[20]

## 4. Imposibilidad de restituir

La doctrina se preguntaba si la imposibilidad de restituir las prestaciones recibidas por parte del sujeto que decidía la extinción era un impedimento para el ejercicio de ese derecho. Eso no ocurría si esa situación se presentaba con quien recibía la comunicación, porque en definitiva se sorteaba esa imposibilidad mediante el pago de los daños y perjuicios.[21]

20. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 707.

21. *Ibíd*., p. 708.

A raíz de lo previsto por el inciso d del artículo 1078 del código, ha quedado claro que la imposibilidad de restituir la prestación recibida por parte de quien decide extinguir el contrato no es un impedimento para ejercer esa facultad. La situación se supera, al igual que para su contraparte, por la restitución del valor de lo recibido.

## 5. Ius variandi

Esta situación está prevista en el inciso e del artículo 1078 y se vincula tanto con el principio de buena fe como con la doctrina de los actos propios.

Opera de la siguiente manera:

- la parte que cumplió puede optar entre demandar el cumplimiento del contrato o pedir la extinción del contrato.
- si opta por exigir el cumplimiento de lo pactado, puede luego, sin ningún inconveniente, variar su postura y extinguir el contrato (art. 1078, inc. e). Esa situación puede darse, incluso, en la etapa de ejecución de sentencia del proceso judicial que hizo lugar al reclamo por cumplimiento (arts. 513 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 511 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires).
- al decidir extinguir el contrato, sea extrajudicial o judicialmente, no puede luego demandar el cumplimiento (art. 1078, incs. f y g).

## 6. Subsistencia de las estipulaciones contractuales

La extinción del contrato, cualquiera que sea la vía por la que se produzca, no produce la eliminación de todas y cada una de las cláusulas contractuales. Muchas de ellas se acuerdan justamente para hacerse operativas ante tal circunstancia.

Esta situación se presenta específicamente frente a la resolución de controversias, como puede ser una cláusula arbitral o bien de prórroga territorial de competencia, o también para la reparación de daños, como puede ocurrir con una cláusula penal.

# VI. Reglas para la extinción por resolución implícita (pacto comisorio tácito)

## 1. Introducción y texto legal

La facultad de resolver el contrato puede surgir de un pacto expreso de las partes, tal como lo prevé el artículo 1086 del código, en cuyo caso la extinción se regirá por esos términos, o en ausencia de ella estará implícita en todos los contratos bilaterales, como lo establece expresamente el artículo 1087. Y ahora nos ocuparemos del artículo siguiente, que especifica las reglas a seguir en estos casos.

El texto del artículo 1088 establece:

> La resolución por cláusula resolutoria implícita exige:
> a) un incumplimiento en los términos del artículo 1084. Si es parcial, debe privar sustancialmente de lo que razonablemente la parte tenía derecho a esperar en razón del contrato;
> b) que el deudor esté en mora;
> c) que el acreedor emplace al deudor, bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no menor de quince días, excepto que de los usos, o de la índole de la prestación, resulte la procedencia de uno menor. La resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo. Dicho requerimiento no es necesario si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o si el cumplimiento resulta imposible. En tales casos, la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte.

## 2. Requisitos

(i) Incumplimiento.

El incumplimiento debe reunir las características ya explicadas: debe ser esencial y, si es parcial, debe privar al acreedor de algo sustancial. Remitimos en este punto a lo estudiado con anterioridad en este capítulo.

(ii)El deudor debe estar en mora.

A este criterio se refiere expresamente el inciso b del artículo 1088 del código. El ejercicio del pacto comisorio tácito requiere indefectiblemente que el incumplidor esté en mora.

(iii) El acreedor no debe estar en mora.

Como quedó expresado anteriormente, solo puede resolver por incumplimiento quien no está en mora en el cumplimiento de su prestación. Si las dos partes están en mora, tampoco procede la resolución implícita por iniciativa de ninguna de ellas; eso no obsta, desde ya, a que puedan pactar de común acuerdo la rescisión.

(iv) Intimación previa a cumplir que incluya el apercibimiento de resolver el contrato.

Tal vez la mayor diferencia entre la resolución expresa y la implícita radica en la necesidad de dar cumplimiento a la intimación previa que contempla la norma para el caso del pacto comisorio tácito. El acreedor insatisfecho debe requerir al deudor incumplidor que cumpla su prestación bajo apercibimiento expreso de resolver el contrato. Esta exigencia estaba contemplada en el derogado artículo 1204 del Código Civil, luego de la reforma introducida por la Ley N° 17711, y también en el artículo 216 del Código de Comercio anterior. Coincide, además, con lo previsto por las regulaciones de distintos países sobre la materia.

El requerimiento es un acto jurídico unilateral recepticio y debe ser expreso, al igual que el apercibimiento que contenga. No es suficiente una mera exhortación a cumplir ni tampoco puede presumirse la resolución como consecuencia de una simple intimación al cumplimiento. Ambas cuestiones deben estar expresamente contenidas en la comunicación cursada.

La intimación, en definitiva, debe contener:

- la individualización del contrato y la prestación incumplida;
- la intimación a cumplir;
- el otorgamiento de un plazo de gracia para el cumplimiento que no debe ser menor a quince días desde la recepción de la comunicación. Si se omite indicar uno, debe entenderse que rige el mínimo señalado;
- el apercibimiento expreso de resolver el contrato si se mantiene el in-

cumplimiento o se cumple en forma defectuosa o parcial dentro del plazo de gracia;

- la reserva de reclamar intereses o daños.[22]

Excepcionalmente podrá prescindirse de la intimación previa. Eso ocurrirá si ya ha vencido el plazo esencial para el cumplimiento, si la parte incumplidora ha exteriorizado su decisión de no cumplir o si el cumplimiento resulta materialmente imposible.

# VII. Efectos de la extinción del contrato

## 1. Desde cuándo se lo considera extinguido

Nos ocuparemos ahora de los distintos efectos que produce la extinción del contrato. Estas definiciones abarcarán, salvo cuando se haga expresa aclaración en contrario, tanto la rescisión como la resolución y la revocación.

El primer punto a dilucidar es desde cuándo se considera extinguido el contrato. Sobre este punto, el Código Civil y Comercial asume distintas posturas para situaciones diversas. Veamos:

- la comunicación efectuada al otro contratante para extinguir el contrato produce efectos de pleno derecho desde que es recibida por el destinatario tal como lo prevé el artículo 1078, inciso f, del código;
- en la resolución implícita, donde la intimación previa es un requisito ineludible, la extinción se produce desde el vencimiento del plazo de quince días previsto en el artículo 1088, inciso c, del código o el menor que eventualmente corresponda al caso concreto;
- cuando en la resolución implícita no es necesaria la intimación previa por alguno de los motivos antes expuestos (plazo esencial vencido, incumplimiento del deudor anunciado o cumplimiento materialmente imposible), el contrato se extingue desde el momento en que es recibida la comunicación.

22. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 744.

Como ya explicamos antes, al dar cuenta sobre las posturas que podía asumir la parte que recibe la comunicación, es irrelevante en este punto su aceptación o rechazo para determinar el momento en que la extinción se produjo. Es decir, si rechaza la decisión de extinguir el contrato y es necesaria la promoción de un proceso judicial, la sentencia que admita la pretensión de concluirlo producirá efectos retroactivos al día en que se cursó la comunicación.[23]

## 2. Efectos de la extinción con relación al tiempo

La cuestión se centra ahora en determinar a partir de cuándo produce efectos la extinción del contrato. Prevé al respecto el artículo 1079 del código:

> Excepto disposición legal en contrario:
> a) la rescisión unilateral y la revocación producen efectos solo para el futuro;
> b) la resolución produce efectos retroactivos entre las partes, y no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe.

Nunca hubo mayores discusiones en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que los efectos de la resolución son retroactivos entre las partes. Se conocen esos efectos como *ex tunc*, una alocución latina que significa *desde siempre*, y que, en consecuencia, se debe restituir tanto lo dado como lo recibido en virtud de ese contrato.[24] Las mismas certezas se presentan en el caso de la rescisión: en este caso los efectos se producen *ex nunc,* es decir, hacia el futuro.

Sin embargo, históricamente, el problema surgía en la revocación. Vélez Sarsfield expresaba en la nota al artículo 1200 del derogado Código Civil:

> Nada hay más inexacto que decir, como dice el art. 1134 del código francés que las partes pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento, o por las causas que la ley autorice. Revocar un contrato significaría en términos jurídicos aniquilarlo retroactivamente de modo que se juzgase que nunca había sido hecho; y ciertamente que el consentimiento de las partes

23. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., p. 453.

24. Messineo, F. (1952), *op. cit.*, p. 358.

> no puede producir este resultado. Las partes pueden extinguir las obligaciones creadas, o retirar los derechos reales que hubieren transferido, mas no pueden hacer que esas obligaciones y esos derechos no hubiesen existido con todos sus efectos. Pero las partes, decimos, pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento en los casos que la ley autorice; es decir, si el contrato es hecho por un incapaz, por violencia, dolo, etc., y en tal caso el contrato se juzga no haber tenido lugar. La transferencia del dominio, las servidumbres impuestas, si se trata de bienes raíces, todo queda sin efecto alguno como si el contrato no se hubiese celebrado.

Es así que el Código Civil y Comercial impuso una solución legal al punto: la revocación solo produce efectos hacia el futuro.

## 3. La situación de los terceros por derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe

Ni la rescisión ni la revocación ni la resolución pueden afectar derechos de terceros que hayan sido adquiridos a título oneroso y de buena fe. Esa es la tutela que les proporciona el artículo 392 del Código Civil y Comercial frente a un acto nulo y que, con mayor razón, es aplicable al acto jurídico válido pero extinguido.[25]

## 4. Consecuencias de la extinción del contrato

(i) Texto legal.

Los efectos que produce la extinción del contrato son, en líneas generales, las restituciones recíprocas y la indemnización de los daños y perjuicios. La cuestión se encuentra regulada centralmente en los artículos 1080 y 1081 del código que transcribimos a continuación:

25. Rivera, J. C. (2014). Extinción, modificación y adecuación del contrato. En J. C. Rivera y G. Medina (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado*: tomo III*. Buenos Aires: La Ley, p. 653.

> ARTICULO 1080.- Restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes. Si el contrato es extinguido total o parcialmente por rescisión unilateral, por revocación o por resolución, las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir, y a lo previsto en el artículo siguiente.
>
> ARTICULO 1081.- Contrato bilateral. Si se trata de la extinción de un contrato bilateral:a) la restitución debe ser recíproca y simultánea; b) las prestaciones cumplidas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes, si son divisibles y han sido recibidas sin reserva respecto del efecto cancelatorio de la obligación; c) para estimar el valor de las restituciones del acreedor se toman en cuenta las ventajas que resulten o puedan resultar de no haber efectuado la propia prestación, su utilidad frustrada y, en su caso, otros daños.

(ii)Ámbito de aplicación.

El artículo 1080 contiene las pautas generales aplicables a todos los contratos pero, con buen criterio, excluye los casos de rescisión bilateral. La explicación radica en que, en ese supuesto, son las propias partes las que establecen las consecuencias de la extinción pactada de común acuerdo. En el caso del artículo siguiente, en cambio, debemos decir que su margen está acotado a los contratos bilaterales.

A esta altura, la aclaración final es obvia, pero no por eso menos importante: la aplicación de estas reglas es supletoria a lo que puedan pactar las partes en uso de su autonomía de la voluntad.

(iii)Restituciones.

Las partes deben restituirse lo que han recibido en virtud del contrato. Se aplican al respecto las reglas de obligaciones de dar para restituir, previstas en los artículos 759 a 761 del Código Civil y Comercial.

Si la cosa objeto de la prestación se ha extinguido, o el hecho objeto de la prestación no es fácticamente restituible, tal como podría ocurrir con la tenencia en el contrato de locación, pasa a deberse su valor. En las deudas de valor, el dinero es el objeto mediato de la prestación debida, que consiste, a fin

de cuentas, en la posibilidad de adquirir ciertos bienes; se debe, en definitiva, el *valor* de una determinada prestación.[26]

En el caso de los contratos bilaterales, la restitución debe ser recíproca y simultánea, tal como prevé el artículo 1081 del código. El inciso b de ese artículo se encarga de regular el supuesto de prestaciones divisibles: sobre ese punto cabe decir que, si las prestaciones son divisibles y han sido recibidas sin reserva de su eficacia cancelatoria, los efectos del pago quedan firmes y son oponibles hasta su equivalencia. En definitiva, en este último supuesto se tomará el menor valor entre las prestaciones de ambas partes y una de las dos resultará acreedora únicamente por esa diferencia.

(iv) Reparación de daños.

El otro efecto que puede producir la extinción del contrato es la reparación de los daños. Está claro que esta consecuencia no es necesaria a todos los supuestos de extinción, sino únicamente cuando se den los supuestos propios de la responsabilidad civil: a) una conducta antijurídica no justificada del deudor; b) la existencia de un daño; c) la presencia de un factor de atribución subjetivo u objetivo que impute al deudor y d) la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y la conducta desplegada.

Prevé al respecto el artículo 1082 del Código Civil y Comercial:

> La reparación del daño, cuando procede, queda sujeta a estas disposiciones: a) el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos en este Capítulo, en el Título V de este Libro, y en las disposiciones especiales para cada contrato; b) la reparación incluye el reembolso total o parcial, según corresponda, de los gastos generados por la celebración del contrato y de los tributos que lo hayan gravado; c) de haberse pactado la cláusula penal, se aplica con los alcances establecidos en los artículos 790 y siguientes.

De este modo, en el primer escenario posible, debemos decir que a falta de previsión contractual se aplicarán las reglas generales de la responsabilidad civil.

Ahora bien, en el otro supuesto de mayor aplicación, el de la cláusula penal, explica Sánchez Herrero:

26. Alterini, A. A. (1998). *Contratos. Teoría general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 516.

> el contrato podría incluir un pacto comisorio expreso y una cláusula penal aplicable en caso de resolución. También podría establecerse una cláusula penal para el caso de resolución, aunque sin incluir un pacto comisorio expreso, supuesto en el cual, ante un incumplimiento, la parte no incumplidora tendrá derecho a resolver el contrato en virtud de la facultad resolutoria legal y a exigir el pago de la pena pactada. Las partes también son libres de pactar si la pena es acumulable con el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento. A falta de previsión en este sentido, se entiende que no lo es. Así lo establece, expresamente, el art. 793 del nuevo Código Civil y Comercial: "La pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente".[27]

Naturalmente, también es válido el pacto por el cual las partes acuerdan que la cláusula penal no operará en caso de resolución por incumplimiento.

> Este acuerdo puede ser explícito o surgir implícitamente de las circunstancias del caso, como veremos a continuación. Por cierto, la inclusión de una cláusula penal aplicable en caso de resolución por incumplimiento es por demás frecuente. El caso típico –y del que dan cuenta los repertorios jurisprudenciales– es la compraventa inmobiliaria, en la cual se establece que, en caso de incumplimiento del comprador, el vendedor tendrá derecho a conservar todo o parte de lo que hasta entonces se le haya pagado como precio del inmueble. En definitiva –y analizando la cuestión en términos más generales y abstractos–, se pacta la pérdida de prestaciones ya cumplidas, en caso de resolución. Se trata de una verdadera cláusula penal, dado que tiene estructura obligacional.[28]

Finalmente, cabe agregar que la cláusula penal como regla general *entra a jugar* en reemplazo del reclamo por daños y perjuicios, tal como expresamente lo prevé el artículo 793 del Código Civil y Comercial. Así se ha dicho que, pese a que la cláusula penal incluye el interés compensatorio repre-

27. Sánchez Herrero, A. (2015). La resolución por incumplimiento y la pena compensatoria. *RCCyC*, 177.

28. *Ibíd.*

sentativo del precio por el uso del capital ajeno y el debido al retardo en el cumplimiento de la obligación, su alcance ostenta mayor extensión y abarca también los daños y perjuicios derivados del caso y meritados según cada circunstancia. Esto habilita, también, a que los jueces puedan morigerarla en función de cada caso y de los principios de buena fe y ejercicio regular de los derechos,[29] según lo dispone expresamente el artículo 794 del código y una lectura armónica de su título preliminar.

29. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C (23/4/2014). "Martínez Comas Emilio Luis c/Méndez, Ricardo Alberto Alfredo s/cumplimiento de contrato". L007572/2012/CA001; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C (5/2/2014). "Tidona, Alicia Zulema y otro c/Troncoso Alejandra Estela s/escrituración". L. 052786/2011/CA001.

Capítulo 22

# La frustración de la finalidad y la excesiva onerosidad sobreviniente

# I. La frustración de la finalidad del contrato

## 1. Antecedentes

El instituto de la frustración de la finalidad no se encontraba específicamente contemplado en el Código Civil derogado, aunque su utilidad hizo que fuera aplicado frecuentemente en la jurisprudencia y desarrollado en la doctrina. Su explicación, en ese régimen, se encontraba en la lectura integrada de las previsiones que los artículos 500, 501 y 502 presentaban para la teoría de la *causa* y particularmente los artículos 1522 y 1604 para el contrato de locación.

## 2. Su origen en la jurisprudencia inglesa

El origen de muchos de los institutos para nosotros conocidos en el ámbito del derecho privado lo encontramos sin dudas en el derecho romano. La frustración de la finalidad del contrato, sin embargo, aparece como una excepción en ese punto. Su nacimiento tuvo lugar en Inglaterra a principios del siglo XX y fue contemporáneo al de la teoría del abuso del derecho en Francia para esa misma época.

Como ha explicado reiteradamente la doctrina, el tema empezó a desarrollarse varios siglos antes y concretamente en la causa "Paradine vs. Jane" del año 1647. Ese caso versó sobre un locatario que debía pagar el alquiler pese

a haber sido privado de la tenencia por un enemigo del rey, pues el inmueble había quedado en un territorio en que aquel había perdido autoridad. Se dijo entonces que, si la relación jurídica es de origen legal, y no se puede cumplir por circunstancias insuperables, es la propia ley la que exonera de responsabilidad al deudor de la prestación. En cambio, si el origen de esa obligación es contractual, el deudor debe responder de cualquier manera por no haber previsto una cláusula de exoneración de responsabilidad. Se reconocía, en definitiva, el caso fortuito como supuestos que liberaban al deudor del cumplimiento de la prestación debida, pero no se admitía la aplicación de ese instituto a los contratos en tanto ese supuesto de liberación no hubiera sido especialmente contemplado por las partes al momento de su celebración.[1]

Luego, en el año 1902, tuvo lugar la coronación de Eduardo VII, que dio lugar a los largamente comentados "casos de la coronación". Para ese evento se previeron como festejos un desfile y la revista de la flota del mar que realizaría el flamante rey a bordo de una embarcación. Se alquilaron para ese día balcones y ventanas con vista al río que, sin embargo, quedaron desiertos porque el futuro rey se enfermó y el desfile debió postergarse unos meses. La mayoría de esos contratos simplemente cambiaron de fecha pero otros desembocaron en conflictos que debieron ser resueltos por la Corte de Apelaciones de Londres en el año 1903.

De esos pronunciamientos, los significativos para la doctrina de la frustración de la causa fin del contrato fueron "Chandler vs. Webster" y "Krell vs. Henry".

En la primera de las causas el locatario había pagado los dos tercios del precio por el alquiler del balcón para el evento frustrado, cuya restitución reclamaba al verse frustrada la finalidad de esa locación. El locador, por su parte, exigía el saldo de precio. La Corte de Apelaciones de Londres sostuvo que "el efecto de la frustración no era declarar la nulidad del contrato, sino solamente relevar a las partes de ulteriores prestaciones".[2]

1. Leiva Fernández, L. F. P. (24/2/2014). La frustración de la causa fin del contrato. *La Ley*, 1.

2. Leiva Fernández, L. F. P. (2016). Extinción, modificación y adecuación del contrato. En J. H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético: tomo V*. Buenos Aires: La Ley, p. 755.

Por su parte, en el segundo caso ("Krell vs. Henry") se había alquilado una ventana con vista al río para ese día. El locador exigía el pago del saldo consistente en las dos terceras partes del precio y el locatario reconvino por restitución del tercio abonado. La Corte de Apelaciones rechazó la demanda del locador y acogió la restitución pedida por el locatario. Para así decidir, tuvo en cuenta que para llegar a establecer el sentido del contrato debía analizarse que ya en el mismo anuncio puesto por el locador en la ventana surgía la finalidad del arriendo consistente en observar el desfile real. Esa era entonces la finalidad del contrato que, siendo común a ambas partes, quedó incorporada explícitamente en la base del acuerdo y la no realización del desfile la frustró.[3]

## 3. La recepción en la doctrina y la jurisprudencia argentina

Este instituto, como anticipamos, no contaba con un reconocimiento legal explícito en el código derogado, sino que su reconocimiento vino a través de la doctrina y la jurisprudencia.

Puntualmente el tema fue objeto de debate en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se celebraron en el año 1991. Se concluyó por mayoría en ese momento que "la frustración del contrato es capítulo inherente a la causa; entendida ésta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio". Se recomendó para una eventual reforma legislativa la conveniencia de consagrar el instituto de la frustración del fin del contrato de manera autónoma.[4]

En los repertorios jurisprudenciales se encuentran también muchos casos resueltos sobre la base de ese instituto y con la normativa del código derogado aun cuando su inclusión no era explícita. Sirve el ejemplo de un caso resuelto por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, vinculado a

3. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 755 y su referencia a Stiglitz, R. S. (1998). Frustración del fin del contrato. *JA*, 1998-II-937.

4. Conclusiones disponibles en http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-17-XIII-Jornadas-1991.pdf.

un contrato de arrendamiento de un campo en el que se pedía su resolución al haberse frustrado la finalidad de realizar actividad agropecuaria por no contar con suficiente provisión de agua proveniente de un canal. Se dijo entonces que

> la frustración del fin del contrato presupone la insubsistencia del propósito impulsor inicialmente considerado como la razón o el sentido para contratar. Así, las circunstancias sobrevinientes deben proyectarse sobre el resultado o finalidad, de manera que malogren el motivo que impulsó a contratar, al punto que desaparezca el interés en la subsistencia del contrato. También es requisito de procedencia de la doctrina de la frustración del fin del contrato que las circunstancias que inciden sobre la causa, conocida o conocible, no hayan sido provocadas por ninguna de las partes de la relación sustancial.

Para el tribunal, entonces, es aplicable la doctrina de la frustración del fin del contrato a la demanda iniciada por incumplimiento del contrato de aparcería celebrado entre las partes, si se encuentra acreditado que la falta de agua en el campo objeto del contrato impidió su explotación agropecuaria. Para arribar a tal solución era indiferente que la falta de agua no se haya prolongado durante toda la vigencia del contrato, pues la explotación ganadera exige continuidad y regularidad en la provisión de agua para la subsistencia de los animales.[5]

## 4. Su inclusión en el Código Civil y Comercial

El artículo 1090 del código dispone:

> La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a reso-

5. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F (25/04/1996). "Turay S.R.L. c/ Nahuel S.A.". Recuperado de AR/JUR/579/1996.

lución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

Los fundamentos del Proyecto, VI) Libro Tercero, Título II, Contratos en general, punto 8–Subcontrato. Extinción, modificación y adecuación del contrato–, al aludir a las normas referidas en el capítulo antes mencionado, nada explican. En el mencionado punto simplemente establecen que "En relación a la extinción, modificación y adecuación del contrato se siguen las pautas del Proyecto de 1998, con algunas adaptaciones". También se señala, punto 2.6., que si bien la frustración del fin del contrato "es un tema relativo a la causa, se lo regula en contratos porque es su ámbito de aplicación más frecuente".

Debe agregarse, por su parte, que el artículo 1013 del código que ya estudiamos al tratar el tema vinculado con la causa de los contratos establece que "la causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución". La necesidad de que la causa necesariamente subsista durante la ejecución del negocio jurídico explica, sin dudas, la existencia de la frustración de la finalidad como supuesto de extinción contractual.

## 5. Requisitos de aplicación

Resuelto el contrato, las previsiones del Código Civil y Comercial autorizan al afectado a declarar por la frustración de la finalidad. Para que esa declaración sea legítima es necesario, sin embargo, que estén presentes ciertas condiciones que enumeraremos a continuación.

(i) Que la frustración sea definitiva y no temporal.

Resolver el contrato es un efecto que solo puede asumirse ante un evento definitivo. Por esa razón, la frustración de la causa fin del contrato se produce únicamente si tiene un efecto definitivo y no temporario. La excepción para este último caso está prevista en la parte final del artículo 1090 y se refiere a aquellos supuestos en los que el plazo es condición esencial para el cumplimiento.[6]

6. Gastaldi, J. M. (2015). La frustración del fin del contrato. Recuperado de AR/DOC/3377/2015.

(ii) Que la frustración sea extraordinaria y recaiga en la causa fin.

Tal como ocurre con la imprevisión, que estudiaremos luego, es necesario que el evento que da lugar a la resolución por frustración de la finalidad sea verdaderamente extraordinario.

Además, la finalidad que se frustra debe ser común a ambas partes. Nos remitimos en este punto a lo explicado al estudiar la causa como elemento de los contratos. O sea que para reunir esos requisitos la finalidad frustrada debe ser la objetivamente atribuible al contrato en el que se pretende aplicar, o bien, ya en el campo de los motivos determinantes de las partes, haber sido incorporada expresa o tácitamente al negocio jurídico en cuestión.

(iii) Que sea un contrato de cumplimiento diferido y la frustración no impida el cumplimiento.

Un requisito lógico es que se trate de un contrato de cumplimiento diferido. Esto bien puede ocurrir porque contiene un plazo suspensivo o porque se trata de un contrato de tracto sucesivo. En cualquier caso, ese margen temporal entre la celebración y la ejecución es inherente al instituto, pues de otro modo no sería posible que la causa se frustrara y estaríamos hablando en verdad de un déficit en la propia celebración de ese negocio jurídico.

Por otro lado, el evento frustrante no debe impedir el cumplimiento material de la prestación debida. Si así fuera, estaríamos en el campo del caso fortuito y no de la frustración de la finalidad. De vuelta en los ejemplos de la coronación, podríamos decir que el cumplimiento de los contratos de locación para observar el río era absolutamente posible.

(iv) Aplicación a los contratos conexos.

Está prevista en el artículo 1075 del código:

> Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

(v) Que la frustración se origine en hecho ajeno a las partes.

Se exige también la ajenidad en la producción del evento frustrante. Es decir, que haya una desnaturalización de la base objetiva del contrato sin que tal quiebre pueda ser imputable a la actividad de las partes.

### 6. Efectos de la declaración

El artículo 1090 del código expresamente dispone que la resolución es operativa cuando la parte afectada comunica su declaración extintiva a la otra. Se deben cumplir, por lo tanto, las disposiciones de los artículos 1078 y siguientes.

La resolución que prevé la ley importará que

- se puede repetir la prestación cumplida antes del acontecimiento frustrante, si carece de reciprocidad;
- nada se deberá si no se ha hecho el pago antes del acontecimiento frustrante;
- las prestaciones recíprocas, equivalentes y cumplidas antes del acontecimiento frustrante quedarán firmes, siempre que se trate de contratos de ejecución continuada o periódica;
- los gastos realizados antes del acontecimiento frustrante o después de él, pero en la ignorancia de su ocurrencia, son resarcibles.[7]

## II. La excesiva onerosidad sobreviniente

### 1. Caracterización

Los contratos nacen para ser cumplidos. Se trata de un imperativo lógico y jurídico que deriva de la autonomía de la voluntad e impone a los contratantes el deber de ajustar su conducta a los términos de lo convenido.

Sin embargo, puede suceder en los contratos que proyectan sus efectos en el tiempo que al momento del cumplimiento cambien radicalmente las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al contratar. Muchas veces esos

7. Borda, A. (2016), *op. cit.*, pp. 259-260.

cambios no inciden en los términos de lo pactado: las ventajas o desventajas forman parte del riesgo negocial que soportan los contratantes. Sin embargo, no siempre es así. Ocurre a veces que por una alteración sobreviniente, extraordinaria e imprevisible la ecuación del negocio jurídico resulta gravemente alterada durante el período de ejecución contractual. Como consecuencia de ello, la prestación de uno de los contratantes deviene excesivamente onerosa respecto de la del otro, con grave ruptura del equilibrio real del contrato.

En tal caso, se plantean estos interrogantes: ¿Debe el contratante cuya prestación se ha degradado ajustar su conducta a lo formalmente convenido, y cumplir con la prestación debida? ¿Debe el ordenamiento jurídico legitimar la pretensión de cumplimiento de quien se beneficia por circunstancias fortuitas, y la correlativa expoliación de su contraparte? Cumplir literalmente un contrato desnaturalizado en sus bases económicas por circunstancias extraordinarias y sobrevinientes, que han tornado excesivamente onerosa la prestación de un contratante ¿es cumplir con lo pactado por las partes, con lo realmente querido por ellas?[8]

La teoría de la imprevisión, o doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente, da una respuesta justa y equilibrada a esta cuestión, protegiendo el interés de quien, en tales circunstancias, resulta perjudicado, sin desentenderse, por cierto, de la situación del beneficiado.

Su origen es la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, conocida ya en el derecho romano. Esta cláusula significa que los contratos se entienden concluidos bajo la condición tácita de que subsistirán las condiciones bajo las cuales se contrató y que, cuando ello no ocurre y se produce una transformación extraordinaria de las circunstancias, los jueces están autorizados a revisar el contrato.

En el derecho moderno la teoría de la imprevisión tiene una aceptación cada vez más amplia. Las profundas alteraciones provocadas en la economía mundial por las grandes guerras del siglo XX, y también fenómenos específicos como la inflación o las devaluaciones, no podían dejar impasibles a

8. Pizarro, R. D. (2015). La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En R. Stiglitz (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación: Contratos. *La Ley*, suplemento especial, pp. 273 y ss.

legisladores y jueces. En Alemania, por ejemplo, después de la crisis posterior a la derrota en la Segunda Guerra Mundial, los jueces fueron autorizados a revisar todos los contratos de tracto sucesivo y reducir las obligaciones al límite indicado por la buena fe. Evidentemente esta solución solo es admisible en una situación extraordinaria como la apuntada, pero refleja, en cualquier caso, la noción de este instituto para lograr la intervención de los jueces a fin de equilibrar las prestaciones en función de un cambio en las circunstancias.[9]

Vale señalar, no obstante, que este instituto se ubica dentro de un ámbito verdaderamente excepcional y que requiere de suma prudencia a la hora de su aplicación. No cualquier alteración de las circunstancias fácticas tenidas en cuenta, o de la relación de onerosidad genética del contrato, habilita a invocarla. Una solución semejante sería gravemente perturbadora y conduciría inexorablemente a un completo desquiciamiento del sistema.

## 2. Antecedentes en el derecho argentino

El Código Civil de Vélez Sarsfield no contemplaba expresamente en su redacción originaria la teoría de la imprevisión.

En función de eso, con anterioridad a la reforma del año 1968, la doctrina debatía si esta figura podía o no hallares implícitamente incluida en otras previsiones del código. La doctrina mayoritaria, con sólidos argumentos, se expidió en sentido favorable a su vigencia con sustento en el anterior artículo 953 y concordantes. Otros autores, en cambio, se mostraron contrarios en el entendimiento de que además de carecer de sustento normativo la figura desnaturalizaba la fuerza obligatoria del contrato y sembraba inseguridad jurídica.

El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que tuvo lugar en la ciudad de Córdoba en el año 1961, aprobó la recomendación número 15, vinculada a la necesidad de dar recepción legislativa a la figura.[10] Esa propuesta, con mínimas modificaciones, fue recogida pocos años más tarde por la Ley

9. Borda, A. (2016), *op. cit.*, pp. 254/255.

10. Pueden ser consultadas las recomendaciones completas en: http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-03-1961.pdf

N°17711, que incorporó este texto en el segundo párrafo del artículo 1198 del código entonces vigente:

> En los contratos bilaterales conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornase excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte afectada 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 *alea* o 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.

## 3. Comparación con otras figuras afines

La teoría de la imprevisión presenta algunas similitudes con el caso fortuito previsto en el artículo 1730 del Código Civil y Comercial y también con la lesión subjetiva regulada en el artículo 332. Las diferencias son, sin embargo, ostensibles.

(i)Similitudes y diferencias con el caso fortuito.

El *casus* y la imprevisión tienen como nota común varios de los caracteres que debe reunir el hecho generador apto para configurarlos. Las diferencias, tal como explicamos también con la frustración de la finalidad, son sin embargo significativas.

- El acaecimiento del caso fortuito impide el cumplimiento de la prestación y produce la extinción de la obligación. En la imprevisión, en cambio, la prestación es material y jurídicamente posible de cumplimiento, y útil para el acreedor, solo que deviene excesivamente onerosa para el deudor.
- El caso fortuito rige tanto en materia contractual como extracontractual. La teoría de la imprevisión únicamente se aplica en ciertos supuestos de responsabilidad contractual.

- El caso fortuito, a diferencia de la excesiva onerosidad sobreviniente, es incompatible con la adecuación contractual y solo admite la extinción del contrato.

(ii) Comparación con la lesión subjetiva.

Tienen en común el hecho de que en ambas figuras se advierte desproporción de las prestaciones y que las dos admiten, con distintos alcances, la posibilidad de un reajuste contractual en términos equitativos. Las diferencias son, sin embargo, apreciables.

- En la lesión subjetiva la desproporción de las prestaciones es originaria: se produce cuando nace el acto jurídico y debe subsistir al momento de la demanda. En la excesiva onerosidad sobreviniente el fenómeno aparece en la etapa de ejecución contractual.
- Para la lesión es necesario que, además de la desproporción genética de las prestaciones, medien dos elementos subjetivos: inferioridad de la víctima del acto lesivo (necesidad, inexperiencia o debilidad psíquica) y aprovechamiento por parte del lesionante de dicho estado. No ocurre eso en la teoría de la imprevisión.

## 4. La teoría de la imprevisión en el Código Civil y Comercial

Dispone el artículo 1091 del Código Civil y Comercial:

> Imprevisión. Si en un contrato conmutativo, de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su *alea* propia.

## 5. Contratos a los que se aplica

(i) Debe tratarse de un contrato oneroso.

La teoría de la imprevisión solo se aplica en los contratos onerosos. Tal como explica Pizarro, la relación de onerosidad que se formula entre ventaja y sacrificio puede ser de distinta índole, mayor o menor, según los casos: puede haber un grado ideal de equivalencia entre ambas prestaciones, o ser la ventaja mayor que el sacrificio, o el sacrificio mayor que la ventaja. Cuando la desproporción entre ventaja y sacrificio es excesiva y originaria, nos situaremos en el plano de la lesión subjetiva en la medida en que se den los requisitos subjetivos que requiere la figura. Si en cambio es sobrevenida y dicha alteración obedece a circunstancias sobrevinientes, imprevisibles y extraordinarias, no imputables al deudor, nos encontraremos en el plano de la teoría de la imprevisión.[11]

(ii)Que se trate de un contrato conmutativo.

El contrato sobre el cual se pretende aplicar esta figura debe ser conmutativo, esto es, un negocio jurídico en el cual las obligaciones mutuas estén determinadas de manera precisa.

Como regla general los contratos aleatorios no son atacables por vía de imprevisión mientras la onerosidad sea consecuencia del *alea* asumida; pero si ella es ajena, en cambio, la teoría de la imprevisión sí les sería aplicable.

(iii) El contrato debe ser de ejecución diferida, permanente o continuada.

Al igual que explicamos al dar cuenta de la frustración del fin del contrato, es necesario estar ante un contrato que proyecte su ejecución en el tiempo. No se concibe, en cambio, por su propia naturaleza, en los contratos de cumplimiento instantáneo como una compraventa al contado.

## 6. Contratos a los que no se aplica

Como se desprende de los requisitos estudiados en el punto anterior podemos decir que la teoría de la imprevisión no se aplica:

- en los contratos onerosos que no sean de ejecución diferida o de duración;

11. Pizarro, R. D. (2015), *op. cit*., pp.273 y ss.

- en los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad ingrese en el *alea* normal del contrato.

## 7. El caso de los contratos gratuitos

Mayoritariamente se entiende que el artículo 1090 del Código Civil y Comercial excluye a esta categoría del ámbito de aplicación de la teoría de la imprevisión. Quienes participan de estas ideas remarcan que esa solución se justifica porque se trata de corregir desequilibrios sobrevinientes entre las prestaciones derivadas de un contrato, y ese presupuesto fáctico no puede darse en un contrato gratuito.[12]

Otros autores, sin embargo, sostienen que el código ahora vigente no exige que el contrato sea oneroso. Con lo cual, frente a esa omisión, la aplicación del instituto queda habilitada también para esos contratos.[13] La doctrina se ha ocupado, ya con la vigencia del nuevo código, de estudiar estas diferentes interpretaciones.[14]

El Dr. Carlos Hernández da una explicación convincente sobre el punto:

> a) según el artículo 968 del nuevo código los contratos conmutativos y aleatorios constituyen variantes de los contratos onerosos. Frente a ese encuadramiento general, no hubiera sido correcto técnicamente aludir aquí a los contratos bilaterales y a los unilaterales onerosos –como lo hacía el Código derogado–, por cuanto en ambos la onerosidad aparece implícita en la conmutatividad; b) Indirectamente, se busca terminar el debate habido en orden a la aplicación de la figura a los contratos gratuitos, que siguen excluidos del ámbito de aplicación de la figura.[15]

12. Mosset Iturraspe, J. (2005). *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 370 y ss.

13. Leiva Fernández, L. F. P. (2016), *op. cit*., p. 773.

14. Hablamos puntualmente del trabajo de Carnaghi, M. C. (22/07/2016). Imprevisibilidad. El Código ¿protege al benefactor? *La Ley*, 1.

15. Hernández, C. A. (2015). Extinción, modificación y adecuación del contrato. En Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: tomo VI*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 223.

Nosotros pensamos en la línea que lo hacen entre otros Pizarro, Stiglitz o Aparicio que la exclusión, aunque cierta a partir del texto del código, es injusta. Se trata con mayor rigor a quien hace una liberalidad que a quien obtiene una contraprestación a cambio del cumplimiento de una prestación a su cargo. El primer autor citado pone el ejemplo de un contrato de renta vitalicia gratuita que deviene excesivamente oneroso para el deudor en razón de operar deflación monetaria. Coincidimos con Aparicio en que es necesario brindar al deudor protección en tal supuesto:

> Si cuenta con ella quien celebra un contrato a título oneroso, con mayor razón merece tal amparo el que asume un compromiso sin contrapartida en favor de otro, cuando la prestación que debe cumplir se torna sumamente gravosa por un suceso excepcional que no pudo ser razonablemente previsto.[16]

## 8. Condiciones de ejercicio

Como hasta ahora vimos, para que proceda la excesiva onerosidad sobreviniente como causal de resolución contractual es necesario que se presenten una serie de requisitos. Los apuntaremos a continuación.

(i) Alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato.

El código hace referencia a la "alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración" como requisito de procedencia del instituto. Debe tratarse, en definitiva, de una alteración extraordinaria y esa cualidad debe valorarse según las pautas previstas por los artículos 1726, 1727, 1728, 1730 y conc. del Código Civil y Comercial. Esto es, en definitiva, lo que suele ocurrir según el curso natural y ordinario de las cosas.

(ii) Que esa alteración sea sobreviniente.

Tanto la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato como el hecho que la desencadena deben producirse en la etapa de ejecución contractual.

(iii) Debe ser ajena a las partes.

16. Pizarro, R. D. (2015), *op. cit*., pp. 273 y ss., con sus remisiones a Aparicio y Stiglitz.

El hecho extraordinario debe ser ajeno a las partes. Es decir, extraño o no imputable a la parte afectada.

(iv) La parte afectada no se debe encontrar en mora.

El derogado artículo 1198 del Código Civil expresamente exigía como requisito de procedencia del instituto la ausencia de mora en la parte que lo alegaba. El artículo 1091 del Código Civil y Comercial, en cambio, guarda silencio al respecto. ¿Significa ese silencio que el deudor moroso puede alegar la teoría de la imprevisión? La respuesta negativa a nuestro entender se explica desde la ubicación metodológica del instituto, pues ha sido regulado en el capítulo dedicado a la extinción de los contratos y particularmente el artículo 1078, inciso c, expresa que frente a la declaración unilateral de dar por concluido el negocio jurídico

> la otra parte puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en condiciones de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato.

O sea que, en función de estas pautas, si el deudor moroso pretende alegar la teoría de la imprevisión para dar por extinguido el contrato, la otra parte podría válidamente oponerse a esa declaración. Vale aclarar, sin embargo, que nos referimos siempre a la mora producida con anterioridad al hecho extraordinario que se alega como fundamento para la aplicación de la teoría de la imprevisión. Caso contrario, si la mora tiene lugar después, sería irrelevante a los fines de valorar la procedencia o improcedencia de este instituto.

(v) El hecho debe ser ajeno al riesgo asumido por la parte afectada.

El contrato paritario es un instrumento de distribución de riesgos por vía convencional y supletoriamente legal. La teoría de la imprevisión es incompatible con la asunción de tales riesgos. Esto explica que nada impide, en principio, que en un contrato paritario alguna de las partes asuma el riesgo de ciertos hechos que, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, podrían ser considerados imprevisibles y extraordinarios.[17]

17. *Ibíd.*

(vi) Excesiva onerosidad sobreviniente.

La incidencia sobre la prestación debida, tornándola excesivamente onerosa en perjuicio de una de las partes, es lo que caracteriza a este instituto y lo diferencia de otros como el caso fortuito. Esta excesiva onerosidad coloca al deudor en una situación distinta que no fue prevista al momento de contratar y rompe el equilibrio contractual.[18] Tal es, justamente, la razón por la cual la revisión judicial del contrato se encuentra plenamente justificada en estos casos extraordinarios de modo de asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales de justicia.

## 9. Efectos

En caso de que se presenten las condiciones de procedencia explicadas en el punto anterior, la parte perjudicada puede plantear extrajudicialmente o bien pedirle al juez (por acción o excepción) la resolución total o parcial del contrato conforme lo prevé el artículo 1091 del código. Claro que en los contratos de ejecución continuada los efectos de la resolución no alcanzarán a las prestaciones ya cumplidas si son equivalentes, divisibles y han sido recibidas sin reservas, tal como lo dispone el artículo 1081, inciso b. Tal es el caso de una locación de inmuebles en la cual, una vez resuelto el contrato en esos términos, ni locador ni locatario podrían reclamarse nada de lo que ya fue cumplido antes de ese acontecimiento.

Por otra parte, el mismo artículo 1091 del Código Civil y Comercial faculta al afectado la adecuación del contrato. Esto implica, en definitiva, ajustar las prestaciones al nuevo escenario que no fue tenido en miras al momento de la celebración del negocio jurídico. Entendemos también que la parte que no fue afectada puede ofrecer un ajuste equitativo de las prestaciones al momento de contestar el pedido de aplicación del instituto. Son las hipótesis que mejor concilian con el principio de conservación de los contratos que debe guiar al juez al momento de dirimir este tipo de conflictos.

Finalmente, el derecho a invocar la excesiva onerosidad sobreviniente lo tiene también el tercero a quien se le han conferido derechos o impuesto obli-

18. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit*., p. 376.

gaciones por un contrato. Tal es el caso del contrato en el cual se promete el hecho de un tercero, este lo asume y luego tiene lugar el acontecimiento extraordinario que habilita la aplicación del instituto.

## 10. Cláusula de renuncia

El interrogante que se plantea es si es válida la renuncia anticipada a la invocación de la teoría de la imprevisión. Guarda silencio el artículo 1091 sobre el punto.

Entendemos que la cláusula de renuncia es válida cuando se trata de contratos paritarios. Sin embargo algunos autores, entre los que se destaca Mosset Iturraspe, se pronuncian por el carácter irrenunciable en función de estar comprometido el orden público económico.[19]

Tratándose en cambio de contratos por adhesión a condiciones generales, y lógicamente en contratos de consumo, la cláusula no es válida cuando esté establecida a favor del predisponente, en el primer caso, y del proveedor profesional en la relación de consumo en el segundo.

19. Mosset Iturraspe, J. (2005), *op. cit.*, p. 379.

C

Los contratos, a la luz de la nueva normativa, ya no se ciñen a un fin económico en sí mismo, sino que su finalidad debe ser socialmente apreciable.

Esta nueva concepción impone una nueva mirada de la materia, superando antiguos obstáculos y esquemas legales rígidos que reducían las posibilidades de interacción de los contratantes, y encarar negociaciones en paridad de condiciones. Las normas del Código Civil y Comercial son los instrumentos adecuados para lidiar con las dificultades que se generan en las relaciones interpersonales, debido a los diferentes y desiguales intereses, los contextos disímiles, las incertezas del entorno, la complejidad de la coyuntura económico social, etc., que trascienden pero también invaden al Derecho de los Contratos.

[Extracto del Prefacio]

COLECCIÓN **MORRAL DE APUNTES**

EDUNPAZ Editorial Universitaria
UNPAZ Universidad Nacional de José C. Paz
ISBN 978-987-4110-14-5